

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1028

(Ano XIII)

(10/07/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Perseguição, “Stalking” ou Assédio por Intrusão – Lei 14.132/21

Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

Demissão de empregado motorista fundada no art. 482, M, do CTB, tempo certo para aplicação e os cuidados necessários

Paulo Cesar Alencar Dias, 53.

Princípio da publicidade nos procedimentos administrativos disciplinares da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Roberto Zacarias Gomes, 78.

O dever de alimentar e o caráter subsidiário dos alimentos avoengos

Maytê Fontes Ambrósio, 127.

A necessária intervenção estatal para coibir o crime organizado nos presídios brasileiros

Ari De Moraes Carvalho, 133.

Responsabilidade civil como consequência da alienação parental na regulamentação de guarda

Daiana Ferreira De Oliveira Teixeira, 155.

Guarda compartilhada durante a pandemia: uma análise doutrinária e jurisprudencial à luz do princípio do melhor interesse para a criança

Letícia Silva Lima, 177.

Alienação parental: consequências jurídicas

Marcelo Lima de Melo, 195.

Enriquecimento sem causa como princípio e fonte de obrigações

Eliana Paula Careti, 212.

Multiparentalidade: os efeitos da sucessão após a concomitância das filiações

Gabriela Andrade Ribeiro e Juliana Silva Amora, 231.

Questões relevantes sobre a Prescrição Penal: Um estudo sobre a prescrição penal, seus aspectos mais relevantes a partir de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais

Tiago Gonçalves Ventim, 259.

Polícia Militar: Análise jurídica da possibilidade de desmilitarização

Vinícius de Aguiar Nominato, 270.

Benefícios da utilização de parcerias público privadas para ressocialização de detentos comparado ao sistema carcerário comum

Lucas Felipe Nascimento e Marcelo César de Carvalho Ferreira Júnior, 287.

O crime de Perseguição ou Stalking na contramão da Teoria do Funcionalismo Penal

Paula Naves Brigagão, 306.

Contrato built-to-suit: estudo da modalidade e sua aplicação no mercado brasileiro

Gláucia Ramos Mayrink Faria, 318.

A Não Aplicabilidade do Artigo. 28, V, da Lei 8.906/94 aos Guardas Civil Municipal.

Fabricio Henrique Gonçalves de Souza, 333.

Os negócios jurídicos processuais e sua incidência na execução

Jéssica Aparecida de Souza Costa e Catarina Isabelle de Carvalho Pereira, 350

A adoção internacional de crianças brasileiras por casais estrangeiros

Milena de Araújo Nascimento Dias e Gabriela Chaves Simão, 376.

O Poder da Polícia na Segurança Pública

Matheus Alves Ferreira Souza, 396.

O princípio constitucional da eficiência

Letícia Duarte Falcão Lima, 409.

Critério material do imposto de renda e proventos de qualquer natureza na tributação das criptomoedas

Jéssyca Verucy Ribeiro Barbosa, 423.

As eficácias e ineficácias das regulamentações vigentes sobre o comércio eletrônico

Paulo Victor Barroso Evangelista, 446.

Amazônia Azul: necessidade de conscientização da sociedade sobre a mentalidade marítima

Emily Elen Alves Pilouchas, 458.

Educação infantil como meio de prevenção ao abuso sexual

Bárbara Letícia Teixeira de Lima e Jéssica Ferreira Leocádio, 468.

Impactos do novo corona vírus na atividade jurisdicional

Alef Magalhães dos Santos, 484.

Uma análise sobre a agroecologia como instrumento de promoção do Estado de Direito Ecológico e como estratégia da Década das Nações Unidas da Restauração dos Ecossistemas

Rafaella Fernandes de Mattos, 499.

Herança de Bens Digitais

Marcus Vinicius dos Santos Rocha, 520.

Sumula 593 do Superior Tribunal de Justiça e o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente

Jamille rafic dakdouk, 536.

Estupro de vulnerável: uma análise acerca da vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos

Larissa Mariá Rodrigues Ribeiro e Rosimeire das Dores Lopes, 553.

A (in)eficácia do direito fundamental de autonomia da pessoa com deficiência visual na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015

Juliana Cordeiro de Jesus Carvalho, 574.

Licenciamento ambiental da atividade de piscicultura Estado do Amazonas: um estudo de caso do sítio duas irmãs

Maysa Andrade da Cruz, 591.

PERSEGUIÇÃO, “STALKING” OU ASSÉDIO POR INTRUSÃO – LEI 14.132/21

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE, Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

1-INTRODUÇÃO

Há mais de seis anos este autor já vinha estudando o fenômeno do denominado “Stalking”, “Assédio por Intrusão” ou “Perseguição” e a falta de uma tipificação adequada no ordenamento jurídico – penal brasileiro. ¹

Destacava-se que a expressão “Assédio por Intrusão” e o termo em inglês “Stalking” designam a ação de perseguição deliberada e reiterada perpetrada por uma pessoa contra a vítima, utilizando-se das mais diversas abordagens tais como agressões, ameaças ou ofensas morais reiteradas, assédio por telefone, e – mail, cartas ou a simples presença afrontante em determinados lugares frequentados pela vítima (escola, trabalho, clubes, residência etc.). Com a disseminação da informática e telemática e o fenômeno das Redes Sociais, tem-se denominado especificamente de “Cyberstalking”, “Cyberviolência” ou “Cyberbullying” essa prática realizada por meio da internet.

A lição de Damásio, um dos precursores nacionais na abordagem do tema, já era e continua sendo válida:

“Stalking é uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em

¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. “Stalking” ou Assédio por Intrusão e violência contra a mulher. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/264233531/stalking-ou-assedio-por-intrusao-e-violencia-contra-a-mulher> , acesso em 05.06.2021.

faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O *stalker*, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela polícia etc. Vai ganhando, com isso, poder psicológico sobre o sujeito passivo, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos". 2

Conforme se vê a conduta de "Stalking" é bastante variada, abrangendo uma série praticamente indeterminada de ações e podendo ter por sujeitos ativo e passivo qualquer pessoa.

A conduta varia desde agressões físicas, ofensas morais, ameaças, violações sexuais até práticas aparentemente menos graves ou mesmo de cunho afetivo, tais como mensagens amorosas e abordagens com propostas de relacionamento. Ocorre que mesmo nestes últimos casos a conduta do "stalker" é incomodativa, desagradável e insistente para além do tolerável, ocasionando inconveniências e constrangimentos.

Embora as condutas variem mantém em comum certos traços como a reiteração dos atos, a violação da intimidade e da privacidade da vítima e o constrangimento com consequente dano psicológico e emocional ao ofendido. Nesse quadro será também comum a ofensa à reputação da vítima, mudanças forçadas de seu modo de vida e restrições à sua liberdade de ação e locomoção. 3

O "Stalking", dada a já mencionada variedade de condutas que abrange, pode ensejar responsabilizações civis (danos materiais e/ou morais) e penais (crimes ou contravenções). Na seara criminal os casos mais simples podiam configurar a contravenção penal de "Perturbação da Tranquilidade" (artigo 65, LCP). Mas, nem sempre, conforme já foi exemplificado, o "stalker" se limita a perturbar a vítima (lotando caixas de mensagens, fazendo ligações telefônicas inoportunas etc.). Muitas vezes extrapola para práticas mais graves que podem configurar crimes de ameaça (artigo 147, CP), constrangimento ilegal (artigo 146, CP), crimes contra a honra (artigos 138 a 140, CP), estupro (artigo 213, CP), lesões corporais (artigo 129, CP) ou até mesmo homicídio (artigo 121, CP). Note-se ainda

2 JESUS, Damásio Evangelista de. Stalking. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking> , acesso em 06.06.2021.

3 Op. Cit.

que em alguns casos, dadas as circunstâncias de tempo, lugar, forma de execução e espécie delitiva, poderá configurar-se crime continuado nos termos do artigo 71, CP. Também não é incomum constatar-se a ocorrência nesses casos da chamada “progressão criminosa” em que o agente inicia com uma conduta de “Stalking” que configura infração penal menos gravosa, mas vai aos poucos ou mesmo abruptamente tomando atitudes cada vez mais agressivas e invasivas e atingindo bens jurídicos mais e mais relevantes. Em sua obra sobre a violência entre casais, Hirigoyen expõe o fato de que normalmente as violências de gênero são progressivas, iniciando pela coação psicológica até atingir a agressão física que pode chegar não tão raramente na prática de homicídio. 4

Outras contravenções, além da já mencionada “Perturbação da Tranquilidade”, podiam também ocorrer. São exemplos: Vias de Fato (artigo 21, LCP), Importunação Ofensiva ao Pudor (artigo 61, LCP, atualmente revogado pela Lei 13.718/18, mas se podendo falar em crime de Importunação Sexual, conforme redação dada pela mesma lei ao artigo 215-A, CP) e Perturbação do Trabalho ou do Sossego Alheios (artigo 42, LCP). Com o advento da Lei 13.718/18 também não se poderia descartar condutas como as que configuram o crime de “Divulgação de cena de estupro, de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”, conforme dispõe o atual artigo 218 – C, CP.

Como se percebe nem sempre a reação penal então disponibilizada pela legislação era proporcional aos danos físicos, psicológicos e emocionais ocasionados à vítima de “Stalking”, tendo em vista as especiais características dessa conduta dotada de diferenciada variação e, principalmente, em virtude de sua reiteração de atos que, mesmo aparentemente de pequena monta ou até inofensivos isoladamente, podem tornar-se altamente danosos em seu conjunto e persistência.

Vale o alerta de Gilaberte no sentido de que “a perseguição ou *Stalking* pode se revelar um comportamento grave, apto a limitar a liberdade individual alheia e, não raro, a causar transtornos diversos à pessoa perseguida, inclusive psicológicos”. 5

Por isso mesmo, concluía-se à época assistir razão a Damásio quando aduzia que o “Stalking” em sua “ação global de perseguição” assume maior gravidade do que “os próprios delitos parcelares”, estando a merecer na ocasião “mais atenção e consideração

4 HIRIGOYEN, Marie – France. A violência no casal. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, “passim”.

5 GILABERTE, Bruno. Crime de Perseguição (art. 147 – A, CP). Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1182713240/crime-de-perseguiçao-art-147-a-cp>, acesso em 10.06.2021.

do legislador brasileiro” quiçá “transformando-se em figura criminal autônoma e mais bem definida”. 6

Enfatizava-se à época e continua sendo válido que a conduta do “Stalking” possa ser perpetrada e sofrida por qualquer pessoa (homem ou mulher). Não obstante, é estatisticamente mais comum a presença dos homens no polo ativo e das mulheres no polo passivo, especialmente no que se refere a relacionamentos amorosos pretensos ou findos em que o “stalker” passa a perseguir a vítima dos mais variados modos.

Hirigoyen comenta a questão do “Assédio por Intrusão” ou “Stalking”, chamando a atenção para o fato de que “a maioria dos homicídios de mulheres ocorre durante a fase de separação”. Aduz que “a violência e a opressão se acentuam nesse momento e podem perdurar por muito tempo, depois de separados. O homem se recusa a deixar livre sua ex – companheira, como se ela fosse propriedade sua. Não consegue aceitar sua ausência, e a vigia, segue-a na rua, assedia-a por telefone, espera-a à saída do trabalho. Muitas vezes acontece de a mulher ter de mudar de local de moradia. É como se a agressividade e a violência que haviam se mantido contidas durante a relação agora tivessem livre curso”. A autora destaca que em países como os Estados Unidos “foram tomadas medidas de proteção (*protective orders*) para as mulheres vítimas desse tipo de assédio, extremamente perigoso, porque pode terminar em homicídio”. 7 Também em Espanha criou-se a “Lei de Proteção Integral contra a Violência de Gênero” com medidas de proteção que determinam o afastamento do agressor e sua prisão em caso de desobediência (“quebrantamiento de condena”). 8 A partir do ano de 2004 em Madri são disponibilizadas às mulheres vitimizadas “pulseiras de proteção contra maus – tratos”, ligadas telematicamente a “uma manga especial de que deverão ser portadoras as pessoas condenadas por agressão”, de maneira que sinais são emitidos se o agressor se aproximar da vítima a uma distância inferior a cinco metros ou se ele tentar retirar o aparelho. Também a vítima pode acionar um dispositivo da pulseira se sentir-se em perigo, comunicando imediatamente os serviços de urgência.

Ainda sem dispor de toda essa tecnologia o Brasil ao menos já se adiantou na criação das chamadas “Medidas Protetivas de Urgência” que podem ser aplicadas em casos de “Stalking” envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, nos estritos

6 JESUS, Damásio Evangelista de. Op. Cit.

7 HIRIGOYEN, Marie – France. Op. Cit., p. 56 – 57.

8MOLLAR, Rubén Martínez. Quebrantamiento de condena o medida. Disponível em <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4460-quebrantamiento-de-condena-o-medida/>, acesso em 05.06.2021.

termos dos artigos 5º, I a III; 7º, I a V; 11; 12, III e 22 I a V; 23, I a IV e 24, I a IV, todos da Lei 11.340/06.

Assim sendo, a legislação brasileira é dotada de medidas capazes de conter o “stalker” em sua sanha persecutória, inclusive tendo à disposição o importante instrumento da Prisão Preventiva para os casos de contumácia ou persistência, mesmo após a ordem judicial protetiva (artigos 20 c/c 42, da Lei 11.340/06 e artigo 313, IV c/c 311 e 312, CPP).

Estes exemplos nacionais e estrangeiros são louváveis iniciativas de tratamentos especiais para a contenção dos “stalkers”, eis que essas condutas não se amoldam à costumeira lentidão das medidas penais definitivas, exigindo providências cautelares informadas pelo “fumus boni juris” e, principalmente, pelo “periculum in mora”.

Destaque-se que a Prisão Preventiva como instrumento para efetivar o cumprimento de medidas protetivas de urgência na legislação brasileira, nos termos do artigo 313, IV, CPP, deve ser encarada não só como um novo caso de aplicabilidade da prisão provisória (crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher, independentemente da pena), mas também como um novo fundamento desta, objetivando garantir o cumprimento efetivo das medidas protetivas de urgência e somente então reclamando do artigo 312, CPP os requisitos da prova do crime e dos indícios suficientes de autoria. Para além disso, é de se ver que a conduta do “Stalking” também normalmente se amoldaria ao fundamento da preventiva previsto no artigo 312, CPP, da “garantia da ordem pública”, certamente abalada com a atuação reiterada do infrator.

Contudo, restava ainda uma lacuna para o tratamento especializado e mais rigoroso do “Stalking” sob o aspecto penal. Neste passo era oportuna a sugestão de Damásio quanto à necessidade de criação de figura específica para a conduta do “Stalking”. Essa infração penal, viria a lume para afastar as contravenções penais em caso de “Stalking” e até mesmo alguns crimes de pequena gravidade, cuja pena venha a ser menor do que aquela a ser atribuída ao “Stalking” ou “Assédio por Intrusão”. Isso sem qualquer lesão à proporcionalidade, dadas as especiais características do “Stalking”, capazes de amplificar o potencial lesivo das condutas mais simples isoladamente consideradas, as quais ganham dimensões altamente lesivas em face da acumulação de atos e da persistência do agente. Note-se ainda que não se trata de previsão de mais uma forma dos chamados “crimes de acumulação” tão criticados pela doutrina.⁹ Nesses a conduta do agente é ínfima e muitas vezes não lesiona o bem jurídico, sendo criminalizada na perspectiva de que se fosse repetida por um sem número de outras pessoas poderia tornar-se terrivelmente destrutiva. No “Stalking” não se trata de criminalizar um mero perigo de disseminação da conduta por terceiros. Refere-se, na verdade, à conduta do próprio agente que a perpetra de forma

⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos de Acumulação e Racionalidade da Intervenção Penal. *Boletim IBCCrim.* n. 208, mar., 2010, p. 3 - 5.

reiterada e insistente e efetivamente ocasiona uma sensível lesão aos bens jurídicos envolvidos com maior intensidade devido justamente à repetição dos atos, cuja acumulação produz lesão diferenciada da conduta isolada, merecendo proporcionalmente uma reação penal mais rigorosa. Não se trata, portanto, de qualquer espécie de prognóstico de disseminação da conduta por terceiros ou de uma lesão potencial ou suposta ao bem jurídico e sim da responsabilização adequada e proporcional do agente por sua conduta própria e pelos danos reais que ocasiona aos bens jurídicos de que é titular a vítima.

Finalmente esse projeto de criminalização especial do “Stalking” na legislação brasileira se concretizou com a criação do crime de “Perseguição”, ora previsto no artigo 147 –A, CP, conforme determinado pela Lei 14.132/21.

Seguem abaixo os comentários acerca dos principais aspectos do crime de “Perseguição” ora em vigor.

2-BEM JURÍDICO TUTELADO

O crime em estudo se encontra no Título I da Parte Especial do Código Penal, “Dos Crimes contra a Pessoa”, em seu Capítulo VI, “Dos Crimes contra a Liberdade Individual”. Com segurança, portanto, se pode afirmar que tutela a liberdade individual da pessoa humana. No entanto, também pode tutelar subsidiariamente outros bens jurídicos atingidos de acordo com a espécie de perseguição empreendida (crime de forma livre), tais como a honra, integridade física, inviolabilidade do domicílio, intimidade, vida privada, imagem, liberdade sexual etc.

Em acordo com esse entendimento da proteção subsidiária ou indireta de outros bens jurídicos, inclusive com base em decisão judicial do Direito Comparado (Espanha) acerca da questão, se manifesta Callegari, aduzindo que “também podem ser afetados outros bens jurídicos (...), em função dos atos em que se concretize a perseguição”.¹⁰ Ademais, noticia o mesmo autor, também com sustento em pesquisa no Direito Comparado que

¹⁰ CALLEGARI, André. Primeiras Linhas sobre o Delito de Stalking. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/andre-callegari-primeiras-linhas-delito-stalking>, acesso em 10.06.2021.

Na Espanha foi proferida decisão judicial afirmando que “mais que a liberdade de autodeterminação do sujeito, o que se defende com esse crime seria o direito de sossego e tranquilidade da pessoa”. 11

Afinal, a própria autodeterminação é certamente prejudicada quando lhe falta o pressuposto de uma condição psíquica de tranquilidade de ânimo para a tomada de decisões.

3-SUJEITO ATIVO

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de alguma especial qualidade. Como já destacado, o delito pode ser perpetrado tanto por homens como por mulheres. Não obstante, estatisticamente é mais comum sua prática por homens contra mulheres, envolvendo assim, muitas vezes, questões atinentes à violência doméstica e familiar contra a mulher. Observe-se, porém, que homens também podem ser vítimas de perseguição, seja por outros homens ou por mulheres. O crime em estudo, como já dito, é comum.

O concurso de pessoas é acidental, podendo ser praticado por um só indivíduo (crime unissubjetivo). Não há concurso necessário ou crime plurissubjetivo. É claro, no entanto, que nada impede o concurso de agentes.

Importa ressaltar a manifestação de Leitão Júnior que, com esteio no escólio de Belarmino Júnior e Pereira, sugere uma suposta “evolução” legislativa consistente na criação de uma figura que importe em responsabilidade penal de pessoas jurídicas por perseguição, sob o argumento de que estas também invadem corriqueiramente a “privacidade e liberdade” das pessoas “com práticas abusivas e lesivas”. No entender de Leitão Júnior e dos demais autores em que se escora, “a Constituição Federal prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de forma não restrita” e então “o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de versar sobre essa matéria”. 12

Com o devido respeito, há que discordar dessas assertivas. Eventual responsabilização penal de pessoas jurídicas por perseguição seria inconstitucional. Isso porque a Constituição Federal somente prevê essa possibilidade para duas situações: crimes contra a ordem econômica e financeira e a economia popular, de acordo com o

11 CALLEGARI, André Luis. Stalking. Disponível em callegariadvogados.com.br/www.instagram.com, acesso em 10.06.2021.

12 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O Stalking como Infração Penal no Ordenamento Pátrio. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-stalking-como-infracao-penal-no-ordenamento-patrio> , acesso em 10.06.2021. Vide também: BELARMINO JÚNIOR, Antonio, PEREIRA, Emanuela de Araújo. Stalking, uma nova lei e sua aplicação parcial! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mar-16/opinioao-stalking-lei-aplicacao-parcial> , acesso em 10.06.2021.

artigo 173, § 5º, CF (hipótese que nunca foi posta em prática pelo legislador ordinário) e crimes ambientais, nos termos do artigo 225, § 3º, CF (já com previsão prática pelo legislador ordinário no artigo 3º, da Lei 9.605/97).¹³ Não corresponde à realidade a afirmação de que a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica é irrestrita na ordem constitucional brasileira. Embora os sistemas de “common law” (anglo – saxão) e de “civil law” (romano – germânico) venham se aproximando cada vez mais no que diz respeito ao reconhecimento da necessidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas¹⁴, fato é que tal modelo é tradicional no sistema de “common law” e uma novidade e, portanto, uma exceção, no sistema romano – germânico que informa o ordenamento jurídico brasileiro. Sem previsão constitucional expressa, ordenamentos de origem romano – germânica como o brasileiro não admitem, como regra, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, sendo regidos, de ordinário, pela máxima latina “societas delinquere non potest” (a sociedade não pode delinquir). Enfim, “a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em nosso ordenamento, constitui-se em novidade e excepcionalidade” que somente é constitucionalmente prevista de forma casuística em 1988, bem como regulada na lei penal ordinária em 1998, apenas no que diz respeito a crimes ambientais.¹⁵ Nem mesmo com relação à criminalidade econômica (outra excepcional permissão constitucional) houve até o momento previsão na legislação criminal. A abordagem é tão tímida e limitativa no ordenamento brasileiro que mesmo no que tange aos crimes ambientais existe discussão na doutrina se a responsabilidade penal de pessoas jurídica ficaria limitada aos delitos previstos na Lei 9.605/98 ou poderia se espraiar para crimes de natureza ambiental com previsão em outros diplomas legais.¹⁶ E não há que confundir essa discussão acerca da restrição da responsabilidade penal de pessoas jurídicas à Lei Ambiental ou a sua expansão irrestrita a outros diplomas sobre o mesmo tema, com uma suposta previsão amplamente irrestrita de possibilidade de responsabilização criminal na legislação brasileira ao bel prazer do legislador ordinário. A Constituição, na verdade, é bastante limitativa no que diz respeito a isso. Eventual irrestrição dependeria de emenda constitucional, acaso se considere isso como algo adequado a se fazer em termos de Política Criminal. Nossas raízes romano – germânicas e a fórmula casuística e pontual com que o constituinte tratou do tema são incompatíveis com a hipótese de responsabilidade penal irrestrita das pessoas jurídicas. Para isso o modelo adotado pela Constituição teria de ter sido muito explícito no estabelecimento de norma permissiva genérica, o que afastaria a previsão específica para os casos de crimes ambientais e econômicos. Haveria

¹³ GALVÃO, Fernando. *Teoria do Crime da Pessoa Jurídica*. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, p. 53 – 54.

¹⁴ Op. Cit., p. 11 – 12.

¹⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Breve Estudo Crítico*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 13.

¹⁶ GALVÃO, Fernando, Op. Cit., p. 64 – 66.

uma guinada no modelo originário e não seria necessária a menção casuística, de modo que a sua própria previsão conforme consta dos artigos 173, § 5º. e 225, § 3º., CF, indica que se tratam de casos excepcionais, sendo a regra a vedação da responsabilização penal da pessoa jurídica. 17

Assim sendo, eventuais abusos perpetrados por pessoas jurídicas no que diz respeito à violação da liberdade e privacidade das pessoas não deixarão de constituir atos ilícitos, mas sua solução deverá dar-se nos âmbitos civil e administrativo, não na seara penal.

4-SUJEITO PASSIVO

Com as observações feitas no item anterior, é certo que qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do crime de perseguição.

Corretamente destacam Costa, Fontes e Hoffmann que o crime é “bicomum”, já que “o legislador não exigiu nenhuma qualidade especial do criminoso ou da vítima”. Não obstante, também asseveram com razão os mesmos autores que a lei prevê uma causa especial de aumento de pena da ordem de metade sempre que a vítima for criança, adolescente, idoso ou mulher perseguida por razões da condição do sexo feminino (artigo 147 – A, § 1º., I e II, CP). 18

Interessante essa observação dos mencionados doutrinadores, pois que ao chamar a atenção para a prevalência estatística da mulher como vítima no ambiente doméstico e familiar, não se pode deixar de considerar também que podem ser vítimas preferenciais outras pessoas em condição de hipossuficiência, tais como as crianças, adolescentes e idosos, dos quais do legislador positivamente não se olvidou.

Referindo-se o tipo penal a “alguém” como vítima, é de se concluir que a perseguição deve ter por objeto material pessoa determinada ou ao menos um grupo de pessoas determinado. 19 Significa dizer que a perseguição, ainda que reiterada, a grupos

17 Também entendem não ser possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por “Perseguição”, ainda que o pretendesse o legislador ordinário, dada a restrição constitucional, Costa, Fontes e Hoffmann. Cf. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

18 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policial-stalking-crime-perseguiçao-ameaçadora#:~:text=Consiste%20em%20forma%20de%20viol%C3%A2ncia,%C3%A0%20integridade%20psicol%C3%B3gica%20e%20emocional.>, acesso em 05.06.2021.

19 MOREIRA, Rômulo de Andrade. Perseguição, o novo crime do art. 147 – A, do Código Penal. Disponível em <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1188694462/perseguiçao-o-novo-crime-do-art-147-a-do-codigo-penal#:~:text=147%2DA%2C%20do%20C%C3%B3digo%20Penal,->

indeterminados de pessoas, tais como judeus, negros, índios, mulheres, homossexuais, nordestinos etc., é ao menos fato relativamente atípico, ou seja, em relação específica ao crime previsto no artigo 147 – A, CP. Não há se falar em todos os casos em atipicidade absoluta, pois que condutas de perseguição contra grupos de pessoas indeterminadas podem chegar a configurar crimes muito mais graves, tais como “Racismo” ou “Genocídio”. Tudo depende de uma análise detida do caso concreto.

Também é interessante notar que em se tratando de crime contra a “pessoa” (física ou natural) e referindo-se a lei a “alguém”, não será viável que as “pessoas jurídicas” figurem na qualidade de sujeito passivo de perseguição. Ademais, não se pode afirmar que as pessoas jurídicas tenham capacidade de gozo do bem jurídico primordialmente tutelado, qual seja, a liberdade individual. Também não é possível atribuir às pessoas jurídicas algum tormento psíquico ou físico, nem o atingimento de uma condição de “tranquilidade pessoal”. Por obviedade, as pessoas físicas que compõem uma pessoa jurídica podem ser normalmente vítimas do crime de perseguição e se o fato se dá com uma conduta abrangente que visa às várias pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica, se configura concurso formal impróprio, tendo em vista a presença de desígnios autônomos, nos termos do artigo 70, parte final, CP. 20

5-TIPO OBJETIVO

O verbo nuclear do tipo é “perseguir” e tal perseguição que, aliás, dá “nomen juris” ao crime, deve ser perpetrada de forma reiterada. Ou seja, não basta um único ato. Em casos tais (conduta única ou espaçada) haverá configuração de outros tipos penais, tais como ameaças, crimes contra a honra, vias de fato, lesões corporais etc. A conduta de perseguição pressupõe uma reiteração ou um cúmulo de condutas de forma a transtornar a tranquilidade e a liberdade da vítima com muito maior intensidade do que ocorreria com um ato isolado ou alguns atos espaçados entre si.

Tal como aduz Moreira:

Assim, cometerá o delito, objetivamente, quem de maneira repetida e sistemática perseguir alguém, seguindo-o de perto, indo ao seu enalço, acoosando-o, importunando a sua vida, incomodando a sua privacidade ou atormentando a sua paz e a sua tranquilidade. 21

[88&text=O%20novo%20crime%20consiste%20em,esfera%20de%20liberdade%20ou%20privacidade.%E2%80%9D](http://www.conteudojuridico.com.br/?text=O%20novo%20crime%20consiste%20em,esfera%20de%20liberdade%20ou%20privacidade.%E2%80%9D), acesso em 05.06.2021.

20 Op. Cit.

21 Op. Cit.

Mais singelamente, mas não menos objetivo, assim se manifesta Leitão Júnior:

“No aspecto conceitual podemos ter por perseguição a conduta a ser definida como aquela praticada por meios físicos ou virtuais que interfira na liberdade e na privacidade da vítima”. 22

A perseguição se refere a uma intensa perturbação corriqueira da vítima, chegando “a ponto de fazer com que se sinta tolhida na condução de sua vida cotidiana”. 23

Fazendo menção a uma decisão do Juizado de Instrução de Tudela (Navarra) na Espanha, Callegari afirma, com razão, ser necessária para a configuração da perseguição que esta se apresente como “uma estratégia sistemática”. 24

O tipo penal constitui crime de forma livre, mas, como visto, é habitual. Embora não se possa negar a habitualidade ínsita ao crime em estudo, não se trata de exigir que a perseguição seja um “modus vivendi” do agente. Tão somente é necessário que a conduta seja repetitiva, realizada de forma reiterada, conforme descrito na lei.

Como esclarecem Costa, Fontes e Hoffmann:

Ao fazer uso do termo *reiteradamente*, o legislador não deixa dúvidas de que o crime demanda habitualidade, por mais que isso não indique um verdadeiro *estilo de vida* do autor do fato. Mesmo que se trate de um crime habitual *sui generis*, o resultado prático é que um único ato de importunação não tem o condão de configurar o delito em estudo. 25

Não existe também um prazo delimitado para que a conduta passe a ser considerada como reiterada ou habitual. Tal como leciona Leitão Júnior, “basta que a perseguição reiterada seja contínua ou frequente”. 26

22 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. Cit.

23 GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

24 CALLEGARI, André. Primeiras Linhas sobre o Delito de Stalking. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/andre-callegari-primeiras-linhas-delito-stalking>, acesso em 10.06.2021.

25 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

26 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. Cit. Gilaberte também chama a atenção para a inexistência de um prazo de atuação para os perseguidores e lembra que isso é algo que normalmente ocorre com os crimes habituais, os quais não são crimes a prazo ou a termo. GILABERTE, Bruno. Op. Cit.

Trata-se claramente de crime de forma livre, tendo em vista a dicção do artigo 147 – A, CP, estabelecendo que a perseguição pode dar-se “por qualquer meio”.

Note-se que embora se exija reiteração (habitualidade) não há necessidade de que os meios de perseguição, invasão e perturbação sejam sempre idênticos em todos os atos que compõem a conduta criminosa. Vários meios ou formas de execução podem perfeitamente serem combinados. Um infrator pode perseguir a vítima na via pública, depois importuná-la com telefonemas e e-mails ou mensagens nas redes sociais, depois enviar-lhe cartas e assim por diante. 27

Essa perseguição deve resultar em ameaça ou risco à integridade física ou psicológica que ocasione restrições à capacidade de locomoção (direito de ir e vir) ou invasão ou perturbação de qualquer natureza à esfera de liberdade ou privacidade do sujeito passivo.

Costa, Fontes e Hoffmann observam, com acuidade, que numa primeira impressão pode-se considerar que a criação de ameaça ou risco à integridade física ou psicológica da vítima seria apenas uma das maneiras de cometer o crime em estudo. Outras formas seriam a restrição da liberdade de locomoção ou a invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade. Esta, entretanto, não parece realmente ser a melhor interpretação, conforme esclarecem os autores citados. Na verdade, o mais correto é compreender que existe um liame necessário entre a prática ameaçadora ou a criação de um risco à integridade física e psicológica e os resultados necessários para que o crime ocorra, quais sejam, a restrição da liberdade de ir e vir ou a invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade da vítima. A ameaça ou risco criado é a conduta propriamente dita do infrator e a restrição, invasão ou perturbação seguintes são os resultados exigidos para que o crime se aperfeiçoe. A relação é de conduta e resultado ou de causa e efeito, sendo que tanto a conduta ameaçadora como os efeitos sobre a liberdade são exigidos para que o tipo se integre.

Os autores em destaque asseveram corretamente que:

A exegese que parece mais adequada é a sistemática ou teleológica. Haverá crime apenas diante da *perseguição reiterada que ameaça a integridade física ou psicológica da vítima*, quando (a) restrinja sua capacidade de locomoção ou (b) por qualquer outra forma, invada

27 GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

ou perturbe sua liberdade ou privacidade (cláusula de interpretação analógica). 28

O tipo penal descreve a conduta consistente na perseguição reiterada, indica a forma pela qual tal perseguição deve se processar (ameaça à integridade física ou psicológica) e, finalmente, os resultados que dela devem decorrer (restrição da locomoção ou invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade por qualquer forma).

É importante ter em mente que a “ameaça” a que se refere o tipo penal em estudo é aquela decorrente da perseguição e não precisa, *necessariamente*, consistir na promessa de um mal injusto e grave, tal como é exigido para o crime específico de “Ameaça” (artigo 147, CP). 29 Com isso não se quer dizer que qualquer bagatela irá configurar a perseguição, nem que a conduta de ameaça injusta e grave nos moldes do crime de ameaça não sirva para compor a perseguição. No entanto, não será preciso que o agente, *necessariamente*, ameace a vítima de agressão física, morte, causação de prejuízos financeiros, à imagem etc., como seria necessário no crime do artigo 147, CP. Para a perseguição, outras condutas consistentes na presença física ostensiva do indivíduo em locais frequentados pela vítima e sua aproximação, ainda que sem expressar ameaças físicas; a remessa de cartas ou mensagens de e – mail, lotando a caixa postal da vítima e causando-lhe empecilhos, ainda que dali somente constem alusões de afeto, ou até mesmo o envio de flores, cartões e presentes inoportunamente pode perfeitamente configurar a perseguição obsessiva. Telefonemas reiterados com assuntos já rechaçados pela vítima, embora não versando sobre ameaça física, eventualmente até mesmo constituindo-se em lamentos e alegações de que se a vítima não lhe dá atenção pode vir a suicidar-se, ou seja, o mal prometido não se refere à vítima, mas ao próprio autor. Tudo isso configura a perseguição, embora não fosse configurar o crime de ameaça. O termo “ameaça” no tipo penal em estudo é empregado de maneira ampla, podendo constituir sim também a ameaça de mal injusto e grave, mas abarcando uma acepção da palavra “ameaça” enquanto “*risco causado*” à integridade física ou psicológica da vítima. Na linguagem informática encontra-se uma expressão que pode aclarar a amplitude do termo “ameaça” neste tipo penal do artigo 147 – A, CP. É comum que um antivírus apresente na tela a mensagem de que foram encontradas “ameaças” ao seu computador ou que não foram encontradas “ameaças”. É

28 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. Parece discordar desse entendimento Lessa, já que divide o crime em três linhas de conduta. Em suas palavras: “O crime, assim, tem três vertentes. A perseguição, reiterada, com ameaça à integridade física ou psicológica; a perseguição, reiterada, com o fim de restrição de capacidade de locomoção e, enfim, - note-se que a lei usa a expressão ‘ou’ – a perseguição, reiterada, com invasão ou perturbação de liberdade ou privacidade”. Cf. LESSA, Marcelo de Lima. Primeiras Impressões sobre o Novo Crime de Perseguição (Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021). Disponível em <https://jus.com.br/artigos/89565/primeiras-impressoes-sobre-o-novo-crime-de-perseguiçao-lei-n-14-132-de-31-de-março-de-2021>, acesso em 10.06.2021.

29 Cf. GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12a. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 481.

evidente que o termo “ameaças” não é ali empregado no mesmo sentido utilizado no crime de “ameaça” (afinal, é impensável que alguém esteja “ameaçando” um computador), mas sim como sinônimo de “risco”. Este parece ser o emprego da palavra pelo legislador, de modo a ultrapassar seu sentido mais restrito no artigo 147, CP. E nosso auxílio encontra-se o escólio de Lessa:

Defendemos que a expressão ameaça **deva ser vista de maneira ampla, e não em simetria ao tipo penal do art. 147 do Código Penal, o qual exige mal injusto e grave.** A ameaça, no delito de perseguição, deve ser encarada como sinônimo de intimidação, ainda que velada, e que dê a entender, na visão da vítima, que aquela atitude persecutória está eivada do desejo de lhe fazer mal ou prejudicar. A ameaça, assim, deve ser hábil a impingir promessa de mal físico (*vis corporalis*) ou mácula psicológica (que cause dano emocional), resultando em restrição da capacidade de locomoção (por medo) ou gerando perturbação (desestabilização emocional) ou invasão (ocupação por força) na esfera de liberdade ou privacidade da vítima (grifo nosso). 30

Essa ampliação da acepção de “ameaça” no crime de “Perseguição” (artigo 147 – A, CP) é constatada também por Callegari quando aduz que “em muitos casos não se enquadrava formalmente” a conduta ora prevista como de perseguição “a um tipo penal como o de ameaça ou perturbação”. Agora “de acordo com a tipificação conferida pelo legislador os casos de perseguição serão alargados com a nova redação do tipo penal”. 31

Esses resultados são bastante abertos, pois realmente o legislador utiliza o sistema de “interpretação analógica”. Apresenta um exemplo casuístico de resultado negativamente valorado (restrição da locomoção) e, a seguir, expõe fórmula genérica ao referir-se a *qualquer outra forma* de invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade da vítima. Ora, não resta dúvida que o coartar da liberdade de ir e vir constitui uma invasão ou perturbação indevida da liberdade e privacidade da vítima. Esse é um exemplo específico, que é segundado pela referência a *qualquer outra forma de violação similar*.

Não há dúvida de que há aqui um recurso legislativo à “interpretação analógica”, que consiste basicamente em desvelar o sentido da norma com os próprios elementos por ela dispostos. Na lição de Masson, isso é possível quando a norma é dotada de “uma

30 LESSA, Marcelo de Lima, Op. Cit.

31 CALLEGARI, André, Op. Cit.

fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica”, 32 o que é exatamente o que ocorre neste caso em estudo, conforme foi demonstrado. Não se trata de analogia maléfica ao réu, mas daquilo que também se denomina de “interpretação *intra legem*”, já que a solução não é buscada por comparação externa à norma, mas em seu próprio bojo, de forma a não violar garantias individuais e o Princípio da Legalidade estrita.

Obviamente as mesmas condutas que poderiam configurar o crime de perseguição, quando praticadas por profissionais que atuam no cumprimento de suas funções legalmente permitidas e até mesmo impostas, não haverá incriminação, salvo em casos evidentes de abuso. Não é possível, por exemplo, pretender incriminar um Oficial de Justiça por perseguição quando este fica no enalço do citando que procura evadir-se à citação, pois age com sustento no Código de Processo Penal ou de Processo Civil. O mesmo se diga do Detetive Particular, que tem sua profissão regulamentada pela Lei 13.432/17. Diverso também não é o caso de Policiais Cíveis ou Militares que atuam com sustento nas leis penais e processuais penais vigentes. Finalmente, pode-se mencionar o caso de Operadores de Telemarketing, fotógrafos (“paparazzi”), jornalistas ou até mesmo meros “galanteadores” insistentes, salvo, como já dito, em casos de atitudes abusivas. 33

Não restam dúvidas de que o exercício de atividades que poderiam, em tese, subsumir-se ao tipo penal de “Perseguição”, quando perpetradas por pessoas no exercício regular e legal, permitido ou até mesmo determinado pelo conjunto do ordenamento jurídico, configura o que Zaffaroni e Batista denominam de “atipicidade conglobante”. Em suas palavras:

“A antinormatividade não se revela apenas na simples oposição entre a norma deduzida do tipo legal e a conduta, postulando também a consideração conglobada da norma deduzida do tipo com outras normas dedutíveis de outros tipos legais”. 34

Aspecto importante diz respeito à necessidade de que a conduta de perseguição de que alguém se diz vítima seja séria, a fim de que represente efetivo dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, satisfazendo, destarte, ao “Princípio da Lesividade” e afastando também a ocorrência de ilícito bagatelar. Não é possível que o Direito Penal se ocupe de casos como o vivenciado na prática por este subscritor, quando uma dada pessoa compareceu à Delegacia (ainda não havia sequer previsão do delito de “Perseguição”) e reclamou que seu vizinho olhava para ela “com a cara feia”! Ora, isso é, no máximo, uma

32 MASSON, Cleber. *Direito Penal Parte Geral*. Volume 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 111.

33 Os exemplos são de Costa, Pontes e Hoffmann. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

34 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume II. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 233.

questão de estética subjetiva, jamais um problema real a ser solvido no mundo jurídico – penal. Nessa mesma trilha afirma Moreira:

De toda maneira, resta indubitado que, para a configuração do delito, é preciso que a perseguição seja efetivamente grave, crível, idônea, verossímil, concreta e séria, capaz de atingir a liberdade física ou psíquica da vítima, além de sua tranquilidade pessoal, podendo ser uma perseguição explícita (clara) ou às escondidas (implícita ou velada), contanto que a vítima tome conhecimento da conduta (...). Assim, simples e infundadas ilações ou mesmo manias de perseguição, não legitimam a intervenção do Direito Penal que, como se sabe, é regido pelo princípio da intervenção mínima. 35

Enfim, a paranoia e o capricho não são e nunca foram bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e nem mesmo por outros ramos jurídicos.

Nesses comentários acerca da necessária lesividade, tipicidade material e conglobante das condutas resta patente o fato de que o Direito Penal não se pode satisfazer simplesmente por meio do recurso silogístico lógico de mera adequação de premissas a uma conclusão pelo método dedutivo. Em suma, somente a subsunção da conduta ao tipo penal objetivo não é suficiente para a incriminação efetiva. Mister se faz um sucessivo esforço dialético no qual se confrontem discursos ou hipóteses contraditórias com o fim de obter uma espécie de percepção intuitiva (no sentido de evidência) de uma premissa que articule tais elementos contraditórios, ou reconhecendo um e afastando o outro ou concluindo que ambos são válidos, mas em circunstâncias ou planos diversos ou mesmo que são complementares entre si. Na verdade, a dialética opera exatamente ao reverso da lógica. Esta parte de premissas para obter conclusões, enquanto que a dialética parte de hipóteses contraditórias e remonta à premissa fundante que explique tais hipóteses de forma articulada. É somente para além do silogismo lógico (que é apenas uma fase inicial de raciocínio), adotando então o procedimento dialético, que se pode chegar a conclusões acerca da tipicidade conglobante, tipicidade material, lesividade, desvalor e significância de uma conduta formalmente típica.

O delito de “Perseguição” não se perfaz com uma simples perturbação ou incômodo. Sua configuração se dá quando o agente quer controlar, subjugar a vítima, causando-lhe medo, insegurança, ansiedade, angústia e temor. Conforme nos esclarecem Costa, Fontes e Hoffmann, em excelente pesquisa com exposição da normatização do crime de “Perseguição” no Direito Comparado (Austrália, Estados Unidos, Portugal, Irlanda,

35 MOREIRA, Rômulo de Andrade, Op. Cit.

Holanda etc.), o assédio por intrusão limita a capacidade volitiva da vítima, condicionando intensamente suas “decisões e comportamentos”, ensejando alterações em seus “hábitos, horários, trajetos, número de telefone, email e até mesmo local de residência e trabalho”. Ocorre uma degradação considerável da qualidade de vida do sujeito passivo, ocasionada pela atuação perseguidora do criminoso. Os autores em destaque chamam a atenção para o fato de que legislações estrangeiras usam nos tipos penais respectivos expressões como “alterar seus hábitos de vida” (Itália) ou “prejudicar sua liberdade de determinação” (Portugal).³⁶ Esse instrutivo passeio pelo Direito Comparado e o destaque para o grau de intimidação intenso que deve caracterizar a conduta criminosa, reforça a ideia já exposta de que a perseguição deve ser séria e concreta, a fim de satisfazer a lesividade, o minimalismo jurídico – penal e não dar abrigo à punição ou persecução de condutas insignificantes (Princípio da Insignificância ou da Bagatela).

No exato mesmo sentido Callegari cita decisão jurisprudencial espanhola do Juizado de Instrução de Tudela (“Procedimiento, diligencias urgentes n. 0000260/2016 Juzgado de Instrucción n. 3 de Tudela, Navarra), com a seguinte dicção:

As condutas de *stalking* afetam o processo de formação de vontade da vítima no sentido de que a sensação de temor e intranquilidade ou angústia que produz o repetido ato de espreitar por parte do perseguidor e que lhe levam a mudar seus hábitos, seus horários, seus lugares de passagem, seus números de telefone, contas de correio eletrônico e inclusive de lugar de residência e trabalho.³⁷

Sublinhe-se que quando a lei menciona a “restrição” da “capacidade de locomoção” da vítima, não há necessidade de que esta sofra uma “privação” do direito de ir e vir, tal como ocorre no crime de “Sequestro e Cárcere Privado” (artigo 148, CP). Tal distinção é relevante, pois até mesmo os verbos dos dois tipos penais divergem, no artigo 147 – A, CP o verbo é “restringir”, enquanto no artigo 148, CP o verbo é “privar”.

Releva ainda observar que o tipo penal faz referência à invasão ou perturbação da “privacidade”. Nesse passo é importante fazer a distinção entre “privacidade” e “intimidade”, bem como estabelecer se a segunda também conta com a tutela penal de acordo com o âmbito de incidência da norma em estudo.

Bulos bem expõe a distinção entre “vida privada” e “intimidade”:

A vida privada e a intimidade são os outros nomes do direito de estar só, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano,

³⁶ COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

³⁷ CALLEGARI, André, Op. Cit.

insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *rezervatezza* e os americanos *privacy*). (...). Amiúde, a ideia de *vida privada* é mais ampla do que a de *intimidade*. Vida privada envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário etc. Intimidade diz respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal. 38

No mesmo diapasão se manifesta didaticamente Nunes Júnior:

Dessa maneira, podemos afirmar que *intimidade* e *vida privada* são dois círculos concêntricos que dizem respeito ao mesmo direito: o direito à privacidade ou direito de estar só. A intimidade é um círculo menor, que se encontra no interior do direito à vida privada, correspondendo às relações mais íntimas da pessoa e até mesmo à integridade corporal, não se admitindo as “intervenções corporais” como em outros países. 39

Sendo assim, no que tange à proteção penal há que reconhecer que a proteção dada à inviolabilidade da “privacidade”, necessariamente abarca a “intimidade”. Aqui se pode dizer que *quem não pode o menos* (violar a privacidade – círculo maior de abrangência), *não pode conseqüentemente o mais* (violar a intimidade – círculo mais restrito). Se a reserva é menor quanto à “privacidade” e esta é tutelada, não é possível que se possa chegar licitamente à violação da “intimidade”, cuja reserva é mais intensa, mantendo-se incólume à aplicação da lei penal.

Bernardes e Ferreira, no campo constitucional, lecionam exatamente essa continência da intimidade na privacidade. Em outras palavras, ensinam que a intimidade está contida, é abarcada ou abrangida pela privacidade, o que é muito bem representado graficamente pela figura dos círculos concêntricos já anteriormente referenciada:

O direito à vida privada se refere àquela parte mais destacada da intimidade, que é a já mencionada *esfera do segredo*. Mas tem a ver, ainda, com a ampla liberdade assegurada à pessoa para desenvolver sua vida interior, bem como o **direito de estar só** (“*right to be alone*”) e o **direito de não ser importunado**. Nessa última acepção, o direito

38 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 429.

39 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017, p. 873 – 874.

à vida privada está interligado à liberdade de consciência e de autodeterminação individual, incluindo as íntimas motivações, opções e/ou preferências pessoais (religiosas, filosóficas, sexuais etc.), tanto as que impulsionam atos eminentemente privados, quanto aquelas relacionadas a outros direitos fundamentais importantes, tais como a liberdade de escolha profissional, a liberdade de aderir ou não a um culto religioso, de associar-se ou deixar de associar-se.

A rigor, portanto, a “vida privada” acaba por integrar o conceito de “intimidade”. Assim, a proteção à vida privada já se incluiria na proteção geral à intimidade em si (grifos no original no primeiro parágrafo e grifo nosso do segundo parágrafo). 40

Finalizando importa acrescentar que o crime de “Perseguição”, também conhecido pela expressão em inglês “Stalking”, certamente abrange o que se convencionou denominar também por meio de uma expressão inglesa, de “Bullying”. Afinal, o “Bullying” “corresponde a um conjunto de atitudes de violência física e/ou psicológica, de caráter intencional e repetitivo, praticado por um ‘bully’ (agressor) contra uma ou mais vítimas que se encontram impossibilitadas de se defender”. 41

O “Bullying” normalmente evoca o ambiente escolar, mas é preciso ter em mente que as condutas que o caracterizam são múltiplas, abrangendo situações e ambientes os mais diversos, bem como relações variadas (v.g. escola, trabalho, lazer, convívio social em geral).

Como bem expõe Nahur:

De qualquer modo, também não se pode deixar de assinalar que, como fenômeno detectado na sociedade moderna, nos tempos atuais, *bullying* e *cyberbullying* envolvem múltiplas formas, por muitas vias e por intermédio de vários instrumentos de “vitimização” por parte de grupos ou indivíduos, direta ou indiretamente, contra inúmeras pessoas, em contextos socioculturais de relações de pares. Manifestam-se essas práticas “vitimizadoras” em diversos espaços coletivos de convivência constante e não se restringem apenas a

40 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 126.

41 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas nas Escolas Bullying*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 21.

aspectos de gênero, faixa etária e nível socioeconômico. Trata-se de mais uma subcategoria da noção mais ampla da categoria violência que se exterioriza nas mais variadas, repetidas e sistemáticas práticas no mundo real e no virtual. 42

Portanto, é indubitável que, a depender da espécie de conduta caracterizadora do “Bullying”, conformar-se-á também o delito de “Perseguição”, “Stalking” ou “Assédio por Intrusão”, ora previsto no artigo 147 –A, CP.

Como afirma Calhau, “o ‘Bullying’ é um ato ilegal”, podendo caracterizar ilícitos civis, administrativos ou penais a depender das circunstâncias, 43 inclusive agora o artigo 147 –A, CP.

Vale ainda lembrar que a Lei 13.185/15, instituiu o “Programa de Combate à Intimidação Sistemática”. Tal legislação não criminaliza, mas define a prática de “Bullying” (artigo 1º, § 1º), deixando bastante evidente que sua prática pode perfeitamente se subsumir ao tipo penal do artigo 147 – A, CP, senão vejamos:

No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Há ainda que citar o denominado “Mobbing”, primeira forma identificada de “assédio moral”, advindo do verbo inglês “to mob”, significando “tumulto, turba, confusão”. A intimidação se processa neste caso por meio da ação de vários indivíduos

42 NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Violência (Bullying e Cyberbullying) – Modernidade e crise de sentido, ética e direitos humanos. In: ALKIMIN, Maria Aparecida (org.). *Bullying Visão Interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011, p. 65 – 66.

43 CALHAU, Lélío Braga. *Bullying: o que você precisa saber*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Rodapé, 2018, p. 98. No mesmo sentido, indicando a ilegalidade do “Bullying” sob os aspectos constitucional, civil e criminal, vide: ALKIMIN, Maria Aparecida. O Bullying e a Responsabilidade Jurídica. In: IDEM. *Bullying Visão Interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011, p. 111 – 145.

contra um, são “perseguições coletivas” que podem “culminar em violência física”. 44 Relembre-se que embora o delito de “Perseguição” não seja de concurso necessário, nada impede haver o concurso acidental de agentes.

A bem da verdade, “Stalking”, “Bullying” e “Mobbing” são espécies do gênero “Assédio Moral”, os quais muitas vezes se misturam e completam, cuja criminalização pode variar de acordo com as condutas praticadas pelo infrator para intimidar a vítima. Dessas práticas podem emergir crimes contra a honra, lesões corporais, vias de fato, crimes patrimoniais e, agora, também o crime de “Perseguição”.

6-TIPO SUBJETIVO

O crime de “Perseguição” é doloso, não havendo previsão de figura culposa. O dolo exigido é o dolo genérico, pois que não há descrição de especial fim de agir.

Tendo em vista a ampla acepção com que a ameaça é empregada no tipo penal, ensejando a aproximação com um conceito de “risco” que ultrapassa a restrita acepção de promessa de mal injusto e grave constante do crime de “Ameaça” (artigo 147, CP), seria de se concluir tratar-se de “crime de perigo” (perigo concreto). Porém, como bem aduz Gilaberte, “esta não é a melhor interpretação”, sendo o crime do artigo 147 –A, CP classificado como “crime de dano, por exigir uma lesão à liberdade individual”. 45

7-CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de crime habitual que exige a reiteração de atos de perseguição, não é possível a tentativa, tal qual ensina a grande maioria da doutrina.

Neste sentido vale o ensinamento tradicional de Mirabete:

“Nos crimes habituais, não se admite a tentativa, pois ou há reiteração de atos e, portanto, consumação, ou não há essa habitualidade e os atos são penalmente indiferentes”. 46

8-PENA E AÇÃO PENAL

44 FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. 2. ed. Campinas: Russel, 2010, p. 57.

45 GILABERTE, Bruno, Op. Cit. No mesmo sentido: LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. Cit.

46 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 163.

A pena prevista para o crime de “Perseguição” é de “reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Trata-se, como se vê, de infração de menor potencial ofensivo, sendo acessíveis aos seus autores os benefícios previstos na Lei 9.099/95, salvo quando se tratar de situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41, da Lei 11.340/06, que então veda a aplicação dessas normas mais brandas, isso sem falar do aumento de pena previsto no artigo 147 – A, § 1º., II, CP que, por si só, já elevaria o patamar da pena máxima para além daquele admissível para infrações de menor potencial. Também é viável a aplicação de Acordo de Não Persecução Penal, desde que o crime não seja informado por violência ou grave ameaça, nos termos do artigo 28 – A, CPP com nova redação dada pela Lei Anticrime (Lei 13.964/19). Relembre-se que a “ameaça” descrita neste tipo penal é mais ampla do que aquela que conforma o crime de ameaça, razão pela qual pode sim haver “Perseguição” sem que haja efetiva “violência ou grave ameaça” à vítima, tal como já exemplificado linhas volvidas.

Em ocorrendo causas de aumento de pena previstas no § 1º., do artigo 147 – A, CP, o crime não será mais de menor potencial, eis que pena máxima ultrapassará o patamar de dois anos. O mesmo se diga se houver concurso com crime de lesões corporais ou outros crimes violentos. Nesses casos, a lei manda aplicar o cúmulo material (concurso formal impróprio) e então novamente a pena resultante necessariamente será maior do que dois anos (vide artigo 147 – A, § 2º.). É oportuno lembrar que as Súmulas 723, STF e 243, STJ, estabelecem que no caso de concurso material ou formal de crimes ou mesmo crime continuado, a pena “in abstracto” considerada para benefícios da Lei 9.099/95 é aquela resultante da somatória (cúmulo material) ou do aumento aplicado (exasperação). Observe-se, porém, que em se tratando de vias de fato (artigo 21, LCP) não haverá cúmulo material, mas absorção ou consunção.

Não parece ter agido o legislador com o devido rigor que o crime mereceria. Para que a questão fosse tratada como infração de menor potencial em regra, não seria necessária a elaboração de legislação nova. O artigo 147 – A, CP, em virtude da pena irrisória prevista, parece poder ser considerado um exemplo de insuficiência protetiva.

Também critica a incoerência do legislador quanto à eleição do preceito secundário o autor Bruno Gilaberte:

Perceba-se a incoerência do legislador ao criar um tipo penal de menor potencial ofensivo (sanção máxima de dois anos), ao mesmo tempo em que comina pena de reclusão, ao invés da detenção, mais

adequada à sua extensão temporal. Entendemos injustificada e desproporcional a opção. 47

A inconsistência e erraticidade do legislador no estabelecimento da sanção penal são tamanhas que induzem a erro a melhor doutrina. No excelente trabalho de Costa, Fontes e Hoffmann, afirmam os autores que não seria possível o uso de interceptação telefônica para apuração do crime de “Perseguição”, uma vez que tal somente é permitido para crimes apenados com “reclusão”. 48 Mas, o crime enfocado *é apenado com reclusão, cabendo, portanto, em tese, a interceptação!* É evidente que os autores foram induzidos a equívoco pela atuação errática do legislador que cria uma infração de menor potencial com pena de reclusão. Uma pequena distração e a aplicação de um raciocínio de coerência, leva os autores a um equívoco de pensarem que o crime seria apenado com detenção. Afinal, pensar com coerência vai à contramão daquilo que norteou a conduta do legislador! Por outro lado, estão corretos os autores quando informam que não será possível o uso de captação ambiental, já que esta somente pode ser aplicada em crimes de pena máxima acima de 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 8º. – A, II, da Lei 9.296/96. 49 E estão certos até mesmo se houver causas de aumento de pena previstas no artigo 147 – A, § 1º., I, II e III, já que o acréscimo é de metade e então a pena máxima chegaria somente a 3 (três) anos. A única hipótese em que poderia ser cabível, em tese, essa espécie de investigação, seria no caso do cúmulo material com violência, mesmo assim em se tratando de lesões graves, gravíssimas, seguidas de morte ou qualificadas por violência doméstica (inteligência do artigo 147 – A, § 2º. c/c artigo 129, §§ 1º. a 3º. e 9º., CP).

A ação penal é pública condicionada à representação do ofendido, nos termos expressos do artigo 147 – A, § 3º., CP.

O prazo decadencial de seis meses para representação começa a correr do conhecimento da vítima sobre a identidade do infrator (artigo 38, CPP). Portanto, em situações de atuação anônima em geral ou, como é bastante comum, em meios informáticos, o prazo decadencial somente passará a correr a partir da identificação do autor.

47 GILABERTE, Bruno, Op. Cit. Realmente é de concordar com o autor quanto à incoerência do legislador. Afinal, já que pretendia criar um crime de menor potencial, o que nos parece inadequado diante da gravidade da infração, então por que escolheu a pena de reclusão e não de detenção? Se o laxismo penal impera, então que impere ao menos de forma coerente.

48 COSTA, ADRIANO SOUSA, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. No original: “Alguns meios de obtenção de prova não são cabíveis: interceptação telefônica (que exige pena de reclusão – art. 2º., III, da Lei 9.296/96)”.

49 Op. Cit.

Mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher a ação penal é pública condicionada à representação da ofendida, pois que não houve qualquer excepcionalidade quanto a isso por parte do legislador. No entanto, se houver prática de violência física, ainda que com lesões corporais de natureza leve ou vias de fato, a ação penal será pública incondicionada, nos termos do artigo 101, CP (crime complexo) e de acordo com a Súmula 542, STJ (“A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”). No mesmo sentido decidiu o STF na ADI 4424 e ADC 19. 50 Além disso, quanto às vias de fato (artigo 21, LCP), STF e STJ têm reconhecido a abrangência de contravenções penais pela Lei 11.340/06, aplicando-se, portanto, as limitações do artigo 41 desse diploma e afastando a Lei 9.099/95 nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Conforme destaca Cunha:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando quanto à natureza pública incondicionada da ação penal em caso de delitos de vias de fato praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher” (AgRg no REsp 1.738.183/AM, Sexta Turma, j. 27/11/2018). 51

Como já exposto, sabe-se que no caso das vias de fato a contravenção penal será absorvida pelo crime de Perseguição. Mas, isso não afasta, como se entende neste trabalho, a alteração da ação penal para incondicionada, já que se tratará de violência doméstica e familiar contra a mulher em situação de complexidade infracional, não se podendo olvidar que as vias de fato serão “elemento ou circunstância do tipo penal” do artigo 147 – A, CP (inteligência do artigo 101, CP).

9-COMPETÊNCIA PARA PROCESSO E JULGAMENTO E ATRIBUIÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

50 AÇÃO Penal em caso de lesão corporal contra mulher é incondicionada. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-04/acao-penal-lesao-corporal-mulher-incondicionada> , acesso em 11.06.2021.

51 CUNHA, Rogério Sanches. A ação penal na contravenção de vias de fato cometida contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/01/30/acao-penal-na-contravencao-de-vias-de-fato-cometida-contra-mulher-no-ambito-domestico-e-familiar/> , acesso em 11.06.2021. Também o STF no HC 106.212/MS declarou expressamente que **o art. 41 da Lei 11.340/2006 (que impede a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes cometidos contra a mulher em violência doméstica e familiar) atinge não somente os “crimes” em aceção restrita, mas também abrange as contravenções penais.**

A competência para o processo e julgamento do crime de “Perseguição” será, em regra, da Justiça Comum Estadual. A atribuição de Polícia Judiciária, portanto, será também em regra da Polícia Civil.

Como bem observam Costa, Fontes e Hoffmann, a competência poderá ser da Justiça Federal e a atribuição de investigação da Polícia Federal, acaso o crime seja perpetrado pela internet com característica de transnacionalidade, nos termos do artigo 109, V e 144, § 1º, I, CF. Também poderá ocorrer essa competência e atribuição federal se a vítima for agente público federal no exercício ou em caso relacionado à função, nos termos do artigo 109, IV e 144, § 1º, I, CF. Também mencionam os autores referidos o caso de atribuição da Polícia Federal (sem que a competência seja da Justiça Federal), quando o fato ocasionar “repercussão interestadual ou internacional e exigir repressão uniforme”, bem como se praticado contra mulher em caso de misoginia via internet (inteligência dos artigos 1º, III e VII da Lei 10.446/02 e artigo 144, § 1º, I, CF). 52

10-CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA

No artigo 147 – A, § 1º, são previstas causas especiais de aumento de pena da ordem de metade para o crime de “Perseguição”. São elas:

I-Crime cometido “contra criança, adolescente ou idoso”. A exasperação da reprimenda se justifica diante da hipossuficiência em geral de tais pessoas, bem como do tratamento constitucional e ordinário que lhes confere especial proteção. Crianças serão os menores de 12 anos e adolescentes aqueles com doze anos completos, mas menores de 18 anos, nos termos do artigo 2º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Por seu turno, os idosos serão aquelas pessoas com 60 anos completos ou mais, de acordo com o artigo 1º, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Tendo em vista que ambas as causas de aumento têm razões etárias, sua comprovação nos autos deve dar-se pela juntada de documento comprobatório da idade da vítima (v.g. Certidão de Nascimento). Observe-se que não há necessidade de que o crime enfocado se dê em situação de violência doméstica e familiar para que esta causa de aumento de pena seja aplicada. Considera-se a situação de maior vulnerabilidade das pessoas ali elencadas em qualquer circunstância. É lamentável, conforme bem destaca Gilaberte, que o legislador tenha se olvidado dos deficientes, não sendo possível utilizar analogia para a aplicação do aumento. 53

II-Crime cometido “contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º. – A do art. 121 deste Código”. O aumento é aplicável sendo a vítima

52 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

53 GILABERTE, Bruno, Op. Cit. No mesmo sentido, apontando o olvido legislativo, se manifestam Costa, Fontes e Hoffmann. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

“mulher” e havendo a situação de violência doméstica e familiar ou misoginia em identidade ao tratamento dado à configuração da qualificadora do “Feminicídio”.

Não resta dúvida de que em sendo a vítima “mulher”, a exasperação deverá ocorrer independentemente da espécie de relação (heterossexual ou homoafetiva feminina). Lembra com percuciência Gilaberte que o conceito de gênero é acatado, com centralidade, pela Lei 11.340/06 para caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher. 54 Acrescente-se que a Lei Maria da Penha é explícita em estabelecer que a proteção especial à mulher independe de “orientação sexual” (artigo 2º, da Lei 11.340/06), conceituando a violência doméstica e familiar contra a mulher como ações ou omissões lesivas “baseadas no gênero”, enquanto cultura de dominação e discriminação da mulher (artigo 5º, “caput”, da Lei 11.340/06). Finalmente, é de se salientar que o artigo 5º, em seu Parágrafo Único, deixa claro o fato de que “as relações pessoais” tipificáveis como violência doméstica e familiar contra a mulher “independem de orientação sexual”. Portanto, não resta dúvida de que a mulher em relação homoafetiva que sofra “Perseguição” de parceira será especialmente protegida pela causa de aumento em estudo e isso não configura analogia “in mallam partem” contra a infratora, mas simplesmente uma interpretação sistemática que dá o devido alcance à norma.

Não obstante resta uma dúvida: estariam abrangidos nessa causa de aumento de pena os casos em que a vítima for um transexual do sexo masculino ou mesmo um travesti?

Nesses casos, não se trata propriamente de uma “mulher” ou de envolvimento de uma “condição do *sexo* feminino”, conforme a dicção legal e também não há menção na lei, como poderia ocorrer, de especial proteção aos transexuais e travestis.

Acontece que tendo em vista decisões do STF a respeito do tratamento a ser dado a transexuais e travestis, reconhecendo-os como “mulheres” por meio da simples impressão subjetiva externada, sem necessidade de sequer alteração do registro civil e/ou realização de cirurgia de redesignação sexual, é de se esperar que a maioria da doutrina e, com ainda mais certeza, a jurisprudência, equipare os transexuais e travestis para fins de configuração da causa de aumento em estudo, afastando a argumentação de analogia “in mallam partem” com relação ao condenado(a).

Essa posição que radicaliza a influência do gênero já era reconhecida em março de 2018 no julgamento pelo STF da ADI 4275, sendo fato que em data de 15.08.2018 (RE 670.422) foi firmada a seguinte tese por aquele Tribunal:

54 GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

"O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa". 55

Em que pese ser este o provável norte interpretativo predominante na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista o "status quo" da mentalidade reinante, inclusive no mundo jurídico, moldada sob o influxo da chamada "Ideologia de Gênero", discorda-se de tal orientação e considera-se que a causa de aumento de pena somente poderia ser aplicada sendo a vítima realmente uma "mulher" (sexo feminino) ou, no máximo, uma pessoa que teve seu registro civil alterado e agora, para todos os fins legais, é uma "mulher", certamente havendo se submetido a procedimento de mudança de sexo. O mais configura malsã analogia "in mallam partem" escancarada.

É preciso não se deixar enredar por uma cômoda atitude que Anders denominaria de "congruista", ou seja, pensar e agir (por covardia, preguiça mental ou conveniência) da forma que lhe é imposta ou destinada pelo entorno sócio – cultural, deixar-se fazer o que quiser de si e sentir somente o que se espera que se sinta. 56 Enfim, entregar-se ao que o autor chama de um "monólogo coletivo", caracterizado por uma sociedade "conformista" em altíssimo grau, a ponto de o conformismo não ser mais notado como tal, mas como se fora um elevado senso de responsabilidade. Isso nos faz sermos "duplamente não livres", eis que "somos privados até da liberdade de perceber nossa falta de liberdade". 57

A "Ideologia de Gênero", chamada de "Teoria" com pretensões "científicas" na área das "Ciências Humanas", chega a ser histriônica, valendo lembrar a assertiva de Sertillanges:

"A ciência só é o que deve ser nas naturezas fortes. Em raras mãos ela é um cetro; nas outras não passa de um cetro de bobo". 58

Dip com razão manifesta sua estranheza quanto ao fato de que, de acordo com a "Ideologia de Gênero" a "identidade biológica, que é física, seja, segundo alguns, um

55 Cf. COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar de nome sem cirurgia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia>, acesso em 17.06.2021. A mesma orientação já é também adotada em decisões do STJ e do TSE.

56 ANDERS, Günther. L'uomo è antiquatto. Sulla distruzione dela vita nell'epoca dela terza rivoluzione industriale. Vol. II. Trad. M. A. Mori. Turim: Bollati Boringhieri, 2007, p. 135.

57 Op. Cit., p. 156.

58 SERTILLANGES, A. D. *O Mito Moderno da Ciência*. Trad. Lucas de Oliveira Fófano. Campinas: Calvarie Editorial, 2020, p. 10.

construto social, mas a 'identidade psicológica', não, e que se possa preferir esta àquela, não somente num plano individual, senão que imposto a toda a sociedade". 59

Ocorre que, como acontece com toda ideologia, "a ideologia de gênero fundamenta-se não na realidade, mas numa concepção de mundo. Ela parte do 'dever ser' tal qual entendido por alguns, e não do mundo como ele é". 60

Exatamente por seu caráter ideológico essa linha de pensamento torna-se praticamente irrefutável (o que a afasta novamente de qualquer caráter científico). Afinal é sabido que *a ideologia é invencível*, não se permitindo atingir nem mesmo pela notoriedade do erro e tornando-se, dessa forma, "dogmática e fideísta". Nesse passo é até mesmo difícil encontrar argumentos capazes de convencer seus adeptos de seu equívoco. Quanto mais absurda uma "teoria", "impressão" ou "ideia", mais difícil é demonstrar o erro para seus aderentes. Não sem razão aduzem Oliveira e Serpentino ser "das atividades intelectuais mais difíceis, convencer alguém de que existem diferenças entre quadrados, círculos e triângulos". Isso porque "se um simples olhar intelectual honesto não convence o indivíduo de que quadrados, círculos e triângulos são diferentes, há poucos argumentos (se é que haverá algum) capazes de convencê-lo". O trabalho deletério da "desonestidade" ou da "deformação intelectuais" é de tal forma profundo "que argumentos (que pressupõem sempre a abertura do interlocutor ao convencimento) dificilmente o demoverão de sua posição". 61

Pode-se dizer que como na frase atribuída a Nelson Rodrigues, trata-se de um caso em que "o fracasso subiu à cabeça". Acata-se como máxima insuperável de intelectualidade a adoção de uma espécie de *nominalismo mágico* que se mostra capaz, supostamente, de identificar o *dever ser, ou pior, o querer ser com o próprio ser*. O *signo* se confunde com o *referente*. O signo não é mais apenas um símbolo, uma forma de expressão linguística. Magicamente, ele se materializa na realidade da vida. Usam-se os signos "mulher" e "homem" sem mais necessidade de referentes concretos da vida real e nessa confusão de signo e referente também se perde o alcance do significado das palavras e sua correspondência ou não com as coisas ou as pessoas. Não é possível perder a capacidade de discernir entre o signo e a coisa em si sem perder a coerência. Necessário lembrar o

59 DIP, Ricardo. Prefácio. In: MARTINS NETO, Felipe Nery "et al." *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015, p. 9.

60 OLIVEIRA, Alexandre Semedo de, SERPENTINO, Daniel. Ideologia de Gênero – Da aversão à realidade ao totalitarismo estatal: uma breve abordagem juspolítica e jurisprudencial. In: MARTINS NETO, Felipe Nery "et al." *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015, p. 109.

61 Op. Cit., p. 109 – 110.

dito atribuído a Aristóteles: “A palavra cão não morde”. 62 É claro que as palavras muitas vezes são dotadas de polissemia, mas isso ocorre em situações ou contextos nos quais é possível facilmente distinguir o sentido empregado. Trata-se exatamente do oposto de buscar uma identidade no que é diverso ou unicidade no que é plural. A função polissêmica das palavras serve exatamente para marcar seus diversos significados em circunstâncias ou contextos diferentes, não para homogeneizar aquilo que é distinto.

Essa diluição dos seres em uma espécie de massa indeterminada, desconsiderando seus componentes sexuais, biológicos, genéticos etc., não se adequa à vida concreta, gerando uma série de problemas (v.g. encarceramento em mesma cela de homens e mulheres com base no gênero; homens disputando lutas e levantamento de peso em prejuízo esportivo para mulheres, entre outras situações aberrantes). Em suma, a “Ideologia de Gênero” nunca satisfaz e nem satisfará a prova proposta pelo filósofo Brunschvicg, qual seja, a de suportar o seu “próprio ideal”. 63

Aplicar um “Princípio de Identidade” quando isso não corresponde à realidade é uma forma de criar deliberadamente um paralogismo, usando os esquemas lógicos para abrigar a insanidade e tentar justificá-la formalmente, olvidando ou ocultando o vazio material ou substantivo que ali se encontra. Essa espécie de racionalização sem sustento na “presença” real dos seres certamente seria capaz de fazer com que um filósofo do “Realismo do Bom Senso ou do Senso Comum”, como Thomas Reid, 64 se sentisse diante de uma barbaridade. Isso porque o primeiro alvo atingido de morte por essas “teorias” (sic) é exatamente o mais mínimo bom senso. E como nos lembra Dostoiévski, “é preciso ser um grande imbecil para saber resistir ao bom senso”. 65 Para Reid a filosofia “não tem outra raiz senão os princípios do bom senso; cresce desses princípios e tira sua nutrição deles”. O bom senso é para o mencionado autor “a experiência pré – teórica” fornecedora do material inicial para as teorias filosóficas, científicas, morais etc. Então, “o papel da filosofia é explicar *por que* é possível saber as coisas que já sabemos por experiência”. O conhecimento experiencial, por presença, serve para testar o erro de supostas teorias. Se um filósofo ou cientista elabora um sistema abstrato que é contraditório com “verdades evidentes por si mesmas”, pode-se ter certeza de que há algo de errado. Enfim, “adotar

62 Cf. BOUGNOUX, Daniel. *Introdução às Ciências da Comunicação*. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2000, p. 206.

63 BRUNSCHVICG, Léon. *Le Progrès de la Conscience dans la Philosophie*. Tome I. 2ª. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1953, p. 148.

64 Cf. REID, Thomas. *Investigação sobre a mente humana segundo os princípios do senso comum*. Trad. Aline Ramos. São Paulo: Vida Nova, 2013, “*passim*”.

65 DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Os Demônios*. Obra Completa. Volume 3. Trad. Natália Nunes. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004, p. 1013.

uma filosofia que nega as verdades conhecidas pela experiência é arrematada loucura”. 66 Como afirma Chesterton, com a sabedoria que lhe é peculiar, não é uma boa ideia tentar libertar um triângulo da suposta “prisão” de ter três lados. Isso pode ter efeitos nefastos. 67

Não é que as pessoas sejam em sua maioria imbecis, incapazes, desdotadas de intelecto e do mais mínimo bom senso. Acontece que sofrem um influxo muito pungente e sutilmente constrangedor, o qual acaba moldando suas mentalidades, ainda que em prejuízo das noções mais notórias. Dessa forma, “há quem julgue estar voando, quando, na verdade, apenas serrou o galho sobre o qual estava sentado”. 68

A situação é similar àquela descrita pelo personagem Laurent Pasquier do romance de Duhamel:

Ingeri, desde o começo, certas beberagens que me envenenaram para o resto dos meus dias. É preciso que me debata agora com uma razão pesada que me não satisfaz, mas que me deu hábitos tirânicos, dos quais pressinto que nunca me verei livre. 69

A falta de uma reação a demonstrar a absurdidade de certos malabarismos jurídicos levados a termo por um ativismo judicial injustificável permite até mesmo que legislações com conteúdo semântico bem determinado e inquestionável, sejam manipuladas diante de um público leigo e mesmo profissional inerte ou condescendente. E isso é derivado das circunstâncias “congruístas” do “monólogo coletivo” que a tantos atinge e domina, em prejuízo do exercício individual do simples bom senso. Está então exposta a fragilidade dos princípios e da autoridade da lei diante de condicionamentos os mais diversos, movidos por ideologias de toda sorte, ao ponto em que pensar em segurança jurídica já é algo quase inviável.

Como ensina Torres:

66 PEARCEY, Nancy. *Verdade Absoluta*. Trad. Luis Aron. Rio de Janeiro: CEPAD, 2020, p. 348.

67 CHESTERTON, G.K. *Ortodoxia*. Trad. Altamiro Pisetta. 2ª. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2012, p. 61.

68 KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Trad. Luís Marcos Sander “et al”. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, P. 85.

69 DUHAMEL, Georges. *Cécile Parmi Nous*. Paris: Mercure de France, 1938, p. 291.

Os princípios de legitimidade são, diz Ferrero, fios de seda que seguram dragões. São inteiramente inúteis se a vontade livre dos homens se recusa a obedecê-los – surgem inesperadamente como fortíssimos nas horas solenes em que queremos justificar o direito de obediência que normalmente existe por força do hábito e de necessidade e pela ausência de meios da maioria para desobedecer.
70

Quando, com sustento em um suposto “Princípio de Legitimidade”, a própria legitimidade se sobrepõe à autoridade da lei ao ponto de perverter ou contradizer sua expressão semântica de forma grotesca, percebe-se, conforme ilustra Torres, citando Guglielmo Ferrero numa belíssima figura de linguagem, que a legitimidade como limite ao arbítrio equivale a “fios de seda que seguram dragões”. Nesse passo, ideologias, por mais estapafúrdias ou absurdas que sejam, podem desconstruir todos os alicerces do edifício jurídico baseado na legalidade, no rigor hermenêutico, na segurança jurídica possível e até mesmo na correspondência mínima entre a abstração legal e o mundo concreto.

Ciente de que a crítica ora exposta seja ainda menos que um “fio de seda”, é assim mesmo gratificante não se render à massificação de ideologias, propondo uma contenção da consideração das questões de gênero, cujo limite não permita a infração cega às ciências naturais e nem às ciências normativas, tal qual ocorre com o Direito no que tange à questão da analogia “in mallam partem” e da interpretação violadora da carga semântica da lei.

É preciso reconhecer e denunciar que a radicalização das questões de gênero é uma hipótese ideológica de caráter dogmático – religioso, informada por traços fideístas e fanáticos que se mostram irracionais e anticientíficos, pois perpetram, de um só roldão, um radical negacionismo injustificável de várias áreas do conhecimento, tais como a ontologia, a antropologia, a história, a biologia, a genética, a medicina, a fisiologia e até mesmo a anatomia. Tudo isso submetendo o objetivo ao meramente subjetivo e voluntarista e pretendendo que o primeiro e não o segundo seja produto de uma suposta “construção social”.

III-Crime cometido “mediante concurso de duas ou mais pessoas ou com o emprego de arma”. Tanto o concurso de agentes como o emprego de arma são circunstâncias que aumentam consideravelmente o potencial lesivo e intimidativo da

70 TORRES, João Camilo de Oliveira. *A Ideia Revolucionária no Brasil*. Brasília: Edições Câmara, 2018, p. 338.

conduta criminal, razão pela qual são também eleitos como causas especiais de incremento da pena.

Haverá concurso de agentes ainda que o coautor seja inimputável (menor de 18 anos ou alienado mental). É claro que o menor será processado e julgado por “ato infracional” no respectivo “Juízo da Infância e Juventude”. Quanto ao inimputável mental, poderá ser processado e julgado no juízo comum, mas receber absolvição imprópria, com aplicação de medida de segurança. Não obstante, esses fatores diferenciadores do procedimento não afastam o fato de que há concurso de “pessoas”, já que tanto o menor como o alienado não perdem sua personalidade devido à questão etária ou à doença mental. Também há de reconhecer o concurso quando apenas um dos envolvidos for responsável pelos atos de assédio ou perseguição, enquanto que o outro é o mandante ou autor intelectual do ilícito. Note-se que o inciso III em estudo menciona como causa de aumento o “concurso de pessoas”, de modo a abranger suas duas espécies (coautoria e participação). 71 Entretanto, há que mencionar o fato de que se um maior atuar em concurso de agentes com um menor, além de responder pelo crime majorado pelo concurso de pessoas, deverá ser responsabilizado pelo delito de “Corrupção de Menores” previsto no artigo 244 – B do ECA (Lei 8.069/90), em concurso formal. Não há falar em “bis in idem”, pois que os ilícitos perpetrados tutelam bens jurídicos diversos. O artigo 147 – A, CP tutela da liberdade individual e tem por vítima a pessoa objeto da perseguição. Já o artigo 244 – B, do ECA se refere à conduta de praticar infração penal com um menor, provocando sua corrupção moral, sendo, portanto, o bem jurídico visado a formação moral da criança ou do adolescente. Ademais, a vítima do artigo 244 – B, do ECA também é diversa, pois que é o próprio menor (criança ou adolescente) envolvido em atividade criminal. 72

No que tange ao emprego de arma, o termo deve ser interpretado em um sentido amplo, abrangendo tanto armas próprias (pistolas, revólveres, facas militares etc.) como impróprias (faca de cozinha, machado, foice, enxada, tesoura etc.). 73 Também podem ser

71 Isso sem falar na chamada “Teoria do Domínio do Fato”. Cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio de hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000, “*passim*”.

72 É de se lembrar ainda o conteúdo da Súmula 500, STJ, esclarecendo ser o crime de corrupção de menores em destaque de natureza formal, prescindindo, portanto, da efetiva corrupção. “In verbis”: “A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.”

73 Armas próprias são aqueles instrumentos produzidos especificamente para fins de ataque e/ou defesa. Armas impróprias são aqueles instrumentos produzidos para outras finalidades, mas que, impropriamente, podem ser utilizados para ataque e/ou defesa. Adota também o sentido amplo de arma para configuração da majorante Bruno Gilaberte, aduzindo tratar-se de “qualquer instrumento dotado de potencialidade lesiva

armas de fogo ou armas brancas, já que não há limitação na dicção legal. No entanto, é necessário que a arma seja efetivamente utilizada na ação, ao menos através de seu porte ostensivo, intimidando a vítima. No que tange à arma de brinquedo, com o cancelamento do Súmula 174, STJ, entende-se que não serve para qualificar o crime. 74

11-REVOGAÇÃO DA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE

Em seu artigo 3º., a Lei 14.132/21, responsável pela criação do crime de “Perseguição”, revogou expressamente o artigo 65 da Lei de Contravenções Penais (Perturbação da Tranquilidade).

Pertinente a crítica a essa revogação formulada por Costa, Fontes e Hoffmann, pois que poderia continuar em vigor como infração penal subsidiária em casos de perturbações que não se tipificassem perfeitamente no artigo 147 – A, CP. Ademais, é fato que na falta de habitualidade não de poderá cogitar de aplicação do crime de “Perseguição”, de forma que seria útil a continuidade da vigência do artigo 65, LCP para esses casos. 75

Também lamenta a revogação contravencional Leitão Júnior:

Nossa argumentação é de que o legislador ordinário poderia ter optado pela manutenção do aludido dispositivo, já que agora poderá deixar a porta aberta para a impunidade em condutas de poluição sonora e similares que não se enquadrem no art. 54 da Lei do Meio Ambiente e nem no art. 42 da LCP – em que o operador subsidiariamente tinha o art. 65, da LCP. Logo, teria um possível vácuo criado. 76

Conforme já consignado, se está de acordo com a crítica formulada pelos autores acima mencionados. Entretanto, quando Leitão Júnior afirma que no caso de barulho, gritaria, algazarra etc., poderia não haver possibilidade de aplicação do artigo 42, LCP, não se enxerga essa lacuna. Afinal o dispositivo, denominado “Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios” descreve em seus incisos exatamente tais condutas. O problema, a nosso

e que possa ser usado para ataque ou defesa”. GILABERTE, Bruno, Op. Cit. No mesmo sentido Lessa: “Note-se que a lei fala em emprego de arma, sem especificar o tipo. Assim, seja ela de fogo, menos letal (arma de descarga elétrica, espargidor etc.), branca (lâmina) ou até mesmo imprópria (tesoura etc., mas usada no contexto do delito), cremos que o aumento incide”. LESSA, Marcelo de Lima, Op. Cit.

74 A Súmula 174, STJ estabelecia que a arma de brinquedo dovesse ser equiparada a “arma” para ocasionar aumento de pena no crime de roubo. No entanto, por ferir o “Princípio da Legalidade”, foi objeto de severas críticas e acabou cancelada, de modo que atualmente se entende que a arma de brinquedo não deve ser equiparada ao termo “arma” quando o legislador o utiliza.

75 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

76 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. Cit.

ver, se reduz à questão da perturbação pontual, sem habitualidade por acinte ou motivo reprovável, nos termos do revogado artigo 65, LCP. Aí sim, haverá uma lacuna legal no caso de perturbações sem habitualidade ou reiteração.

Interessante observar a questão da lei penal no tempo com relação à revogação do artigo 65, LCP e o advento do crime de "Perseguição" (artigo 147 – A, CP).

Considerando que a dicção do antigo artigo 65, LCP era bem mais aberta que a do atual artigo 147, CP, se houver pessoas que estejam respondendo pela contravenção penal em casos que hoje configurariam "Perseguição", não será possível aplicar o artigo 147 – A, CP retroativamente ("novatio legis in pejus"), de modo que haverá a ultratividade da lei penal mais benéfica, no caso a contravenção. Doutra banda, nos casos em que a contravenção foi perpetrada sem os requisitos específicos do artigo 147 – A, CP (em especial a habitualidade ou reiteração), opera-se "abolitio criminis". Doravante, em casos ocorridos após o vigor da Lei 14.132/21, somente serão incriminados os casos tipificáveis no artigo 147 – A, CP, pois que operou-se, sem dúvida, "abolitio criminis" com relação à contravenção outrora prevista no artigo 65, LCP. 77

12-CONCURSO DE CRIMES, DISTINÇÃO DELINQUENCIAL E CASOS DE CONSUNÇÃO

12.1 – ABUSO DE AUTORIDADE

Acaso a perseguição consista em conduta praticada por agente público dotado de autoridade no exercício ou em razão da função, fica afastado o crime do artigo 147 – A, CP e se aplicam as normas da Lei 13.869/19. 78 Somente haverá aplicabilidade do artigo 147 – A, CP ao agente público quanto atuando fora da função ou mesmo na função ou em razão dela, não havendo previsão da conduta específica na Lei de Abuso de Autoridade, operando o crime de "Perseguição" por subsidiariedade.

12.2- FALSA IDENTIDADE

No caso de uso de perfis falsos em redes sociais ou falsa identificação em geral, entendem Costa, Fontes e Hoffmann que haverá concurso de crimes do artigo 307, CP com o artigo 147 – A, CP. A nosso ver esse entendimento é acertado e o concurso seria formal impróprio, tendo em vista a dualidade de desígnios, de modo que haveria o cúmulo material das penas. Efetivamente, como afirmam os autores, a falsa identidade não é meio

77 Neste sentido: COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. E também: GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

78 Neste diapasão: MOREIRA, Rômulo de Andrade, Op. Cit.

necessário para a prática do “Stalking”. 79 Além disso, acrescenta-se que os bens jurídicos tutelados são diversos (liberdade individual e fé pública).

Não obstante, poderá surgir entendimento quanto a ser a prática de falsa identidade crime – meio para a “Perseguição”, de modo que deveria ser absorvida pela última.

Entende-se, como já dito, mais correta a posição que advoga o concurso de crimes. No entanto, é de se consignar que seria interessante que o legislador houvesse previsto uma causa de aumento de pena para o uso de falsa identidade, nome suposto ou anonimato, o que então solucionaria essa eventual controvérsia e prestaria homenagem à proibição de anonimato constitucionalmente prevista (artigo 5º., IV, CF). Porém, a própria falta de previsão do legislador está a indicar e confirmar que o concurso delinquencial é a solução mais acertada, de forma a não deixar bem jurídico constitucionalmente previsto sem a devida tutela penal.

12.3 – CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO

Não são raros os casos em que cerimônias religiosas ou funerárias podem ser perturbadas por atos de “Stalking”. Nesses casos, entende-se que os crimes previstos, por exemplo, nos artigos 208 e 209, CP devam ser imputados em concurso formal impróprio com cúmulo material de penas em relação ao crime de “Perseguição” (artigo 147 – A, CP). Torna-se muito difícil defender a tese de consunção como crime – meio, tendo em vista a extrema especificidade do bem jurídico em jogo no que diz com os crimes contra o sentimento religioso. Inclusive normalmente haverá vítimas diversas da pessoa visada pelo perseguidor, mas que participam do culto, cerimônia ou funeral (trata-se do chamado “dolo direto de segundo grau, mediado ou de consequências necessárias”). 80

12.4 – INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO

Em casos de “Cyberbullyng” ou “Cyberstalking” poderá ocorrer que o infrator, além de perturbar a vítima, venha a invadir seus dispositivos informáticos de acordo com o artigo 154 – A, CP. Novamente a solução mais correta parece ser o concurso, que poderá ser formal impróprio ou material, tendo em vista não se tratar de meio necessário para o crime de “Perseguição”. 81 Também serão violados bens jurídicos diversos: liberdade individual,

79 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

80 Sobre o “dolo direto de segundo grau” vide: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p 272.

81 Neste sentido: COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

intimidade, vida privada e *segurança dos sistemas informáticos*.⁸² Anote-se, porém, que para quem não aponte a “segurança dos sistemas informáticos” como bem jurídico tutelado afora a liberdade individual, intimidade e vida privada, tornar-se-á mais difícil sustentar a tese do concurso, prevalecendo, nesse caso, a absorção do artigo 154 – A como crime – meio. Não obstante, razão parece assistir ao entendimento que advoga o concurso.

12.5 – DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO OU DE CENA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, DE CENA DE SEXO OU DE PORNOGRAFIA

Outra situação nada incomum será aquela em que o autor da “Perseguição” atuar na forma do que se convencionou chamar de “Revenge Porn” ou “Pornografia de Vingança”. Haverá nesse caso infração a delitos de natureza sexual previstos nos artigos 216 – B, CP ou 218 – C, CP, sendo o caso indubitoso de concurso material de delitos.

12.6 – PERTURBAÇÃO DO TRABALHO OU DO SOSSEGO ALHEIOS

Acaso em conduta reiterada de “Perseguição” nos termos do artigo 147 –A, CP, o indivíduo praticar perturbação do trabalho ou sossego alheios, de acordo com o disposto no artigo 42, LCP, em se tratando de contravenção penal, entende-se que deve haver consunção do *crime – anão 83* pelo crime de “Perseguição”. Doutra banda, havendo perturbação do trabalho ou sossego sem que seja de forma reiterada, afastada, portanto, a habitualidade, haverá a possibilidade de imputar subsidiariamente ao infrator a contravenção em destaque.

12.7 – ARMAS DE FOGO IRREGULARES

Já se sabe que o emprego de arma em geral, incluindo as de fogo, conduz a incremento de pena do crime de “Perseguição”, nos termos do artigo 147 – A, § 1º., III, “in fine”, CP.

Pode acontecer que além de ser empregada arma de fogo, seja esta irregular, de forma que haja incidência nos artigos 12, 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03). Também pode haver o disparo da referida arma (artigo 15 da Lei 10.826/03).

⁸² CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Os crimes digitais e as Leis 12.735/2012 e 12.737/2012. *Boletim IBCCrim*. n. 244, mar., 2013, p. 9.

⁸³ Nelson Hungria afirmava que a contravenção penal não é “senão crime de menor entidade, *crime anão*”. Cf. HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. Tomo II. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 39.

A incidência dos artigos 12 e 14 será com relação ao emprego de armas de fogo de uso permitido. Do artigo 16, com relação a emprego de armas de fogo de uso restrito ou proibido.

No caso do indivíduo exibir, por exemplo, uma arma irregular de dentro de sua casa para a vítima por via telemática, sem portá-la na via pública, sendo localizada e apreendida a arma, ensejará concurso material de crimes entre o artigo 147 – A, CP e os artigos 12 ou 16 da Lei 10.826/03, conforme se trate de arma de uso permitido ou restrito ou proibido. Já se o infrator chegar a portar a arma na via pública, por exemplo, seguindo a vítima, será também o caso de concurso de crimes entre o artigo 147 –A, CP e os artigos 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento, conforme seja a arma de uso permitido ou restrito ou proibido.

Pode parecer que haveria “bis in idem” devido ao fato de que o emprego de arma já é uma majorante. Acontece que, em primeiro lugar, a arma não precisa necessariamente ser de fogo e, além disso, não precisa a posse ou o porte ser ilícito. A causa de aumento se aplica isoladamente, sem o concurso com infrações do Estatuto do Desarmamento no caso de emprego de armas de fogo legais.

No caso de eventual disparo irregular de arma de fogo, mesmo sendo a arma legalizada, restará o concurso de crimes (formal impróprio com cúmulo das penas dos artigos 147 – A, CP e 15 da Lei 10.826/03). Acaso a arma ainda seja ilícita nada se altera a respeito a respeito do concurso com o crime de “Perseguição”. Contudo, há que verificar como ficaria a questão entre a posse ou porte irregular, necessários ao disparo e o crime de disparo de arma de fogo. Pois bem, em sendo a arma de uso permitido, o disparo (artigo 15) absorve tanto a posse (artigo 12) como o porte (artigo 14), eis que estes serão crimes – meio. Mas, se a arma for de uso restrito ou proibido ocorrerá o contrário, o artigo 16 absorverá o artigo 15, tendo em vista que tem pena maior. Assim sendo, no caso de disparo de armas de fogo ilegais, poderá haver concurso formal impróprio entre o artigo 147 – A, CP e o artigo 15 do Estatuto do Desarmamento (no caso de armas de uso permitido), ou o artigo 16 do Estatuto no caso de armas de uso restrito ou proibido. 84 Em todos os casos o aumento de pena do emprego de arma do crime de “Perseguição” seria normalmente aplicável. Não há “bis in idem”, tendo em vista que o aumento se dá pelo “emprego” da

84 Cf. CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2ª. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 102. “Disparo de Arma de Fogo X Porte ilegal de Arma de Fogo: Nesse caso, via de regra, não será possível o concurso de crimes, aplicando-se o princípio da consunção, pois a posse de arma de fogo (legal ou ilegal) é meio necessário para se efetivar o disparo. Consigne-se, todavia, que o crime prevalecente deve ser sempre o mais grave, o que pode variar de acordo com o tipo de arma ou munição (se de uso permitido ou restrito). Assim, em se tratando de arma de uso permitido, o crime do artigo 14 será absorvido pelo do artigo 15. Por outro lado, se a arma for de uso restrito, prevalecerá o crime do artigo 16 em detrimento do disparo, vez que a pena deste último é mais branda”.

arma de fogo nos atos de perseguição, que não é meio necessário e os crimes do Estatuto se referem à posse, ao porte e/ou ao disparo ilícitos da arma de fogo.

Agora, se a posse ou porte ocorrem em contextos fáticos distintos, poderá haver o concurso material. Por exemplo, um sujeito porta uma arma de uso permitido, seguindo a vítima de “Stalking” por horas. Em dado momento, saca e efetua o disparo. Haverá os três crimes (artigo 147-A, CP e artigos 14 e 15 da Lei 10.826/03). O mesmo raciocínio valerá para o caso de contextos distintos e o disparo e a posse ou porte de arma de uso restrito ou proibido. 85 Permanece incólume a observação a respeito da aplicabilidade, sem dupla apenação pelo mesmo fato, da majorante do crime de “Perseguição”, devido ao “emprego” da arma.

Não há falar em consunção dos crimes do Estatuto do Desarmamento pelo crime de “Perseguição”, tendo em vista a tutela de bens jurídicos diversos pelos tipos penais em concurso. 86

12.8 – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/06 prevê, em seu artigo 24 – A, o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência pelo praticante de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesses casos, havendo a medida protetiva e seguindo o infrator na prática da “Perseguição”, a melhor solução será o concurso formal impróprio de infrações (cúmulo material). Certamente o concurso se dará com o delito de “Perseguição” com aumento de pena devido à circunstância de violência contra a mulher, nos termos do artigo 147 – A, § 1º, II, CP. Não há também aqui “bis in idem”, tendo em vista a tutela de bens jurídicos diversos (liberdade individual da vítima e administração da justiça). 87

85 Op. Cit., p. 102 – 103.

86 Seguem em parte nosso entendimento, quanto ao caso de armas de fogo legais, Costa, Fontes e Hoffmann. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. No entanto, divergem afirmando que o concurso somente seria possível se o porte ilegal se desse em contextos distintos, no mais havendo consunção dos crimes do Estatuto do Desarmamento, tendo em vista sua condição de crime – meio e aplicando-se tão somente a causa de aumento de pena. Não nos parece a mais correta essa posição, tendo em vista os bens jurídicos diversos em pauta (liberdade individual e incolumidade pública e segurança pública), bem como o fato de que qualquer dos crimes do Estatuto do Desarmamento tem penas maiores do que o artigo 147 –A, CP, não sendo possível o raciocínio de sua absorção pelo crime menor (o maior absorve o menor e não o contrário).

87 Costa, Fontes e Hoffmann apresentam a mesma solução, apenas indicando que o concurso seria material. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. Parece, entretanto, que o concurso é formal impróprio devido à duplicidade de desígnios com a prática de duas infrações num só ato.

Lembram ainda Costa, Fontes e Hoffmann que pode haver descumprimento de medidas de proteção ao idoso (artigo 45 da Lei 10.741/03) ou criança ou adolescente (artigo 101 da Lei 8.069/90), caso em que não haverá possibilidade de aplicação do artigo 24 – A da Lei Maria da Pena, que é exclusivo para a violência contra a mulher. Também não caberá o crime de desobediência (artigo 330, CP), tendo em vista que já existe sanção processual para inibir o descumprimento, qual seja o decreto de Prisão Preventiva, nos termos do artigo 313, III, CPP. 88

Acrescente-se que também no caso de descumprimento de cautelares protetivas ora previstas no artigo 319, II e III, CPP, mesmo não se tratando de menores ou idosos, também caberá o decreto de preventiva, de acordo com o artigo 312, Parágrafo Único c/c 282, § 4º., CPP, de modo que também não será possível a cumulação do crime de “Perseguição” com o crime de “Desobediência”.

12.9 – CRIME DE SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO

Como já visto anteriormente, na “Perseguição” (artigo 147 –A, “caput”, CP) há mera “restrição” da liberdade de locomoção, enquanto que no crime de “Sequestro e Cárcere Privado” (artigo 148, CP) há “privação”. O segundo verbo pressupõe um ataque mais intenso ao bem jurídico.

Feita a distinção entre os delitos, há que considerar o caso em que haja a prática de perseguição por outros atos e em dado momento o “stalker” pratique o sequestro da vítima, passando, numa espécie de progressão criminosa, da “restrição” para a “privação” da liberdade de ir e vir. Nessas situações não parece haver outra solução senão o concurso material de infrações.

12.10 – CRIMES PATRIMONIAIS

Não é incomum que em casos de “Stalking” o infrator perpetre crimes patrimoniais contra o perseguido(a). A prática de crimes de dano (v.g. arremesso de pedras quebrando vidraças da casa da vítima, furar o pneu do carro, riscar a pintura etc.) é usual. Outro caso que inclusive já tive oportunidade de registrar trata-se de perseguição por motivos de atração sexual e subtração (furto) de roupas íntimas da vítima (calcinhas). Nesse caso concreto o indivíduo seguia a vítima constantemente sem nada dizer, mas a importunando indiretamente e depois invadiu seu quintal diversas vezes, subtraindo calcinhas de seu varal. Interrogado, informou que cheirava as peças íntimas em estado de excitação sexual e depois as vestia, raspava os pelos das pernas e nádegas, se olhava num espelho de costas com outro espelho à frente e se masturbava! Na época respondeu apenas pelos furtos continuados e pela contravenção penal de “Perturbação da Tranquilidade” (artigo 65, LCP),

88 Op. Cit.

então vigente e hoje revogada. Não havia ainda sido criado o crime de “Perseguição” (artigo 147 – A, CP) pela Lei 14.132/21.

Parece que os crimes patrimoniais devem ser imputados em concurso material ao infrator, tendo em vista a tutela de bens jurídicos diversos (liberdade individual e patrimônio).

12.11 – VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA, INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

Embora o crime de “Perseguição” já proteja os bens jurídicos da intimidade e da vida privada, não parece que violações como as de correspondência epistolar, telefônica e de domicílio possam ser absorvidas. Um aspecto é a perturbação causada pelo “stalker”, objeto por excelência do crime de “Perseguição”, outra são as violações especialmente incriminadas que não podem restar impunes, devendo haver concurso formal ou material conforme o caso concreto. Porém, pode haver pensamento que pugne pela consunção do crime maior pelo crime menor nesses casos, somente admitindo o concurso material em havendo atos de perseguição autônomos às violações, embora não pareça ser o mais certo.

12.12 – PICHANÇA

Uma das formas de importunar uma pessoa pode ser a realização de pichações em sua propriedade, com improperios, ameaças ou mesmo símbolos ou manifestações de suposto afeto.

Não se vislumbra motivo para que não haja o concurso formal impróprio de infrações entre o artigo 147 – A, CP e o artigo 65 da Lei 9.605/98, mesmo porque há novamente diversidade de bens jurídicos (liberdade individual e meio ambiente).

12.13 – CRIMES DE PERIGO COMUM E INDIVIDUAL

Não será impossível que em meio a uma conduta de “Perseguição” o infrator acabe praticando crimes como incêndio ou explosão. Novamente a solução somente pode ser o concurso formal impróprio, pois há bens jurídicos diversos em jogo, inobstante sejam os crimes de perigo comum subsidiários (liberdade individual e incolumidade pública). O mesmo se pode afirmar com relação a crimes de perigo individual como, por exemplo, perigo para a vida ou a saúde de outrem, perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave etc. Tendo em vista a alteridade de bens jurídicos, não parece que a subsidiariedade dos crimes de perigo seja suficiente para elidir sua aplicação. Malgrado isso, admite-se que pode surgir entendimento quanto ao afastamento dos crimes de perigo exatamente devido à sua característica subsidiária.

13 – CONCLUSÃO

Foram abordados os principais temas referentes ao crime de “Perseguição”, criado pela Lei 14.132/21, mediante a inclusão do artigo 147 – A no Código Penal.

Havia realmente uma lacuna quanto a condutas de perseguição reiterada, a qual já era indicada pela doutrina e foi colmatada pelo legislador de forma razoável, embora com alguns traços de insuficiência protetiva.

14 – REFERÊNCIAS

AÇÃO Penal em caso de lesão corporal contra mulher é incondicionada. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-04/acao-penal-lesao-corporal-mulher-incondicionada> , acesso em 11.06.2021.

ALKIMIN, Maria Aparecida. O Bullying e a Responsabilidade Jurídica. In: IDEM. *Bullying Visão Interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011.

ANDERS, Günther. L'uomo è antiquatto. Sulla distruzione dela vita nell'epoca dela terza rivoluzione industriale. Vol. II. Trad. M. A. Mori. Turim: Bollati Boringhieri, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos de Acumulação e Racionalidade da Intervenção Penal. *Boletim IBCCrim*. n. 208, p. 3 – 5, mar., 2010.

BELARMINO JÚNIOR, Antonio, PEREIRA, Emanuela de Araújo. Stalking, uma nova lei e sua aplicação parcial! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mar-16/opinioao-stalking-lei-aplicacao-parcial> , acesso em 10.06.2021.

BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOUGNOUX, Daniel. *Introdução às Ciências da Comunicação*. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2000, p. 206.

BRUNSCHVIGG, Léon. *Le Progrès de la Conscience dans la Philosophie*. Tome I. 2ª. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1953.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. "Stalking" ou Assédio por Intrusão e violência contra a mulher. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/264233531/stalking-ou-assedio-por-intrusao-e-violencia-contra-a-mulher> , acesso em 05.06.2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Breve Estudo Crítico*. Curitiba: Juruá, 2003.

CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2ª. ed. Leme: Mizuno, 2021.

CALHAU, Lélío Braga. *Bullying: o que você precisa saber*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Rodapé, 2018.

CALLEGARI, André Luis. Stalking. Disponível em callegariadvogados.com.br/www.instagram.com, acesso em 10.06.2021.

CALLEGARI, André. Primeiras Linhas sobre o Delito de Stalking. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/andre-callegari-primeiras-linhas-delito-stalking> , acesso em 10.06.2021.

CHESTERTON, G.K. *Ortodoxia*. Trad. Altamiro Pisetta. 2ª. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2012.

COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar de nome sem cirurgia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia> , acesso em 17.06.2021.

COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policial-stalking-crime-perseguiacao-ameacadora#:~:text=Consiste%20em%20forma%20de%20viol%C3%Aancia,%C3%A0%20integridade%20psicol%C3%B3gica%20e%20emocional.> , acesso em 05.06.2021.

CRESCO, Marcelo Xavier de Freitas. Os crimes digitais e as Leis 12.735/2012 e 12.737/2012. *Boletim IBCCrim*. n. 244, p. 9 – 10, mar., 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. A ação penal na contravenção de vias de fato cometida contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/01/30/acao-penal-na->

[contravencao-de-vias-de-fato-cometida-contra-mulher-no-ambito-domestico-e-familiar/](#), acesso em 11.06.2021.

DIP, Ricardo. Prefácio. In: MARTINS NETO, Felipe Nery "et al." *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015.

DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Os Demônios*. Obra Completa. Volume 3. Trad. Natália Nunes. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004.

DUHAMEL, Georges. *Cécile Parmi Nous*. Paris: Mercure de France, 1938.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. 2. ed. Campinas: Russel, 2010.

GALVÃO, Fernando. *Teoria do Crime da Pessoa Jurídica*. Belo Horizonte: D'Placido, 2020.

GILABERTE, Bruno. Crime de Perseguição (art. 147 – A, CP). Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1182713240/crime-de-perseguiacao-art-147-a-cp>, acesso em 10.06.2021.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12a. ed. Niterói: Impetus, 2018.

HIRIGOYEN, Marie – France. *A violência no casal*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. Tomo II. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio Evangelista de. Stalking. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>, acesso em 06.06.2021.

KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Trad. Luís Marcos Sander "et al". Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O Stalking como Infração Penal no Ordenamento Pátrio. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-stalking-como-infracao-penal-no-ordenamento-patrio>, acesso em 10.06.2021.

LESSA, Marcelo de Lima. Primeiras Impressões sobre o Novo Crime de Perseguição (Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021). Disponível em <https://jus.com.br/artigos/89565/primeiras-impressoes-sobre-o-novo-crime-de-perseguiacao-lei-n-14-132-de-31-de-marco-de-2021>, acesso em 10.06.2021.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Parte Geral*. Volume 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOLLAR, Rubén Martínez. Quebrantamiento de condena o medida. Disponível em <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4460-quebrantamiento-de-condena-o-medida/>, acesso em 05.06.2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Perseguição, o novo crime do art. 147 – A, do Código Penal. Disponível em <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1188694462/perseguiacao-o-novo-crime-do-art-147-a-do-codigo-penal#:~:text=147%2DA%2C%20do%20C%3%B3digo%20Penal,-8&text=O%20novo%20crime%20consiste%20em,esfera%20de%20liberdade%20ou%20pr ivacidade.%E2%80%9D>, acesso em 05.06.2021.

NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Violência (Bullying e Cyberbullying) – Modernidade e crise de sentido, ética e direitos humanos. In: ALKIMIN, Maria Aparecida (org.). *Bullying Visão Interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017.

OLIVEIRA, Alexandre Semedo de, SERPENTINO, Daniel. Ideologia de Gênero – Da aversão à realidade ao totalitarismo estatal: uma breve abordagem juspolítica e jurisprudencial. In: MARTINS NETO, Felipe Nery "et al." *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015.

PEARCEY, Nancy. *Verdade Absoluta*. Trad. Luis Aron. Rio de Janeiro: CEPAD, 2020.

REID, Thomas. *Investigação sobre a mente humana segundo os princípios do senso comum*. Trad. Aline Ramos. São Paulo: Vida Nova, 2013.

ROXIN, Claus. Autoría y dominio de hecho en derecho penal. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

SERTILLANGES, A. D. *O Mito Moderno da Ciência*. Trad. Lucas de Oliveira Fófano. Campinas: Calvarie Editorial, 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas nas Escolas Bullying*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *A Ideia Revolucionária no Brasil*. Brasília: Edições Câmara, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro. Volume II*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

DEMISSÃO DE EMPREGADO MOTORISTA FUNDADA NO ART. 482, M, DO CTB, TEMPO CERTO PARA APLICAÇÃO E OS CUIDADOS NECESSÁRIOS

PAULO CESAR ALENCAR DIAS
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus –
CEULM/ULBRA

JOSÉ LUIZ LEITE⁸⁹

(orientador)

RESUMO: A reforma trabalhista, Lei nº. 13.467/17, dentre outras diversas mudanças, adicionou, através de uma alínea, uma nova modalidade ao rol de faltas aptas a rescindir o contrato por justa causa. Sendo a justa causa o meio de rescisão mais oneroso ao trabalhador e tendo em vista que o alínea 'm' adicionado pela reforma trabalhista ao artigo 482 é taxativo, contudo, pode ser abarcado por muitas profissões, o presente artigo foca-se, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudências, a abordar a nova causa de rescisão contratual, sua aplicabilidade prática aos empregados na função de motoristas, os procedimentos de vencimento, suspensão e cassação do direito de dirigir balizados nas recentes mudanças aplicadas por resoluções do Conselho Nacional de Trânsito e leis que alteraram o Código de trânsito Brasileiro. Buscando também esclarecer os procedimentos a serem tomados pelo empregador visando garantir que a justa causa fundamentada no art. 482, 'm', da Consolidação das Leis Trabalhistas, aplicada ao empregado motorista não seja revertida por decisão judicial posterior.

Palavras-chave: justa causa; motorista empregado; Procedimentos do empregador.

ABSTRACT: The labor reform, Law nº. 13.467/17, among other various changes, added, through an indent, a new modality to the list of absences capable of terminating the contract by just cause. Since the just cause is the most costly means of termination for the worker and considering that the indent 'm' added by the labor reform to article 482 is exhaustive, however, it can be covered by many professions, this article focuses, through bibliographic research and jurisprudence, to address the new cause of contract termination, its practical applicability to employees in the function of drivers, the procedures for expiration, suspension and cancellation of the right to drive, based on the recent changes applied by resolutions of the National Traffic Council and laws that changed the Brazilian Transit Code. Also seeking to clarify the procedures to be taken by the employer in order

⁸⁹ Mestre em Garantias Constitucionais pelo Instituto Toledo de Ensino. Docente do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

to ensure that the just cause based on art. 482, 'm', of the Consolidation of Labor Laws, applied to the driver employee is not reversed by subsequent court decision.

Keywords: just cause; driver employees; Employer Procedures.

SUMÁRIO: Introdução -- 1 A justa causa: 1.1 Pressupostos justificadores da rescisão contratual por justa causa, 1.2 Art. 482, m da CLT - 2 Conceito de trânsito: 2.1 O Código de Trânsito Brasileiro; 2.2 Sistema Nacional de Trânsito - 3 A profissão de motorista: 3.1 O conceito de motorista profissional - 4 A perda dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão: 4.1 O vencimento da CNH: 4.1.1 O vencimento da CNH por culpa do condutor; 4.1.2 A responsabilidade do empregador; 4.2 A suspensão e a cassação: 4.2.1 A suspensão da CNH; 4.2.2 A cassação da CNH; 4.2.3 A responsabilidade do empregador na suspensão ou cassação do direito de dirigir do empregado; 4.2.4 O momento correto de se efetivar a demissão por justa causa – Conclusão – Referências.

Introdução

A seara trabalhista no Brasil é uma das áreas jurídicas mais movimentadas, a título de análise, segundo o relatório geral da justiça do trabalho de 2020 registraram-se 2.570.708 novos casos no ano de 2019 e a título de comparação esses números corresponderiam a 650 novos casos para cada magistrado da seara trabalhista do Brasil.

O relatório também demonstrou que a maioria dos casos versam sobre um ou mais tipos de verbas rescisórias, a exemplo, Aviso Prévio, com 394.802 processos, Multa de 40% do FGTS, com 332.802 processos, e Multa do Artigo n.º 477 da CLT, com 326.110 processos. Ainda diante de toda essa situação o direito trabalhista brasileiro continua evoluindo, se modificando e se moldando as novas realidades que vêm sendo imposta aos seus e por seus jurisdicionados.

A reforma trabalhista, implementada pela Lei n.º. 13.467/17, trouxe ao ordenamento trabalhista pátrio várias modificações das quais destaca-se a criação de uma falta grave ensejadora de justa causa que se caracteriza pela perda da habilitação ou requisitos estabelecidos por lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Levando em consideração que o modal brasileiro de transporte quase que em sua totalidade se faz por meio das vias terrestres para o transporte entre estados e cidades, de pessoas e cargas, seja da empresa que precisar mandar ou receber mercadorias ao estudante que usa o transporte público para chegar à escola, todos em algum momento dependem de um motorista seja ele autônomo ou empregado.

Considerando a importância dos motoristas empregados e o fato de que podem ser alvo desse novo modelo de justa causa, torna-se viável e relevante o estudo, através de

pesquisas bibliográficas e de jurisprudências, da matéria em questão, de como e por quais atos os motoristas se moldam a nova modalidade e qual vem sendo o entendimento dos tribunais sobre a matéria.

Ademais, a justa causa é o modo de rescisão contratual mais oneroso ao trabalhador, pois lhe retira o direito de receber boa parte das verbas rescisórias, em contrapartida a justa causa se revertida torna-se extremamente onerosa ao empregador, que muitas vezes não tem previsão orçamentária pronta a pagar os débitos adquiridos pela reversão. Assim é relevante entender quando o empregador pode rescindir o contrato sem correr o referido risco, para isso usar-se-á os mesmos métodos de pesquisas bibliográficas e de jurisprudências em conjunto com o estudo das mais recentes mudanças legais sobre a matéria.

1 A justa causa

A justa causa é uma das possíveis formas de rescisão do contrato de trabalho prevista no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Lei nº. 5.452/93, *“in verbis”*:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Conforme Martinez (2020, p. 1209) a justa causa se caracteriza como:

[...] falta grave tipificada em lei, invocada e provada pelo contratante lesionado, que, pela considerável extensão e nocividade, torna justificada e legitimada a ruptura imediata do contrato de emprego, levando o sujeito lesionador à assunção de perdas de natureza material ou imaterial.

No mesmo curso entende Delgado (2019, p. 1420) ao afirmar que:

Para o Direito brasileiro, *justa causa* é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito comitente da infração — no caso, o empregado. Trata-se, pois, da conduta tipificada em lei que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do trabalhador.

Tais inexecuções faltosas, são infrações de tamanha gravidade que autorizam ao empregador rescindir o contrato de trabalho. Na positivação deste dispositivo legal o ordenamento trabalhista brasileiro adota um misto entre o critério taxativo, pelo qual a legislação deve prever de modo exaustivo e formal as condutas que se considerariam infrações e o critério genérico, segundo o qual o ordenamento jurídico tipificaria condutas, mas essas possuiriam margens para sua interpretação.

Essa ideia de mistura, nasce no fato de que, ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho adote um caráter taxativo ao elencar, nas alíneas do art. 482, condutas que caracterizam uma falta grave o bastante a motivar a dispensa do empregado por justa causa, o corpo de alguns das alíneas traz uma tipificação genérica.

[...] a tipificação trabalhista — mesmo à luz do critério taxativo — não chega a ser, em todas as hipóteses legais, tão rigorosa quanto à característica do Direito Penal. A infração corresponde a um tipo legal preestabelecido, mas esse tipo legal não tem, sempre, seus traços e contornos rigidamente fixados pela lei. A tipificação trabalhista pode ser, desse modo, significativamente mais flexível e plástica do que a configurada no Direito Penal. Um exemplo dessa plasticidade é dado pela justa causa prevista no art. 482, “b”, CLT, isto é, *mau procedimento*. Ora, a plasticidade e imprecisão desse tipo legal trabalhista deixa-o muito distante do rigor formal exigido por um tipo legal penalístico. (DELGADO, 2019, p. 1419)

Assim, em virtude desse caráter genérico, o processo de demissão por justa causa se torna complexo, sendo sensato que as supostas faltas cometidas pelo empregado, passem por uma análise, preferencialmente, de um profissional qualificado, pois conforme o Autor Leite (2019, p. 931) “A justa causa é altamente prejudicial ao empregado, não só no aspecto moral, mas, sobretudo, no aspecto patrimonial. Uma vez caracterizada a justa causa, o empregado terá direito apenas a saldo de salários e férias vencidas.”

Tal penalidade financeira e moral imposta ao empregado faz com que caso o processo de dispensa, em estudo, não seja realizado da forma correta, oferta, ao ex-empregado, a possibilidade de reparação dos danos sofridos pelo mal procedimento o que, inevitavelmente, causaria prejuízos ao fluxo financeiro da empresa, através de multas indenizatórias, reintegração de funcionário, pagamento de verbas não previstas, entre outros pedidos a serem pleiteados pelo ex-funcionário em juízo a depender do caso concreto.

1.1 Pressupostos justificadores da rescisão contratual por justa causa

Pelo que se extrai dos ensinamentos de Martinez (2020, p. 1215-1219) existem pressupostos a serem observados, que garantem uma efetiva aplicação de justa causa:

A previsão legal: o fato gerador da rescisão deve estar tipificado em lei;

A proporcionalidade entre a falta e a punição: sendo o empregador o proprietário do poder disciplinar, dentro de proporções razoáveis, deve analisar se o fato gerador, ainda que tipificado em lei, possui gravidade o suficiente para motivar a rescisão do contrato;

A não punição dupla: não pode o empregador punir o empregado mais de uma vez pelo mesmo fato gerador;

A Relevância ponderada das condutas praticadas fora do local de trabalho: a conduta do empregado pode constituir falta grave mesmo quando fora do trabalho ou expediente, nos casos em que tal conduta comprometa a imagem da empresa ou os pressupostos de seu contrato de trabalho;

Imediatidade punitiva: a sanção a falta cometida pelo empregado deve ser aplicada imediatamente, sob pena de caracterizar-se o perdão tácito do empregador;

Observância do devido processo legal privado na apuração da falta: a imposição de sanção trabalhista ao funcionário deve ser precedida de procedimento prévio que lhe garanta pleno direito de defesa contra a sanção a ser imposta.

1.2 Art. 482, m da CLT

A Lei nº. 13.467/2017 dentre outras alterações realizadas na CLT, acrescentou ao art. 482 a alínea 'm', o qual, nas palavras de Leite (2019, p. 936) "Trata-se de nova hipótese de justa causa decorrente da cassação da habilitação profissional do empregado, desde que caracterizada a sua conduta dolosa" e "*in verbis*":

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Assim a constitutiva de justa causa ora em exame, pode recair sobre inúmeros trabalhadores como, advogados, arquitetos, contadores, engenheiros, enfermeiros médicos, motoristas e vigilantes os quais, necessitam de suas devidas habilitações profissionais para exercer legalmente suas respectivas profissões.

Na alínea em estudo, vislumbra-se, novamente, a tipificação mista entre o caráter taxativo da tipificação e o genérico da interpretação da norma trabalhista, como já supra citado por Delgado, contundo sua plasticidade e imprecisão se devem ao fato de que cada uma das profissões possui seu próprio código, com seus próprios meios e requisitos de habilitação, bem como seus próprios meios, espécies e procedimentos de sanções, que podem ou não levar a perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão.

Por tal imprecisão, se faz necessário, que para cada caso de demissão por justa causa nos moldes do art. 482, m, da CLT, observe-se a profissão do sujeito, bem como o

respectivo procedimento necessário para perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão junto ao respectivo conselho ou entidade reguladora.

2 Conceito de trânsito

Conforme entende Mitidiero (2005, p. 23), o termo trânsito apresentado no Código de Trânsito Brasileiro, figura como:

[...] a movimentação e a imobilização das pessoas, nas acepções de pedestres e condutores de veículos e animais, nas vias terrestres abertas à circulação, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga, sendo-o, por igual, a ocupação instintiva, pelos animais, dessas referidas vias, nelas movimentando-se e imobilizando-se.

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB), por sua vez, define trânsito em seu artigo 1º, § 1º como a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

Destarte, o trânsito nada mais é do que uma via ocupada por quaisquer dos seus usuários, em movimento ou imobilizados.

2.1 O Código de Trânsito Brasileiro

A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 que institui o Código de Trânsito Brasileiro, tem sua relevância temática, pois conforme seu art. 1º “O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.”

O Código de Trânsito brasileiro impõe as regras de conduta, circulação, habilitação e sanções, que recaem sobre os motoristas e demais componentes do trânsito.

2.2 Sistema Nacional de Trânsito

O atual Código de Trânsito Brasileiro instituiu o Sistema Nacional de Trânsito e define sua formação e finalidade em seu artigo 5º:

Art. 5º O Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento,

administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades.

Deste modo, os requisitos para se exercer a função de motorista, bem como os requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão ou para a perda da habilitação estarão, todos, positivadas no Código de Trânsito Brasileiro e nas resoluções ou disposições dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Trânsito (SNT).

Esses órgãos e entidades fazem parte da administração pública e estão definidos no artigo 7º do Código de Trânsito Brasileiro, *"in verbis"*:

Art. 7º Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

I - o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;

II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;

III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - a Polícia Rodoviária Federal;

VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e

VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI.

3 A Profissão de Motorista

Para que um indivíduo possa trabalhar como motorista, há dois requisitos essenciais: A Carteira Nacional de Habilitação (CNH) respectiva ao veículo que será por ele operado e a aptidão para o Exercício de Atividade Remunerada (EAR), a qual deve constar, obrigatoriamente, no campo de observações de sua respectiva CNH, conforme § 5º do art. 147 do CTB e art. 7º da Resolução nº. 598/16 do CONTRAN:

Art. 147 [...]

[...]

§ 5º O condutor que exerce atividade remunerada ao veículo terá essa informação incluída na sua Carteira Nacional de Habilitação, conforme especificações do Conselho Nacional de Trânsito – Contran.

Art. 7º Dentro do campo “Observações” do modelo da CNH previsto no Anexo I desta Resolução, deverão constar as restrições médicas, a informação sobre o exercício de atividade remunerada e os cursos especializados que tenham certificações expedidas, todos em formatos padronizados e abrevia dos, conforme Anexo II desta Resolução.

Destaca-se que a concessão da CNH e do EAR se dão por ato administrativo negocial na modalidade de licença administrativa, a qual segundo Mazza (2016, p. 328):

[...] constitui ato administrativo unilateral, declaratório e vinculado que libera, a todos que preenchem os requisitos legais, o desempenho de atividades em princípio vedadas pela lei. Trata-se de manifestação do poder de polícia administrativo desbloqueando atividades cujo exercício depende de autorização da Administração.

Portanto, basta ao cidadão preencher os requisitos legais e solicitar aos órgãos e entidades do sistema nacional de trânsito, que deveram, obrigatoriamente, conceder a licença para dirigir, através da Carteira Nacional de Habilitação.

Ressalta-se por fim, que ao se habilitar o cidadão além de receber a Carteira Nacional de Habilitação é cadastrado junto ao Registro Nacional de Carteira de Habilitação (RENACH), este sendo o banco de dados onde constam todos os prontuários individuais dos motoristas habilitados no Brasil, sejam multas, penalidades, mudança de categoria e informações pessoais como endereço e estado civil.

3.1 O conceito de motorista profissional

O senso comum nos leva a acreditar que todo indivíduo, o qual, do ato de dirigir obtém sua fonte renda é um motorista profissional, contudo para a legislação brasileira e após o advento da Lei nº. 13.103/2015, que dispõe sobre a profissão de motorista, definiu-se o motorista profissional como aquele que, além de utilizar um veículo automotor cuja a

condução exija formação profissional, também exerce a profissão para o transporte rodoviário de passageiros e ou transporte rodoviário de cargas, *"in verbis"*:

Art. 1º É livre o exercício da profissão de motorista profissional, atendidas as condições e qualificações profissionais estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Integram a categoria profissional de que trata esta Lei os motoristas de veículos automotores cuja condução exija formação profissional e que exerçam a profissão nas seguintes atividades ou categorias econômicas:

I - de transporte rodoviário de passageiros;

II - de transporte rodoviário de cargas.

Assim, o conceito legal não inclui os trabalhadores autônomos, ou empregados motoristas que realizem suas atribuições, exclusivamente, dentro da circunscrição de um município, como por exemplo, os empregados de empresas privadas trabalham realizando o transporte urbano municipal de passageiros, que para efeitos legais, são empregados na função de Motorista.

Todavia, ainda que não acolhidos na definição de motoristas profissionais a Legislação Brasileira admite e aborda a existência de outros tipos de trabalhadores motoristas, sendo eles:

Os Motoristas de transporte de passageiros por mototáxi e de transporte de mercadorias, tipo moto-frete, previstos no art. 1º, da Lei nº. 12.009/2009 e art. 139-A, do CTB;

Os Motoristas de transporte coletivo de escolares, conforme art. 138, V, do CTB;

Os Motoristas de transporte de carga de produtos perigosos, segundo art. 145, IV, do CTB;

Os motoristas de transporte privado individual de passageiros, previstos no art. 11-B, inciso I, da Lei nº. 12.587/2012;

Os motoristas de ambulância e de emergência abarcados pelos art. 145, IV e art. 145-A, ambos do CTB;

Os instrutores de trânsito art. 156, do CTB e artigos 1º e 2º, da Lei nº. 12.302/2010.

4 A perda dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão

Uma vez que os requisitos legais para o exercício da profissão de motorista são obtidos através de uma licença administrativa, estes estarão mantidos enquanto os requisitos que autorizem a licença estiverem sendo cumpridos.

A perda dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, por sua vez, ocorrerá através do vencimento, suspensão ou cassação da CNH.

4.1 O vencimento da CNH

Conforme dispõe o Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 159, §10:

Art. 159 [...]

[...]

§10 A validade da Carteira Nacional de Habilitação está condicionada ao prazo de vigência do exame de aptidão física e mental.

O exame de aptidão física e mental descrito, antes de 12 de abril de 2021, quando entraram em vigor as mudanças trazidas pela lei nº 14.071/20, deveria ser renovado a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade. É importante ter isso em mente, pois a CNH vencida e renovada durante a *vacatio legis* da Lei nº.14.071/20 continua-se com o prazo de validade de cinco ou três anos e só possuirá um dos novos prazos, quando renovada novamente e após o início da vigência da lei.

A Lei nº. 14.071, de 13 de outubro de 2020, dentre outras alterações, mudou o corpo do art. 147 e seu §2º, ambos do CTB, que vigoram com as seguintes disposições:

Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na ordem descrita a seguir, e os exames de aptidão física e mental e a avaliação psicológica deverão ser realizados por médicos e psicólogos peritos examinadores, respectivamente, com titulação de especialista em medicina do trânsito e em psicologia do trânsito, conferida pelo respectivo conselho profissional, conforme regulamentação do Contran:

[...]

§ 2º O exame de aptidão física e mental, a ser realizado no local de residência ou domicílio do examinado, será preliminar e renovável com a seguinte periodicidade:

I - a cada 10 (dez) anos, para condutores com idade inferior a 50 (cinquenta) anos;

II - a cada 5 (cinco) anos, para condutores com idade igual ou superior a 50 (cinquenta) anos e inferior a 70 (setenta) anos;

III - a cada 3 (três) anos, para condutores com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos.”

Diante do exposto, a partir do dia 12 de abril de 2021, as carteiras Nacionais de Habilitação possuem uma validade de dez, cinco ou três anos a variando de acordo com a idade no condutor na data da renovação.

4.1.1 O vencimento da CNH por culpa do condutor

O Motorista empregado é o maior interessado na manutenção de sua CNH, documento essencial para o exercício da profissão de motorista, onde a perda do direito de dirigir inviabiliza a própria atividade do empregado que é contratado para a função específica de motorista.

Sendo o Motorista o possuidor e proprietário de sua CNH, tendo ele a responsabilidade de se manter habilitado, levando em consideração que o próprio documento possui uma área específica onde consta a data em que o documento perde a validade, se não ocasionado por interferência do empregador ou da Administração Pública, o vencimento da CNH ocorrerá por conduta dolosa do Motorista.

Deste modo estando a Carteira Nacional de Habilitação vencida e observados os Pressupostos justificadores da rescisão contratual por justa causa, já se encontra o empregado dentro da disposição do art. 482, m da CLT e assim, apto a ter seu contrato rescindido por justa causa.

Nesse aspecto já é possível encontrar diversos julgados sobre o tema:

DISPENSA POR JUSTA CAUSA. CNH VENCIDA. ACIDENTE GRAVÍSSIMO. 1.) As obrigações da reclamada não excluem as do reclamante, indispensáveis ao exercício da profissão de motorista (art. 159, CNT), dentre elas, todas que se relacionam à CNH, documento pessoal e intransferível. É ele quem se candidata a obtê-la junto ao Departamento Nacional de Trânsito. Quem deve portá-la

e exibi-la à autoridade competente. Quem visualiza em primeiro lugar o campo denominado "VALIDADE" na sua parte frontal/inferior (entre os campos "Nº REGISTRO" e "1a. HABILITAÇÃO"). Não se pode impor à reclamada as consequências do ato omissivo do reclamante, de não renovar em tempo hábil a sua CNH. 2.) A falta está indubitavelmente configurada. Os fatos falam por si. Nitidamente não se trata de uma falta que possa passar em branco, como se não existisse. Foi gravíssima, seja pelos prejuízos materiais causados, seja pelos potenciais danos à própria vida humana. (TRT-3 - RO: 00103613320205030110 MG 0010361-33.2020.5.03.0110, Relator: Ricardo Antonio Mohallem, Data de Julgamento: 17/03/2021, Nona Turma, Data de Publicação: 18/03/2021.)

JUSTA CAUSA. DESÍDIA. CONFIGURAÇÃO. Pelo princípio da continuidade da relação de emprego, a justa causa para a dispensa deve ser provada de forma robusta. No caso, a conduta do autor, motorista profissional que não agiu diligentemente para renovar sua CNH vencida, correspondeu a irregularidade suficiente para caracterizar falta grave apta a fragilizar a fidúcia necessária à manutenção da relação empregatícia, porquanto demonstrou desídia no cumprimento dos deveres decorrentes do vínculo empregatício. (TRT-10 - RO: 00003275620195100104 DF, Data de Julgamento: 11/12/2019, Data de Publicação: 19/12/2019)

Corroborando ainda mais com a importância da manutenção CNH pelo empregado, já existe decisão do Tribunal Superior do Trabalho onde o vencimento da CNH ensejou a rescisão por justa causa do empregado que gozava de estabilidade provisória.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 13.015/14, 13.105/15 E 13.467/17. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. O v. acórdão regional, após a análise do conjunto fático-probatório, constatou a existência de justa causa apta a afastar a estabilidade provisória do reclamante, in verbis: "Nessas circunstâncias e considerando que a reclamada concedeu prazo para o reclamante apresentar CNH válida, como alegado na defesa e não impugnado pelo autor, a conduta patronal em rescindir o contrato de trabalho por justa causa não pode ser classificada de ilegítima, sequer atribuído ao ato rigor excessivo, vez que o reclamante era motorista, não podendo exigir que a empresa mantivesse

trabalhador em funções diversas daquelas para as quais foi selecionado e contratado, por este haver deixado de preencher requisitos necessários ao exercício da sua função, os quais detinha no momento da contratação" (pág. 653). No mesmo sentido, inclusive, é a nova redação do artigo 482, da CLT, em sua alínea m, que trata expressamente sobre a situação dos autos: "Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado" (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). Em que pese à estabilidade provisória ter o objetivo de proteger o trabalhador contra dispensas arbitrárias, esse não é o caso dos autos, uma vez que não há como se considerar que o empregado seja detentor de estabilidade provisória diante da dispensa por justa causa. O afastamento por motivo de doença, interrupção e/ou suspensão impede, tão somente, a dispensa sem justa causa, jamais aquela fundada em prática de falta grave. Por sua vez, em relação à suposta contrariedade à Súmula 443/TST, verifica-se que a r. Súmula é inaplicável ao caso em tela, pois não foi reconhecida, pelo v. acórdão regional, a condição de dependente químico do reclamante, mas sim a de mero usuário. Já quanto à divergência jurisprudencial, constata-se que os arestos trazidos à colação tratam de hipóteses fáticas diversas das abordadas no presente caso, isso porque todos partem do pressuposto factual de que não pode haver dispensa discriminatória do dependente químico, o que, como visto, não é o caso dos autos. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - ARR: 10017548320175020712, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 10/06/2020, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2020)

4.1.2 A responsabilidade do empregador

Visando antecipar problemas jurídicos ao empregador é indicado manter um registro de todos os empregados motoristas onde conste, no mínimo, a data de validade das respectivas Carteiras Nacionais de Habilitação.

Desta forma o empregador pode notificar o empregado com antecedência sobre o vencimento de sua CNH, bem como os problemas que advêm com o referido vencimento.

Considera-se que o mais importante ao empregador é que não permita a configuração do perdão tácito a falta cometida pelo empregado, que seria segundo

Delgado (2019, p. 1427) "O silêncio empresarial prolongado, após conhecida uma falta obreira, gera a presunção de que a infração foi implicitamente perdoada pela contraparte contratual."

[...] se o empregador, ciente da falta cometida pelo empregado, deixar de exercer o seu poder disciplinar, aplicando a penalidade correspondente, haverá presunção de que a falta foi perdoada, caracterizando o perdão tácito. (LEITE, 2019, p. 431)

Tal perdão pode ser o fator determinante entre o provimento ou desprovimento de ação objetivando a reversão da justa causa impetrada por ex-funcionário.

4.2 A suspensão e a cassação

A suspensão e a cassação conforme o art. 256, do CTB, caracterizam duas das possíveis penalidades a serem impostas pela autoridade de trânsito ao condutor que incorre em uma das infrações previstas no CTB, para os efeitos desse estudo são também os meios restantes pelo qual o motorista pode perder a habilitação e conseqüentemente os meios que habilitam trabalhar na função de motorista.

Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades:

- I - advertência por escrito;
- II - multa;
- III - suspensão do direito de dirigir;
- IV – (vetado)
- V - cassação da Carteira Nacional de Habilitação;
- VI - cassação da Permissão para Dirigir;
- VII - freqüência obrigatória em curso de reciclagem.

4.2.1 A suspensão da CNH

A suspensão é forma de sanção ao motorista onde o documento físico do condutor fica retido, acostado aos autos do processo que decreta sua suspensão, pelo tempo que perdurar a punição, o que conseqüentemente o impede de exercer a função de motorista.

Com as mudanças trazidas ao Código de Trânsito Brasileiro pela lei nº. 14.071/2020, que dentre outras disposições ampliou o prazo de validade das habilitações, hoje o motorista que exerce atividade remunerado pode sofrer a suspensão de sua CNH por 3 motivos:

Se dentro do prazo de doze meses a pontuação registrada no RENACH do motorista alcançar quarenta pontos, independe, da natureza das multas, conforme o § 5º do art. 261 do CTB e Art. 3º, §1º da resolução n.º 844/2021 do CONTRAN.

Caso seja condenado em processo administrativo por quaisquer das infrações previstas no CTB que sejam auto suspensivas, logo possuem como penalidade prevista em lei a suspensão da CNH, segundo disposto no art. 261, II do CTB.

A ultima possibilidade entrou em vigor em 12/04/2021 em conjunto com a resolução n.º 844/2021 do CONTRAN, que adicionou a resolução n.º 723/2018 do CONTRAN, que dentre outras disposições dispõe sobre a uniformização do procedimento administrativo para imposição das penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação, previstas nos arts. 261 e 263, incisos I e II, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em seu art. 3º o inciso III:

Art.3º [...]

[...]

III - em caso de resultado positivo no exame toxicológico periódico previsto no § 2º do art. 148-A do CTB, realizado por condutor habilitado nas categorias C, D ou E.

Deste modo e conforme o disposto no art. 148-A do CTB, os condutores das categorias C, D e E que não comprovarem o resultado negativo em exame toxicológico além de não estarem aptos a renovação da Carteira Nacional de Habilitação, estarão sujeitos ao processo administrativos de suspensão do direito de dirigir com base no art. 3º, III, da resolução n.º 723/2018 do CONTRAN.

Já existe ampla jurisprudência no que tange a aplicação do art. 482, m do CTB ao empregado motorista que possui sua CNH suspensa durante a vigência de seu contrato de trabalho, mas chamo a atenção para a decisão do Tribunal Superior do trabalho que manteve a justa causa do empregado que durante a vigência de seu contrato de trabalho teve a sua CNH suspensa por infração auto suspensiva ocorrida em carro particular e fora do horário de trabalho.

RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. CPC/2015. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. JUSTA CAUSA/FALTA GRAVE.

MOTORISTA PROFISSIONAL QUE TEVE O DIREITO DE DIRIGIR SUSPENSO NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO. Embora atos de indisciplina estejam comumente relacionados às regras gerais de conduta emanadas pelo empregador, seu conceito é mais amplo e abrange também outras normas, inclusive leis. Além disso, o ato deve ser dotado de tamanha gravidade que incompatibilize a relação com o empregador e prejudique o bom andamento da produção. Deve, portanto, repercutir no contrato de trabalho a ponto de causar prejuízo às atividades da empresa. No presente caso, o autor, contratado como motorista profissional, cometeu infração de trânsito ao dirigir sob a influência de álcool, que gerou a suspensão do seu direito de dirigir pelo período de 1 ano. Assim, ao ter suspenso requisito indispensável para o exercício de sua profissão, comprometeu de forma grave o desempenho de suas atividades na empresa, o que valida a dispensa por justa causa. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 2879320165090658, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 05/02/2020, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/02/2020)

4.2.2 A cassação da CNH

Primeiramente destaca-se que a cassação da CNH é definitiva, assim uma vez aplicada a penalidade, somente após o decurso de dois anos o condutor poderá requerer uma nova habilitação, devendo se submeter a todos os exames necessários à habilitação, conforme determina o art. 263, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Com fundamento no art. 263, I, do CTB, se constatado por autoridade de trânsito, seja através de seus agentes ou pelo registro de uma infração de trânsito, que o motorista estava conduzindo qualquer veículo no período em que sua Carteira de Habilitação estava suspensa deverá se instaurar o processo de Cassação da CNH.

Há também a previsão de cassação da CNH, segundo o Art. 263, II, do CTB, para a constatação de reincidência, dentro do prazo de doze meses, das infrações previstas nos artigos 163,164,165,173,175 e inciso III do art. 162, todos do CTB.

A última previsão de cassação da CNH, conforme o art. 263, III, do CTB e resolução nº 723/2018, art. 4º se refere ao condutor que se utilize de veículo para a prática do crime de receptação, descaminho, contrabando, previstos nos arts. 180, 334 e 334-A do Código Penal, condenado por um desses crimes em decisão judicial transitada em julgado.

4.2.3 A responsabilidade do empregador na suspensão ou cassação do direito de dirigir do empregado

O empregador mais uma vez se encontra em uma posição em que deve zelar pelos pressupostos necessários para a caracterização da justa causa.

Deve se manter informado sobre as informações constantes no RENACH de seus funcionários motoristas, objetivando notificá-los e adverti-los quanto as multas que recebam operando os veículos do empregador.

Ainda nessa questão o empregador deve se manter atualizado das informações que constem no RENAVAM (Registro Nacional de Veículos Automotores) de seus veículos, pois sendo ele o proprietário do veículo está sujeito ao disposto no §7º, art. 257 do CTB:

Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.

[...]

§ 7º Quando não for imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo.

Por fim, é requisito é essencial que o empregador não esteja envolvido e nem seja por sua causa que o funcionário tem o direito de dirigir suspenso. Para esses casos a jurisprudência tem entendido pela reversão da justa causa ou pela rescisão do contrato de trabalho por culpa recíproca.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. CULPA RECÍPROCA. MOTORISTA. EXCESSO DE MULTAS. SUSPENSÃO DA CNH. JORNADA EXAUSTIVA. EXIGÊNCIA DE TRABALHO SUPERIOR ÀS FORÇAS DO EMPREGADO. Deve ser dado provimento ao agravo de instrumento para processamento do recurso de revista, diante de possível violação dos arts. 483, a, e 484 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. CULPA RECÍPROCA. MOTORISTA. EXCESSO DE MULTAS. SUSPENSÃO DA CNH. JORNADA EXAUSTIVA. EXIGÊNCIA DE TRABALHO SUPERIOR ÀS FORÇAS DO EMPREGADO.

Deve ser reconhecida a culpa recíproca em relação à extinção do contrato de trabalho do motorista que teve a CNH suspensa por excesso de infrações de trânsito, quando a iniciativa da extinção advém de empregador que submete o empregado a jornadas exaustivas, como no caso dos autos, em que a jornada era de 6h às 21h, com 30 minutos de intervalo, inclusive aos feriados, com folga a cada 15/20 dias. Não pode o Julgador se afastar da realidade da profissão de motorista, a qual sabidamente é extenuante, sobretudo diante do trânsito e das estradas brasileiras, por vezes mal sinalizadas, situação que submete tais empregados ao trabalho em estresse. Tal realidade se agrava quando o empregador exige do motorista o cumprimento de jornadas exaustivas, muitas vezes bem acima do limite legal, conduta que, embora comum, deve ser veementemente rechaçada pelo Judiciário, pois submete a risco de acidentes fatais não apenas o empregado, mas outros motoristas e passageiros que também circulam nas vias públicas. E se tal conduta submete o motorista a risco de acidentes fatais, quanto mais ao cometimento de diversas infrações de trânsito, que de modo algum podem ser atribuídas exclusivamente ao empregado, pois é quase humanamente impossível dirigir com níveis de atenção adequados em jornadas extenuantes. Recurso de revista conhecido por violação dos arts. 483, a, e 484 da CLT e provido. (TST - RR: 13391420125150104, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 14/12/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016)

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Dá-se parcial provimento para determinar que a verba honorária deverá ficar, nos termos do § 3º do art. 98 do NCP, sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderá ser executada se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tal obrigação do beneficiário. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. REVERSÃO DA JUSTA CAUSA. MOTORISTA COM CNH SUSPensa. VERBAS RESCISÓRIAS. Tendo em vista que não restaram configurados os pressupostos para aplicação da dispensa por justa causa, deve ser reformada a sentença para determinar a reversão da penalidade e a consequente condenação da reclamada ao pagamento dos haveres

rescisórios por iniciativa do empregador. (TRT-17 - RO: 00003174520185170009, Relator: JOSÉ CARLOS RIZK, Data de Julgamento: 16/07/2019, Data de Publicação: 24/07/2019)

4.2.4 O momento correto de se efetivar a demissão por justa causa.

A partir da instauração do processo administrativo de suspensão ou cassação, constará no prontuário RENACH do condutor que o mesmo é alvo do processo, contudo isso não constitui qualquer impedimento ao exercício de seus direitos, conforme dispõe Art. 10, §1º da resolução nº. 723/2018 do CONTRAN.

A suspensão ou cassação do direito de dirigir de um condutor se efetivam mediante a decisão motivada e fundamentada proferida por autoridade do órgão ou entidade de trânsito a qual o processo estava submetido.

Conforme o Art. 14 da resolução nº. 844/2021 do CONTRAN quando se não apresentada, conhecida ou acolhida a defesa do condutor, a autoridade de trânsito competente devesse aplicar a penalidade de suspensão do direito de dirigir ou de cassação do documento de habilitação.

Ao empregador interessa saber que após esgotados todos os recursos de defesa do condutor em seu prontuário RENACH será fixada e anotado a data de início do cumprimento da penalidade e a data de fim, conforme art. 16 e §2º, da resolução nº. 723/2018 do CONTRAN. A partir desse momento e observados pressupostos necessários a justa causa, estará o empregador apto a rescindir o contrato do empregado motorista punido com a suspensão ou cassação de sua CNH pelos motivos elencados no art. 482, 'm' do CTB.

Conclusão

Os frutos colhidos por meio desse estudo são de ordem multidisciplinar, ainda que centralizado no direito trabalhista por sua fundamentação de existência e origem, os resultados efetivamente encontrados estão atrelados ao direito administrativo.

Buscou-se com este trabalho estabelecer o entendimento dos atos pelos quais o motorista empregado estaria sujeito a justa causa prevista no art. 482, m, da CLT. O resultado obtido elenca três possibilidades o vencimento, a suspensão e a cassação da licença para dirigir.

Ao cidadão para que possa exercer a profissão de motorista a legislação, através do CTB, estabeleceu como requisito o porte da CNH, documento oficial onde deve haver a observação do EAR.

No que pese o Vencimento da CNH, a jurisprudência se mostrou em um mesmo sentido, creditando o ônus de se manter habilitado ao motorista empregado tendo em vista ele ser o maior interessado e proprietário possuir do documento, ressaltando-se até a possibilidade de rescindir o contrato de trabalho que esteja gozando de estabilidade.

A cassação, entendida como a desabilitação completa do condutor e a suspensão da CNH, visto como a suspensão da licença para dirigir, realizam um caminho paralelo e em mesmo sentido, ainda que diferentes, para que haja sua decretação possuem o mesmo requisito, qual seja, a decisão motivada e fundamentada do processo administrativo que instaurou a aplicação da penalidade.

Buscou-se, também, entender quando o empregador pode rescindir o contrato sem correr o risco de ter a rescisão por justa causa revertida, para este questionamento ficou claro que o patrão deve seguir os pressupostos necessários da justa causa, com razoabilidade e nunca ficando inerte e sempre que possível mantendo o cadastro de seus funcionários e veículos atualizados, sendo defeso que rescinda o contrato quando de alguma forma contribuiu para que o empregado perdesse os requisitos legais para trabalhar como motorista, nesse aspecto a jurisprudência, no melhor dos casos, reforma a decisão e aponta a rescisão como culpa recíproca.

Ao que tange o tempo certo para se rescindir o contrato, para os casos de suspensão ou cassação esse tempo se dá quando durante a vigência do seu contrato de trabalho e já esgotados seus recursos de defesa o condutor inicia o cumprimento da penalidade, seja suspensão ou cassação, a qual é adicionada ao seu prontuário RENACH com data de início e fim.

No tange o tempo certo para se rescindir o contrato, para os casos de CNH vencida, segundo as disposições legais e com observância da jurisprudência, uma vez vencida a CNH e não estando o empregado motorista na iminência de revalidá-la, poderia o empregador rescindir o contrato fundado no art. art. 482, 'm' da CLT.

Por fim, levando em consideração as mais recentes mudanças trazidas pela resolução nº. 844/2021 do CONTRAN, bem como outras que podem advir, e que ainda estão para produzir jurisprudência sobre sua matéria, sem a pretensão de ter esgotado toda a matéria relativa ao tema, vislumbra-se que o presente trabalho cumpriu o seu objetivo.

Referências

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503Compilado.htm. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.009, de julho de 2009.** Regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, “mototaxista”, em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e “motoboy”, com o uso de motocicleta, altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, para dispor sobre regras de segurança dos serviços de transporte remunerado de mercadorias em motocicletas e motonetas – moto-frete –, estabelece regras gerais para a regulação deste serviço e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12009.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.302, de 2 de agosto de 2010.** Regulamenta o exercício da profissão de Instrutor de Trânsito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12302.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.** Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.071, outubro de 2020.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para modificar a composição do Conselho Nacional de Trânsito e ampliar o prazo de validade das habilitações; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14071.htm#art1. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal regional do Trabalho da 3ª Região (9ª Turma). Recurso Ordinário 00103613320205030110 MG 0010361-33.2020.5.03.0110. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. CNH VENCIDA. ACIDENTE GRAVÍSSIMO [...]. Relator: Ricardo Antonio Mohallem. Data de Julgamento: 17/03/2021. Data de Publicação: 18/03/2021. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1182530756/recurso-ordinario-trabalhista-ro-103613320205030110-mg-0010361-3320205030110/inteiro-teor-1182530906.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal regional do Trabalho da 10ª Região (2ª Turma). Recurso Ordinário: 00003275620195100104 DF. JUSTA CAUSA. DESÍDIA. CONFIGURAÇÃO. Pelo princípio da continuidade da relação de emprego, a justa causa para a dispensa deve ser provada de forma robusta. No caso, a conduta do autor, motorista profissional que não agiu diligentemente para renovar sua CNH vencida [...]. Relatora: ELKE DORIS JUST. Data de Julgamento: 11/12/2019. Data de Publicação: 19/12/2019. Disponível em: <https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1138512639/acordao-2-turma-2019-recurso-ordinario-rito-sumarissimo-ro-3275620195100104-df/inteiro-teor-1138512677>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal regional do Trabalho da 17ª Região (1ª Turma). Recurso Ordinário 00003174520185170009. [...]RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. REVERSÃO DA JUSTA CAUSA. MOTORISTA COM CNH SUSPENSA. VERBAS RESCISÓRIAS. Tendo em vista que não restaram configurados os pressupostos para aplicação da dispensa por justa causa, deve ser reformada a sentença para determinar a reversão da penalidade e a consequente condenação da reclamada ao pagamento dos haveres rescisórios por iniciativa do empregador. Relator: JOSÉ CARLOS RIZK. Data de Julgamento: 16/07/2019. Data de Publicação: 18/03/2021. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/735668799/recurso-ordinario-trabalhista-ro-3174520185170009>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: 10017548320175020712. I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 13.015/14, 13.105/15 E 13.467/17. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. O v. acórdão regional, após a análise do conjunto fático-probatório, constatou a existência de justa causa apta a afastar a estabilidade provisória do reclamante [...]. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Data de Julgamento: 10/06/2020. Data de Publicação: 19/06/2020. Disponível

em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864111368/arr-10017548320175020712/inteiro-teor-864111388>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7ª Turma). Recurso de Revista: 2879320165090658. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. CPC/2015. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. JUSTA CAUSA/FALTA GRAVE. MOTORISTA PROFISSIONAL QUE TEVE O DIREITO DE DIRIGIR SUSPENSO NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO [...]. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Julgamento: 05/02/2020. Data de Publicação: 14/02/2020. Disponível em:

<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810333234/recurso-de-revista-rr-2879320165090658/inteiro-teor-810333446>. Acesso em: 05 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. **Resolução nº. 598/2016, de 24 de maio de 2016**. Regulamenta a produção e a expedição da Carteira Nacional de Habilitação, com novo leiaute e requisitos de segurança. Brasília, DF: Conselho Nacional de Trânsito, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transito/conteudo-contran/resolucoes/resolucao5982016.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. **Resolução nº. 723/2018, de 06 de fevereiro de 2018**. Referendar a Deliberação CONTRAN nº 163, de 31 de outubro de 2017, que dispõe sobre a uniformização do procedimento administrativo para imposição das penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação, previstas nos arts. 261 e 263, incisos I e II, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), bem como sobre o curso preventivo de reciclagem, 2018. Disponível em:

<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transito/conteudo-contran/resolucoes/resolucao7232018.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. **Resolução nº. 844/2021, de 09 de abril de 2021**. Altera a Resolução CONTRAN nº 723, de 6 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a uniformização do procedimento administrativo para imposição das penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação, previstas nos arts. 261 e 263, incisos I e II, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), bem como sobre o curso preventivo de reciclagem, 2021. Disponível em:

<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transito/conteudo-contran/resolucoes/Resolucao8442021R.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revisada e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**: Carlos Henrique Bizerra Leite. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: Luciano Martinez. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**: Alexandre Mazza. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MITIDIERO, Nei Pires. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**: direito de trânsito e direito administrativo de trânsito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RELATÓRIO GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO 2020. Brasília: Tribunal superior do Trabalho, 2021. Disponível em:

<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>. Acesso em: 01 jun. 2021.

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ROBERTO ZACARIAS GOMES: Graduado em Administração de Empresas pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado (FECAP) e em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul - Servidor Público Estadual - Cargo Efetivo.

Resumo: A abordagem sobre o princípio da publicidade nos procedimentos administrativos disciplinares da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, insere-se no contexto do curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Administrativo. No presente estudo verificou-se que o princípio da publicidade emana da Constituição Federal (artigo 37 caput) de modo que todos os entes e órgãos da Administração Pública, em regra, devem observar. Em seguida constatou-se que a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no que tange aos procedimentos administrativos disciplinares, não contém disposição para atendimento da referida diretriz constitucional. Em seguida, em uma análise comparativa, notou-se que o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo, Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, Lei Orgânica do Ministério Público do Estado e as normas afetas à Magistratura Nacional trazem disposições no sentido de levar a efeito o princípio da publicidade no que tange aos procedimentos disciplinares, permitindo assim que a sociedade tome conhecimento das sanções aplicadas aos servidores da Administração Pública.

Palavras-Chave: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, procedimento administrativo disciplinar, sindicância, princípio da publicidade.

Abstract: The approach about the principle of publicity in the disciplinary administrative procedures of the Public Defender's Office of the State of São Paulo, is inserted in the context of the Post-Graduation Course in Constitutional and Administrative Law. In the present study it was verified that the principle of publicity emanates from the Federal Constitution (article 37 caput) so that all entities and organs of the Public Administration, as a rule, must observe. Next, it was verified that the Organic Law of the Public Defender's Office of the State of São Paulo, regarding the disciplinary administrative procedures, does not contain provision for compliance with said constitutional directive. Subsequently, in a comparative analysis, it was noted that the Statute of Civil Public Officials of the State of São Paulo, Organic Law of the State Attorney General's Office, Organic Law of the State Public Prosecutor's Office and the rules applicable to the National Judiciary to carry out the principle of publicity with regard to disciplinary procedures, thus allowing society to become aware of the sanctions applied to civil servants.

Key words: Public Defender of the State of São Paulo, disciplinary administrative procedure, inquiry, principle of publicity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1.1 Do sigilo. 1.2 Da transparência. 1.3 Publicidade nos procedimentos administrativos disciplinares. 2 A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 988/2006. 2.1 Órgãos da Defensoria Pública. 2.2 Dos Defensores Públicos e Servidores. 2.3 Dos procedimentos administrativos disciplinares. 2.3.1 Das sanções aplicáveis aos Defensores Públicos. 2.4 Noções gerais dos procedimentos administrativos disciplinares. 2.5 Da competência para instaurar o procedimento administrativo disciplinar. 2.5.1 Da sindicância. 2.5.2 Do processo administrativo disciplinar. 2.6 Da competência para decisão. 2.6.1 Do Defensor Público-Geral do Estado. 2.6.2 Competência do Governador do Estado. 2.7 Das sanções aplicáveis aos servidores da Defensoria Pública. 2.7.1 Das diferenças nos procedimentos administrativos disciplinares dos servidores e membros da Defensoria Pública. 2.7.2 Das sanções. 2.7.3 Da competência para instaurar os procedimentos e decidir. 2.7.4 Defensor Público-geral e o Governador do Estado. 2.8 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da Defensoria Pública. 3 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 3.1 Das sanções aplicáveis aos Servidores Públicos Estaduais. 3.2 Da apuração preliminar. 3.3 Da sindicância. 3.4 Do processo administrativo disciplinar. 3.5 Da autoridade competente para determinar a autuação do procedimento e para decisão. 3.6 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da lei nº 10.261/1968. 4 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4.1 Das sanções aplicáveis aos Procuradores. 4.2 Da apuração preliminar. 4.3 Da sindicância. 4.4 Do processo administrativo disciplinar. 4.5 Da autoridade competente para determinar a autuação do procedimento e para decisão. 4.6 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da lei complementar 1.270/2015. 5 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 5.1 Das sanções aplicáveis aos membros do Ministério Público. 5.2 Dos procedimentos administrativos disciplinares. 5.2.1 Da sindicância. 5.2.2 Do processo administrativo e da competência para instaurar e decidir. 5.3 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da lei complementar nº 734/1993. 6 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DA MAGISTRATURA NACIONAL. 6.1 Das sanções aplicáveis aos membros da magistratura nacional. 6.2 Da competência para instaurar sindicância e processo administrativo disciplinar. 6.3 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da resolução nº 135/2011. 7 CONCLUSÃO. 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Inicialmente buscar-se-á analisar o disposto no artigo 37 *caput* da Constituição Federal de 1988 no que tange ao princípio da publicidade e sua aplicação aos órgãos da Administração Pública, especialmente no tocante a necessidade de se publicar, na imprensa oficial, as sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos decorrentes de competentes procedimentos administrativos disciplinares.

Posteriormente será realizada análise da Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 988/2006), com objetivo de se verificar disposição no sentido de se publicar as sanções disciplinares aplicadas aos seus membros e servidores submetidos a procedimentos administrativos disciplinares.

Ainda, tendo em vista que a Defensoria Pública em comento está sediada no Estado de São Paulo, necessário fazer estudo comparativo de outras normas deste ente federativo para que seja possível verificar o alinhamento da Defensoria com outros órgãos e/ou poderes no tocante a publicidade das sanções disciplinares.

Assim, proceder-se-á análise da Lei nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), a qual é aplicada aos servidores públicos do Poder Executivo do Estado de São Paulo.

Em seguida será objeto de estudo a Lei Complementar nº 1.270/2015 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado), no que tange a publicidade dos procedimentos disciplinares.

No âmbito das carreiras jurídicas também será objeto de análise a Lei Complementar nº 734/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público), na qual também se observará aplicação do princípio da publicidade em seus procedimentos disciplinares.

Por fim, serão objeto de estudo as disposições disciplinares constantes da Lei Federal nº 35/1979 (LOMAN) e da Resolução nº 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também com objetivo de se verificar aplicação do princípio da publicidade no que tange ao julgamento e publicação das decisões de caráter disciplinar aplicadas aos Magistrados.

1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A palavra princípio etimologicamente tem diversos significados a saber, causa primária, origem, preceito ou regra (FERREIRA, 2009, p.1631).

No campo do direito a palavra princípio encontra seu significado como sendo um preceito fundamental ou uma regra. Quando se trata de princípios gerais do direito, estes

são entendidos como sendo fundamento da legislação, pois assumem a condição de pressupostos lógicos das normas legislativas, consoante previsto no artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657/194290.

Registre-se ainda que os "*Princípios gerais do direito decorrem do próprio fundamento da legislação positiva*, que embora não se mostrando expressos, constituem os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas."(ACQUAVIVA, p.1066).

A Constituição Federal de 1988, em artigo 37 *caput*, conta com 05 (cinco) princípios explícitos, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁹¹ aos quais à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão obedecer.

Ainda, o texto constitucional ao determinar a forma de agir da Administração Pública surpreende posto que, neste sentido, apresenta normas afetas ao regime disciplinar que estão relacionadas com os referidos princípios e que também serão objeto de estudo do presente trabalho, assim, conforme ensinamentos de Sandro Lúcio Dezan (2015, p. 101):

A constituição Federal se constituiu em vértice e ápice de validade de todo ordenamento jurídico, irradiando normatividade de todas as suas normas e princípios explícitos e implícitos aos sistemas a que rege".

[...] Na constituição da República Federativa do Brasil encontram-se normas afetas ao regime disciplinar, conquanto regule o agir da Administração Pública, em harmonia com os princípios fundamentais instituídos.

No art. 37, *caput* prescreve [...] Não obstante, traça normas gerais de observância cogente para entes e órgãos da República, vinculando, destarte, todos os servidores públicos de cargo efetivo ou cargo em comissão e seus ditames.

⁹⁰Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro

^{4º} Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁹¹O princípio da eficiência foi trazido pela Emenda Constitucional nº 19/1998

No mais, apresenta regras gerais de processualidade e de direito sancionador, também vinculativas para a Administração Pública como um todo.

Isto posto, dentre os princípios constitucionais basilares verifica-se o da publicidade que encontra forte e necessária ligação com o regime disciplinar dos servidores públicos o qual também será objeto de estudo deste trabalho.

Referido princípio têm como propósito dar eficácia aos atos da Administração Pública, ou seja, a publicidade serve para dar conhecimento ao público em geral dando início a produção de efeitos do referido ato ou norma, com a publicação inaugura-se também a possibilidade de se lançar mão de recursos administrativos e/ou de se adotar medidas judiciais com objetivo de se atacar o ato ou norma exarada pela Administração Pública em todas suas esferas que se entende ilegal ou inconstitucional. Neste sentido tem-se que a regra geral é a publicidade a qual só poderá ser excepcionada no interesse da Administração Pública (MORAES, 2006, p. 820).

Na mesma linha de raciocínio é a lição de José Afonso da Silva (2008, p. 669/670):

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Mais adiante o autor deixa registrado que a publicidade não é requisito de forma do ato administrativo, tampouco elemento formativo, mas tão somente é requisito de eficácia e moralidade.

O princípio da publicidade no âmbito da administração pública se traduz na divulgação oficial do ato para conhecimento da sociedade, bem como para que produza feitos externos. Ainda, enquanto princípio da administração pública a publicidade atinge diversos atos da administração, como, por exemplo, pareceres jurídicos, atas de licitação, contratos administrativos, de modo a permitir que qualquer interessado possa tomar conhecimento. Por fim, entende-se que a publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial, qual seja, o Diário Oficial (MEIRELLES, 2007, p. 94/95).

Neste sentido a Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 05 de outubro de 1989 também assegura a necessidade de publicação dos atos da administração pública como se depreende do artigo 112: "As leis e atos administrativos externos deverão ser publicados no órgão oficial do Estado, para que produzam os seus efeitos regulares. A

publicação dos atos não normativos poderá ser resumida.". Ainda, no artigo 11492 há determinação para expedição de certidões com o objetivo de se dar publicidade aos atos administrativos.

Tais considerações indicam, de forma inequívoca, que as Constituições não admite ações sigilosas da Administração Pública, com exceção daquelas imprescindíveis a segurança da sociedade e do estado, consoante artigo 5º, inciso XXXIII93 da Constituição Federal.

1.1 Do sigilo

A Constituição Federal traz disposições que podem excepcionar a regra da publicidade, como, por exemplo, o disposto no artigo 5º, inciso LX, "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; "

Ainda no campo legislativo verifica-se disposição na Lei Federal nº 9.784/199994, artigo 2º, parágrafo único, inciso V: "divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; "

Muito embora a lei em comento não tenha revelado diretamente a aplicação do princípio da publicidade nos processos administrativos de que trata, este se encontra implícito, aplicando-se, deste modo, de forma subsidiária aos processos administrativos disciplinares quando de seu trânsito em julgado administrativo, ressalvadas hipótese constantes da Constituição, da lei ou de decisão judicial (DEZAN, 2015, p.174).

No mesmo sentido é está a Lei Estadual nº 10.177/199895 que, embora seja anterior a normativa federal, já trazia previsão de sigilo, consoante disposto em seu artigo 64: "O

92**Artigo 114** - A administração é obrigada a fornecer a qualquer cidadão, para a defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de seu interesse pessoal, no prazo máximo de dez dias úteis, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição. No mesmo prazo deverá atender às requisições judiciais, se outro não for fixado pela autoridade judiciária.

93-todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

94 Lei de processos administrativos federal

95Lei de processos administrativos do Estado de São Paulo

procedimento sancionatório será sigiloso até decisão final, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse. ”

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro(2015, p.105), “O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei”.

Saliente-se que a Lei Federal nº 12.527/201196, no tocante ao sigilo de informações define em seu artigo 4º, inciso III97, que é temporáriaa restrição de acesso ao público, ou seja, trata de algo transitório que oportunamente poderá, ou melhor, deverá ser levado ao conhecimento da sociedade em geral, neste sentido em outros dispositivos da lei verifica-se, inclusive, a existência de prazos para que a informação objeto de restrição se torne pública (artigo 2498, artigo 3199).

Portanto os atos da administração devem ser públicos, não havendo exigência de que os procedimentos disciplinares sejam tratados como exceções, posto que, salvo nos

96Lei de Acesso à Informação

97Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

[...]

98Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no **caput**, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

III - reservada: 5 (cinco) anos.

99Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

casos de decretação de sigilo pelo Poder Judiciário, os assuntos da gestão pública interessam a toda sociedade (DEZAN, 2015, p.172/173).

Como visto, embora o sigilo possa ser utilizado em certas situações previstas na Constituição Federal e/ou em lei, com objetivo de assegurar dentre outros a defesa da intimidade ou interesse social em caráter excepcional, a regra é a publicidade dos atos administrativos.

1.2 Da transparência

O princípio da publicidade tem relação direta com outro princípio que também é afeto à administração pública, qual seja, o da transparência o qual está previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, no artigo 37, §3º, inciso II e artigo 216, §2º, todos da Constituição Federal e que foi regulamentado pela Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Referida normativa dispõe em seu artigo 3º, inciso V: " fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; ", ou seja, deixa certo que se faz necessária disseminação da cultura da transparência na administração pública. Ainda, no inciso I100 do mesmo dispositivo a norma estabelece que a publicidade é a regra e que o sigilo poderá ser adotado como exceção.

A referida norma no que tange aos deveres do poder público foi objeto de estudo de Eneida Desiree Salgado (2015, p. 96/97):

Em busca da concretização do direito de acesso à informação e de suas próprias diretrizes, a Lei de Acesso impõe deveres ao Poder Público. O artigo 6º os enuncia e outros dispositivos legais os detalharão.

O primeiro deles é a gestão transparente da informação, com obrigação de propiciar o amplo acesso às informações e sua divulgação. [...] O dever de propiciar o acesso e a divulgação demanda uma postura harmonizada com espírito da Constituição de 1988 e de uma Administração republicana. Uma visão autêntica de coisa pública, que entenda que a transparência, a motivação, a

100Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

(...)

impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a eficiência e a legalidade são componentes essenciais da atividade pública. Assim, são inadmissíveis leituras reducionistas do dever de transparência ativa e do direito de acesso à informação. Ao contrário, o pressuposto é o da divulgação – sigilo é que é a exceção.

Ainda, no campo legislativo, verifica-se a edição da Lei Complementar Federal nº 131/2009¹⁰¹ que alterou a Lei Complementar nº 101/2000¹⁰², com objeto de fomentar a cultura da transparência na execução orçamentária e financeira no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante, por exemplo, a realização de audiências públicas e disponibilização em meios eletrônicos (rede mundial de computadores) das informações orçamentárias e financeiras.

1.3 Publicidade nos procedimentos administrativos disciplinares

O texto da Constituição Federal deixa claro que a publicidade é uma diretriz a ser concretizada pela administração pública, de modo que tal princípio alcançara os procedimentos disciplinares os quais não deixam de ser atos da administração quando da utilização do poder disciplinar.

Sobre o poder disciplinar nos ensina Edmir Netto de Araújo (2007, p. 436):

[...] os agentes públicos se sujeitam ao regime jurídico da pessoa política (e seus) órgãos ou entidade a que pertencem, o que no plano interno, significa também a sujeição às respectivas normas disciplinares. [...] É o poder disciplinar que, entretanto não se restringe às relações funcionais, [...]

Assim, em decorrência do referido poder, mediante competente procedimento disciplinar, poderá à administração pública aplicar sanção a seus servidores a qual, por força da Constituição Federal, será publicada na imprensa oficial para conhecimento da sociedade.

A publicação é uma medida de transparência e somente deste modo poderá a sociedade apurar a legalidade dos atos e o seu grau de eficiência (CARVALHO FILHO, p. 28).

101Lei da Transparência ou Lei Capiberibe

102Lei de Responsabilidade Fiscal

Toda publicidade da administração pública se faz pelo Diário Oficial para conhecimento do público em geral de modo a se evitar a existência de processos sigilosos (MORAES, p. 820).

Salienta-se que a publicidade é um dever dos órgãos públicos e se divide em duas modalidades a saber: (i) uma necessária a eficácia do ato administrativo e a outra (ii) propicia aos administrados o conhecimento da atuação dos órgãos públicos. E, a maior importância da publicidade é de ser contrapartida do direito à informação já estudado em item anterior (DA SILVA, p. 346).

Nota-se que referido princípio insere-se no seio da administração pública de sorte que seus atos não devem deste se afastar, com tal diretriz passasse, no próximo capítulo, a tratar da aplicação do princípio em comento nos procedimentos disciplinares da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

2 A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 988/2006

A Constituição Federal trouxe, com natureza de direito fundamental, o direito à assistência jurídica integral e gratuita, àquelas pessoas tidas como hipossuficientes do ponto de vista financeiro, ou seja, que não disponham de recursos para contratar um Advogado, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXXIV:

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:

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Quanto a atual noção de assistência jurídica, segundo Gustavo Augusto Soares dos Reis et al (2013, p. 19):

É possível afirmar que existe uma evolução do conceito de 'assistência judiciária' para o de 'assistência jurídica', inexistindo uma contraposição entre tais noções. Com efeito, enquanto a 'assistência judiciária' prioriza suas atenções ao acesso ao Judiciário, a 'assistência jurídica' não se limita a isso. No fundo, o que as distingue

é o momento histórico, pois hoje cada vez mais se compreende que o acesso à justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, reservando-se a entrada em cena do Estado-juiz para quando outros métodos de resolução dos conflitos se mostrem inócuos.

Trata-se da adoção de um modelo de assistência jurídica público, que objetiva superar obstáculos não somente de ordem econômica, mas com propósito de efetivar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conste previsto no artigo 3º Constituição Federal (GROSTEIN, 2014, p. 28/29).

Diante da previsão de assistência jurídica integral o constituinte no artigo 134 definiu que a Defensoria Pública seria a instituição e/ou órgão incumbido de tal função:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Assim, verifica-se que a Constituição Federal incumbiu a Defensoria Pública da função de prestar assistência jurídica integral e gratuita a população carente.

As Defensorias Públicas nos Estados, para regular existência dependiam da formulação de normas gerais, as quais vieram somente com a edição da Lei Complementar Federal nº 80/1994, que em seu artigo 97103 definiu a forma de organização. E no ensinamento de Gustavo Augusto Soares dos Reis et al (2013, p.44/45).

No caso do estado de São Paulo, até o ano 2006 a assistência judiciária pública (isto é, prestada pelo Estado) era desempenhada pela Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão vinculado à Procuradoria-Geral do Estado. Após mobilização social e consequente sensibilidade do Governo estadual, foi criada a Defensoria Pública paulista pela Lei Complementar nº 988/2006.

103Art. 97. A Defensoria Pública dos Estados organizar-se-á de acordo com as normas gerais estabelecidas nesta Lei Complementar (sic)

No Estado de São Paulo a Defensoria Pública foi criada com a edição da Lei Complementar Estadual nº 988/2006¹⁰⁴, denominada Lei Orgânica, a qual estruturou seus órgãos e a carreira de Defensor Público do Estado.

2.1 Órgãos da Defensoria Pública

No que tange à Administração das Defensorias, a Lei Complementar nº 80/1994 indica que devem contar com quatro órgãos de cúpula, a saber: Defensor Público-Geral, Subdefensor Público-Geral, Conselho Superior e Corregedor-Geral (artigo 5º¹⁰⁵ combinado com artigo 97).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, foi organizada consoante diretrizes da Lei Complementar Federal, conforme depreende-se do disposto no artigo 11 da Lei Complementar Estadual nº 988/2006:

Artigo 11 - São órgãos da administração superior da Defensoria Pública do Estado:

- I** - Defensoria Pública-Geral;
- II** - Primeira Subdefensoria Pública-Geral;
- III** - Segunda Subdefensoria Pública-Geral;
- IV** - Terceira Subdefensoria Pública-Geral;
- V** - Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado;
- VI** - Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado;
- VII** - Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado.

¹⁰⁴**Artigo 1º** - Esta lei complementar dispõe sobre a organização da Defensoria Pública do Estado, nos termos dos artigos 1º, 3º, 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição da República e artigos 103 e 104 da Constituição do Estado de São Paulo, define suas atribuições e institui o regime jurídico dos integrantes da carreira de Defensor Público.

¹⁰⁵Art. 5º A Defensoria Pública da União compreende:

I - órgãos de administração superior:

- a) a Defensoria Público-Geral da União;
- b) a Subdefensoria Público-Geral da União;
- c) o Conselho Superior da Defensoria Pública da União;
- d) a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública da União;

[...]

Os órgãos constantes do referido dispositivo são os de cúpula da Defensoria Pública, tratados pela lei como órgãos da Administração Superior, no entanto existem outros que estruturam a instituição nos termos do disposto no artigo 10106 da normativa.

Sobre a Corregedoria-Geral, verifica-se maior clareza com as considerações de Amélia Soares da Rocha (2013, p. 190):

O nome Corregedoria lembra correção, ato de corrigir, ajudar a encontrar o caminho. [...] Todavia, desde que respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a punição, seja ela mais branda ou severa, é pedagógica tanto para quem está recendo quanto para os demais membros da instituição.

Deste modo, nota-se a relevância desse órgão que tem com incumbência a apuração de infrações disciplinares.

2.2 Dos Defensores Públicos e Servidores

Os Defensores Públicos, nos termos do artigo 49107 da Lei Complementar nº 988/2006, são órgãos de execução da Defensoria Pública, ou seja, tem como atribuição a defesa judicial e extrajudicial, individual e coletiva das pessoas carentes de recursos financeiros (artigo 50108).

E, no exercício de suas atribuições, podem lançar mão dos meios jurídicos disponíveis de modo a alcançar a ampla defesa dos usuários dos serviços prestados pela Defensoria Pública, bem como podem fazer uso dos recursos judiciais e administrativos possíveis (artigo 51109).

106**Artigo 10** - A Defensoria Pública do Estado compreende:

- I** - órgãos de Administração Superior;
- II** - órgãos de Administração;
- III** - órgãos de Execução e de Atuação;
- IV** - órgãos Auxiliares.

107**Artigo 49** - São órgãos de execução da Defensoria Pública do Estado os Defensores Públicos.

108**Artigo 50** - Aos Defensores Públicos cumpre a execução das atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, competindo-lhes a defesa judicial e extrajudicial, individual e coletiva, dos necessitados.

109**Artigo 51** - Aos Defensores Públicos, no desempenho de suas funções, observado o disposto no artigo 5º desta lei complementar, caberá:

- I** - cumprir suas atribuições de modo a alcançar a mais ampla defesa jurídica, valendo-se dos meios necessários para agilizar a solução dos conflitos;

Quanto aos servidores da Defensoria Pública, estes, inicialmente, tiveram os cargos, atribuições, vantagens e proibições disciplinados pela Lei Complementar nº 988/2006, em especial em seu artigo 239, inciso II, no qual os servidores eram designados como sendo “subquadro de cargos de apoio da Defensoria Pública”, todavia, com a edição da Lei Complementar nº 1.050/2008 houve reformulação da nomenclatura de cargos, mantendo-se, no entanto, a designação de subquadro.

Referida normativa passou a regular direitos, deveres e obrigações dos servidores públicos da Defensoria Pública.

2.3 Dos procedimentos administrativos disciplinares

Os procedimentos administrativos disciplinares estão previstos na Lei Orgânica da Defensoria Pública e tem como objetivo apurar infração aos deveres funcionais, ou seja, verificar a responsabilidade do servidor público no tocante a ilícitos administrativos, sobre isto importante definição é verificada nos ensinamentos de Marçal Justen Filho (2006, p. 677):

A responsabilidade administrativa consiste no dever de responder pelos efeitos jurídicos-administrativos dos atos praticados no desempenho de atividade estatal, inclusive suportando a sanção administrativa cominada em lei pela prática de ato ilícito.

Isto posto passasse a verificação das sanções aplicáveis aos Defensores Públicos conforme segue.

2.3.1 Das sanções aplicáveis aos Defensores Públicos

O artigo 177 da Lei Complementar nº 988/2006 define quais serão as sanções disciplinares aplicáveis àqueles que vieram a cometer infração funcional administrativa:

II - acompanhar e impulsionar os processos judiciais e administrativos, comparecendo a todos os atos processuais que exijam a sua presença;

III - esgotar todas as instâncias recursais judiciais e administrativas possíveis no caso concreto, salvo se houver motivo justificado;

IV -recorrer ao Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, quando cabível, comunicando o Defensor Público-Geral do Estado e o Núcleo Especializado.

110”a palavra **sanção**, empregada na filosofia e na teoria geral do direito, em sentido lato genérico para se indicar qualquer meio de que se utiliza o legislador para assegurar a eficácia da norma, tem também um significado mais precioso e mais técnico, designando a consequência (*sic*) danosa que o legislador atribui ao fato daquele que viola a norma, como correspectivo de sua ação e como meio de restauração da ordem

Artigo 177 - Os membros da Defensoria Pública do Estado são passíveis das seguintes sanções disciplinares:

I - advertência;

II - censura;

III - remoção compulsória, quando a falta praticada, pela sua gravidade e repercussão, tornar incompatível a permanência do faltoso no órgão de atuação de sua lotação;

IV - suspensão por até 90 (noventa) dias;

V - cassação de disponibilidade e de aposentadoria;

VI - demissão.

Verifica-se que, a depender da conduta praticada, poderá haver depois de regular apuração à aplicação de uma simples advertência, chegando até a demissão nas hipóteses de maior gravidade.

2.4 Noções gerais dos procedimentos administrativos disciplinares

Entende-se por procedimento disciplinar como sendo um conjunto de ritos estabelecidos nos artigos 187 a 223 da Lei Complementar nº 988/2006, e na lição de Julio Grostein (2014, p. 343) “[...] É o por meio do procedimento disciplinar que são apuradas faltas funcionais e, caso alguma seja efetivamente constatada, com a demonstração de sua autoria, é no seu bojo que se aplica uma das penalidades[...]”.

Ainda, o conceito em estudo pode ser visto de modo mais abrangente, consoante lição de Sandro Lucio Dezan (2015, p. 347):

O processo administrativo disciplinar constitui-se em processo administrativo *strito sensu*, espécie do gênero referido, que apresenta como objetivo propiciar à administração (i) a apuração de fatos tidos como supostamente ilícitos e relacionados ao serviço público, praticados pelo servidor, e, desse desenvolvimento constatada a falta disciplinar, (ii) a aplicação da sanção não penal pertinente, tudo se valendo de atos administrativos [...].

perturbada.” José Cretella Junior, **Direito administrativo do Brasil. Processo administrativo**.1962.v. V, p. 131-132. *Apud* Dezan, 2015, p.283

No caso da Lei Orgânica da Defensoria Pública os procedimentos disciplinares são de 02 (dois) tipos, quais sejam, sindicância e processo administrativo disciplinar.

A sindicância figura como procedimento preparatório/investigativo objetivando a colheita de elementos necessários a compreensão dos fatos e da sua autoria (artigo 195111). Referido procedimento culminará em uma de duas possibilidades: (i) instauração de processo administrativo disciplinar ou (ii) arquivamento, posto que não se presta a aplicação de qualquer sanção (artigo 198112).

Por seu turno o processo administrativo disciplinar divide-se em dois ritos, a saber: sumário e ordinário. O rito sumário tem início com portaria de instauração a qual deverá conter qualificação do indiciado e exposição dos fatos, e neste será possível aplicar as sanções disciplinares de advertência, censura, remoção compulsória e suspensão por até 90 (noventa) dias (artigo 199113).

Quanto ao rito ordinário também se inicia com a portaria de instauração e será utilizado nos casos de infrações de natureza grave, no qual poderá haver aplicação de sanções de cassação de disponibilidade ou aposentadoria e demissão¹¹⁴ (artigo 212115).

111Artigo 195 - Colhidos os elementos necessários à comprovação do fato e da autoria, será imediatamente ouvido o sindicado, que deverá ser pessoalmente intimado e cientificado do quanto apurado, com antecedência mínima de 2 (dois) dias.

112198 - Decorrido o prazo para a apresentação da defesa escrita, o sindicante, em 10 (dez) dias, elaborará relatório, em que examinará os elementos da sindicância e concluirá pela instauração de processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

Parágrafo único - Se na sindicância ficarem apurados fatos que, em atenção ao interesse público, recomendem a disponibilidade, o afastamento preventivo ou a remoção preventiva, o Corregedor-Geral representará para esse fim ao Defensor Público-Geral do Estado.

113Artigo 199 - O processo administrativo sumário, para aplicação das sanções disciplinares indicadas no artigo 177, incisos I a IV, desta lei complementar, será instaurado por despacho motivado do Corregedor-Geral, que o conduzirá.

§ 1º - O Corregedor-Geral poderá delegar os atos instrutórios a um ou mais de seus Corregedores-Auxiliares.

§ 2º - O Corregedor-Geral, havendo necessidade, designará servidores do órgão para secretariar os trabalhos.

¹¹⁴Saliente-se que a sanção de demissão também é aplicável ao caso de abandono (artigo 183, inciso III).

115Artigo 212 - O processo administrativo ordinário, para apuração de infrações sujeitas às penas de cassação de disponibilidade ou de aposentadoria e de demissão, será presidido pelo Corregedor-Geral.

Parágrafo único - O processo de que trata este artigo deverá estar concluído dentro de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por até igual prazo.

2.5 Da competência para instaurar o procedimento administrativo disciplinar

A competência é definida pela própria lei orgânica, de sorte que para cada procedimento haverá uma disposição conforme se verá a seguir.

2.5.1 Da sindicância

Quanto a sindicância, que como visto, nos termos da lei orgânica da Defensoria Pública não tem caráter sancionatório, mas tão somente investigatório, é de plena competência do Corregedor-Geral¹¹⁶ o qual nos termos do artigo 188, inciso I, poderá fazê-lo nas seguintes hipóteses: (a) de ofício; (b) por determinação do Defensor Público-Geral do Estado ou do Conselho Superior ou (c) por provocação de qualquer pessoa, vedada denúncia anônima, deverá ser concluída em 30 (trinta) dias.

Quanto à autoridade instauradora do procedimento, na lição de Sandro Lucio Dezan (2015, p. 360):

Representante da Administração Pública, com dever-poder legal de dar início à persecução processual, produz o ato ordinatório de instauração do competente processo. Embora possa ser a mesma autoridade administrativa, em regra, não se confunde com a autoridade julgadora.

No caso da lei orgânica da Defensoria tal distinção é clara, posto que é da competência do Corregedor-Geral a instauração do procedimento, bem como seu regular desenvolvimento até elaboração do relatório opinativo, mas a decisão final caberá, em regra, ao Defensor Público-Geral em hipótese diversa do arquivamento, ou seja, para que seja autuado o processo administrativo disciplinar.

2.5.2 Do processo administrativo disciplinar

Diversamente da sindicância, no processo administrativo disciplinar, seja pelo rito sumário ou ordinário, nos quais poderá ocorrer à aplicação de sanção, para que o Corregedor-Geral possa proceder a instauração que se dará com edição de portaria, se faz necessária determinação do Defensor Público-Geral consoante previsão no artigo 188, inciso II da Lei Complementar nº 988/2006, o qual deverá ser concluído em 90 (noventa) dias prorrogáveis por igual prazo (artigo 210).

¹¹⁶O Corregedor-Geral é um Defensor Público nomeado pelo Governador do Estado para um mandato de 2 (dois) anos, permitida 1 (uma) recondução, nos termos do artigo 33 da Lei Complementar nº 988/2006.

2.6 Da competência para decisão

Trata-se da competência que a lei confere a uma pessoa ocupante de cargo público com atribuição para decidir, no caso concreto, sobre aplicação ou não de sanção disciplinar. Sob outro prisma, é a detentora de legitimidade ativa para proceder aplicação da adequada reprimenda aqueles que infringem as normas no campo do direito administrativo disciplinar.

2.6.1 Do Defensor Público-Geral do Estado

Nota-se que a competência do Defensor Público-Geral alcança os procedimentos de sindicância e de processo administrativo disciplinar de rito sumário. No primeiro caso, tão logo seja elaborado relatório pelo Corregedor-Geral, no qual se conclua pela instauração de processo administrativo disciplinar, este será submetido ao Defensor Público-Geral que nos termos do artigo 188, inciso II, da Lei Orgânica da Defensoria decidirá pela sua instauração.

De modo diverso, não sendo o caso de instauração de processo administrativo disciplinar será a sindicância arquivada na Corregedoria-Geral (artigo 198).

Mas, na hipótese de procedimento administrativo disciplinar que tramita pelo rito sumário, haverá participação de três órgãos da Administração Superior, quais sejam, Corregedoria-Geral, Conselho Superior e Defensor Público-Geral, como se verá a seguir.

Concluído o relatório do processo administrativo disciplinar pelo Corregedor-Geral, este o encaminhará ao Conselho Superior para deliberação, ou seja, este órgão examinará os autos e poderá acompanhar a sugestão constante do relatório do Corregedor ou poderá sugerir outra. Em seguida os autos serão alçados ao Defensor Público-Geral para decisão (artigo 209).

Quanto a decisão do Defensor Público-Geral nos ensina Julio Grostein (2014, p. 362):

Não está o Defensor Geral vinculado ao relatório final da Corregedoria e nem à opinião exarada pelo Conselho Superior, porém a Lei Orgânica instituiu uma sistemática visando a conferir legitimidade à decisão da Defensoria Geral que aplique a sanção disciplinar, assegurando que o conheça os pareceres da Corregedoria-Geral e do Conselho Superior [...]

Como visto, ao final do processo disciplinar sumário poderá o Defensor Público Geral seguir ou não os pareceres da Corregedoria e do Conselho Superior e aplicar ao

indiciado uma das seguintes sanções; advertência, censura, remoção compulsória ou suspensão por até 90 (noventa) dias.

2.6.2 Competência do Governador do Estado

O processo administrativo disciplinar de rito ordinário que visa apurar infrações disciplinares de natureza grave também será instaurado por determinação do Defensor Público-Geral e será conduzido pelo Corregedor-Geral.

Assim, concluído o relatório final pelo Corregedor-Geral seguirá para análise do Conselho Superior da Defensoria que emitirá seu parecer e após encaminhará os autos ao Defensor Público-Geral, este examinará os autos e caso conclua pela não configuração de infração disciplinar de natureza grave que possa levar a demissão, cassação de disponibilidade ou aposentadoria poderá aplicar as sanções que entender cabível dentre as constantes do artigo 177, incisos I ao IV, advertência, censura, remoção compulsória ou suspensão por até 90 (noventa) dias, posto que tais se inserem dentro de sua competência disciplinar (artigo 222).

Todavia, caso conclua pela aplicação das sanções de demissão ou cassação de aposentaria ou disponibilidade, deverá encaminhar os autos ao Governador do Estado para decisão.

O entendimento pela competência do Chefe do Poder Executivo Estadual para decisão nos casos de processo administrativo disciplinar que leve a sanções mais graves (177, incisos V e VI) e reafirmado pela doutrina “[...] caberá ao defensor público-geral aplicar as penalidades previstas em lei, exceto no caso de demissão e cassação de aposentadoria, em que será competente para aplica-las o governador do estado [...]” (REIS, 2013, p. 329).

Saliente-se que tão logo o processo passe para competência do Governador do Estado, aplicar-se-ão as regras relativas aos demais servidores públicos do Poder Executivo, no caso a norma de regência aplicável é a Lei nº 10.261/1968¹¹⁷, conforme se depreende do artigo 225 da Lei Complementar nº 988/2006.

2.7 Das sanções aplicáveis aos servidores da Defensoria Pública

A partir da publicação da Lei Complementar Estadual nº 1.050/2008, a qual passou a regular o ‘subquadro de cargos de apoio da Defensoria’, ou seja, o quadro de servidores públicos, referida normativa trouxe disposição no seu artigo 24 no sentido de que o regime disciplinar previsto na Lei Orgânica da Defensoria destinado aos seus membros (Defensores Públicos), também será aplicado aos servidores “no que couber”:

¹¹⁷Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo

Artigo 24 - Aos servidores integrantes do Subquadro de Cargos de Apoio da Defensoria Pública (SQCA) aplicam-se as vantagens não-pecuniárias e os afastamentos de que tratam os Capítulos VIII e IX do Título III da Lei complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006, e, no que couber, os deveres, proibições e impedimentos previstos no Capítulo III do Título IV, bem como o regime disciplinar de que trata o Título V da mesma lei complementar.

Parágrafo único - As infrações administrativas dos servidores de que trata o "caput" deste artigo serão apuradas por comissão processante designada pelo Corregedor-Geral da Defensoria Pública do Estado.

O dispositivo em comento que indica a principal diferença entre os procedimentos disciplinares entre membros (Defensores Públicos) e os servidores do quadro de apoio da Defensoria, no que tange a apuração de infração disciplinar, conforme se verá a seguir.

2.7.1 Das diferenças nos procedimentos administrativos disciplinares dos servidores e membros da Defensoria Pública

Os procedimentos diferem-se fundamentalmente porque no tocante aos servidores, diversamente do que ocorre com os Defensores Públicos cuja apuração de infração funcional é de competência, em regra, do Corregedor-Geral, tal apuração seja por sindicância ou processo administrativo dar-se-á por comissão processante designada pelo Corregedor-Geral (artigo 24, parágrafo único).

2.7.1.1 Da comissão processante

No que tange a comissão processante, a Lei Complementar nº 1.050/2008 não traz maiores disposições sobre sua composição e forma de atuação, deste modo, verifica-se que no âmbito do Conselho Superior da Defensoria Pública foi editada a Deliberação nº 111/2009118, na qual foi definido que comissão(ões) processante(s) tem caráter permanente e seus membros serão designados pelo Corregedor-Geral (artigo 49119), sendo composta por um Defensor Público que atuará como seu presidente, e por mais dois servidores (artigo 50120).

118 *Institui o Regimento Interno dos Servidores Públicos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.*

119 **Art. 49.A** Comissão Processante Permanente da Defensoria Pública do Estado de São Paulo será designada por ato do Corregedor-Geral.

120 **Art. 50.A** Comissão Processante Permanente terá como atribuição instruir os procedimentos de apuração de infrações atribuídas a servidores da Defensoria Pública do Estado, mediante determinação das autoridades competentes. *(sic)*

A comissão permanente atuará tanto na sindicância como no processo administrativo disciplinar, seja pelo rito sumário ou ordinário, e ao final emitirá relatório que será dirigido ao Corregedor-Geral.

Saliente-se que a comissão processante ou comissões processantes tem caráter permanente, posto que funcionam a semelhança do juiz natural¹²¹, ou seja, já estão estruturadas para os casos de sindicância e/ou processo administrativo disciplinar que seja autuação para processar eventuais infrações dos servidores, no mais os procedimentos seguem de forma idêntica ao que ocorre nos procedimentos dos Defensores Públicos.

2.7.2 Das sanções

Outra diferença encontra-se no campo das sanções aplicáveis, posto que por força do artigo 24, parágrafo único da Lei Complementar nº 1.050/2008, aplicam-se aos servidores as disposições da Lei Orgânica da Defensoria, todavia quando se observa o artigo 177 desta normativa, a qual prevê as sanções de: advertência, censura, remoção compulsória e suspensão por até 90 (noventa) dias, nota-se que a de remoção compulsória não se aplica aos servidores, mas que somente aos Defensores aplicar-se posto que só a estes é atribuída a inamovibilidade¹²².

Isto posto, verifica-se que as sanções aplicáveis aos servidores da Defensoria são complementadas pelo disposto no artigo 40 da Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública nº 111/2009:

Art. 40. Os servidores da Defensoria Pública do Estado são passíveis das seguintes sanções disciplinares:

I- advertência;

II- censura;

III- suspensão por até 90 (noventa) dias;

¹²¹ Trata-se, portanto, de um juiz previamente encarregado, na forma da lei, como competente para o julgamento de determinada lide, o que impede, entre outras coisas, o abuso de poder.

¹²² Trata-se de garantia assegurada aos membros da Defensoria Pública nos termos do artigo 160 da Lei Complementar nº 988/2006:

Artigo 160 - São garantias dos membros da Defensoria Pública do Estado:

I - independência funcional no desempenho de suas atribuições;

II - inamovibilidade, ressalvada a aplicação da remoção compulsória;

III - irredutibilidade de vencimentos;

IV - estabilidade.

IV- cassação de disponibilidade e de aposentadoria;

V- demissão.

Ainda, por força do artigo 46 da referida normativa, aplica-se a sanção de demissão por abandono de cargo.

2.7.3 Da competência para instaurar os procedimentos e decidir

Consoante previsão do artigo 188, II, da Lei Complementar nº 988/2006 é de competência do Corregedor-Geral a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar em face de servidores públicos da Defensoria, sendo que no segundo caso, consoante estudado do item 2.5 somente poderá fazê-lo após expressa autorização do Defensor Público-Geral.

2.7.4 Defensor Público-geral e o Governador do Estado.

No caso de sindicância, sendo o relatório para instauração de processo administrativo disciplinar de rito sumário a decisão será da competência do Defensor Público Geral, consoante disposto no item 2.6.1.

No entanto, no caso de processo administrativo disciplinar de rito ordinário que possa levar à aplicação de sanção cassação de aposentadoria e disponibilidade e demissão, o Defensor Público-Geral encaminhará os autos ao Governador do Estado para decisão, conforme item 2.6.2.

2.8 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da Defensoria Pública

Nota-se que a Lei Complementar nº 988/2006, ao trazer as disposições preliminares dos procedimentos disciplinares dispõe:

Artigo 190 - No processo administrativo e na sindicância, fica assegurado aos membros da Defensoria Pública do Estado o exercício de ampla defesa, pessoalmente, ou por advogado, mediante intimação pessoal de todos os atos do procedimento.

Parágrafo único - Se o indiciado ou sindicado não for encontrado ou se furtar à citação ou intimação, será citado ou intimado por aviso publicado no Diário Oficial.

Artigo 191 - Os autos de sindicância e de processo administrativo serão sigilosos e, ao final, arquivados na Corregedoria-Geral.

Artigo 192 - Aos autos de sindicância e de processo administrativo somente terão acesso o sindicado ou indiciado e seu advogado.

[...]

Artigo 211 - O indiciado será intimado da decisão pessoalmente ou por via postal, salvo se for revel ou se furtar à intimação, caso em que esta será feita por publicação no Diário Oficial.

Parágrafo único - A intimação da decisão será realizada por meio de servidor ou membro da Defensoria Pública do Estado, ou mediante carta registrada, com aviso de recebimento.

(Sem grifos no original)

Na locução da lei orgânica da Defensoria Pública, nota-se que a regra é o sigilo dos procedimentos administrativos disciplinares, exceto na hipótese de indiciado ou sindicado não encontrado far-se-á intimação por edital publicado no Diário Oficial e também se quando da decisão o indiciado for revel ou furta-se à intimação, oportunidade que também será feita publicação no Diário Oficial.

Quanto a publicidade dos atos administrativos, consoante já estudado no primeiro capítulo deste trabalho é uma regra a ser seguida, conforme também assevera J.J. Gomes Canotilho et al(2013, p. 822):

[...] Já nos aproximando do final desta empreitada de intelecção do caput do art. 37 da Constituição brasileira como centro de revelação do regime de administração pública, anoto que regime ainda perpassa nada menos que cinco princípios, assim literalmente referidos: "legalidade", impessoalidade", moralidade, "publicidade" e "eficiência". Princípios, esses, regentes de qualquer das modalidades de administração pública com que inicialmente trabalhamos: [...] Logo, princípios que submetem o Estado quando da criação legislativa de órgãos e entidades, assim como submetem todo e qualquer Poder estatal quando do exercício da atividade em si de administração pública.

Ainda, sob essa questão mesmo não havendo disposição expressa e inequívoca na Lei Orgânica da Defensoria, verificou-se no Diário Oficial do Estado de São Paulo publicações relativas a decisões em procedimentos administrativos disciplinares, como, por exemplo: dia 20/01/2018, Poder Executivo – Seção I, p. 74; dia 23/02/2018, Poder Executivo, Seção I, p. 67; 29/03/2018, Poder Executivo – Seção I, p. 123; dia 24/04/2018, Poder Executivo - Seção I, p. 56 e do dia 02/08/2018, Poder Executivo – Seção I, p. 82.

No entanto, em tais publicações o nome do sindicado ou indiciado foi omitido, ou seja, são lançadas as iniciais de seu nome.

Nesse sentido, ao tratar da decisão em processo administrativo de rito sumário, no qual o Defensor Público-Geral tem a palavra final, é a lição de Julio Grostein (2014,p.362):

Da decisão do Defensor Público-Geral será o indiciado intimado pessoalmente, o que pode ocorrer por dois modos: (i) mediante servidor ou membro da Defensoria Pública, ou (ii) através de carta registrada, com aviso de recebimento (art. 211, parágrafo único). Se for revel, a intimação dar-se-á por meio de publicação no Diário Oficial. Igual procedimento será observado caso o indiciado se furte à intimação pessoal.

Deste modo, verifica-se que as disposições da Lei nº 988/2006 no que aos procedimentos administrativos disciplinares encontram-se em discordância com o artigo 37 *caput* da Constituição Federal e com a Lei Estadual nº 10.177/1998 (Lei do Processo Administrativo Estadual), a qual em seu artigo 64 ao tratar do procedimento sancionatório indica que será sigiloso somente até decisão final, indicando que após será dada publicidade para que a sociedade dele tome conhecimento.

Artigo 64 - O procedimento sancionatório será sigiloso até decisão final, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse.

Parágrafo único - Incidirá em infração disciplinar grave o servidor que, por qualquer forma, divulgar irregularmente informações relativas à acusação, ao acusado ou ao procedimento.

Verifica-se do quanto exposto que a regra nos procedimentos disciplinares da Defensoria Pública do Estado de São Paulo é a do sigilo, deste modo se faz necessário verificar como a matéria é tratada no âmbito do Poder Executivo do Estado, para que se possa ter um comparativo razoável, haja vista que a normativa estadual que trata da matéria é a Lei nº 10.261/1968, a qual, no que tange aos procedimentos disciplinares foi alterada pela Lei Complementar nº 942/2003.

3 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os procedimentos administrativos disciplinares do Poder Executivo Estadual estão previstos na Lei Estadual nº 10.261/1968 com redação dada pela Lei Complementar nº 942/2003, aplicando-se aos servidores estatutários e equiparados¹²³ conforme segue.

¹²³Os servidores regidos pela Lei Complementar nº 500/1974.

3.5 Das sanções aplicáveis aos Servidores Públicos Estaduais

O artigo 251 da Lei 10.261/1968 define quais serão as penalidades disciplinares aplicáveis àqueles que vieram a cometer infração funcional administrativa:

Artigo 251 - São penas disciplinares:

- I - repreensão;
- II - suspensão;
- III - multa;
- IV - demissão;
- V - demissão a bem do serviço público; e
- VI - cassação de aposentadoria ou disponibilidade

As sanções aplicáveis são, em parte, distintas daquelas previstas na Lei da Defensoria Pública, destacando-se a de multa (artigo 254124) que é aplicada com a de suspensão e a demissão a bem do serviço público na qual o ex-servidor fica incompatível para nova investidura em cargo, função ou emprego público por 10 (dez) anos (artigo 307125).

Note-se ainda que o artigo 257 traz rol das condutas que levarão o servidor público a sofrer a demissão a bem do serviço público. Por seu turno o artigo 259 também indica as hipóteses nas quais será aplicada a cassação de aposentadoria ou disponibilidade. A seguir destacam-se os itens mais importantes do procedimento disciplinar previsto no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo Estatuto.

124Artigo 254 - A pena de suspensão, que não excederá de 90 (noventa) dias, será aplicada em caso de falta grave ou de reincidência.

§ 1º - O funcionário suspenso perderá todas as vantagens e direitos decorrentes do exercício do cargo.

§ 2º - A autoridade que aplicar a pena de suspensão poderá converter essa penalidade em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, sendo o funcionário, nesse caso, obrigado a permanecer em serviço.

125Artigo 307 - Decorridos 5 (cinco) anos de efetivo exercício, contados do cumprimento da sanção disciplinar, sem cometimento de nova infração, não mais poderá aquela ser considerada em prejuízo do infrator, inclusive para efeito de reincidência. (NR)

Parágrafo único - A demissão e a demissão a bem do serviço público acarretam a incompatibilidade para nova investidura em cargo, função ou emprego público, pelo prazo de 5 (cinco) e 10 (dez) anos, respectivamente. (NR)

3.6 Da apuração preliminar

Como visto, no item 2.5.1, no âmbito da Defensoria Pública à apuração dos fatos tem início com a sindicância que não tem caráter punitivo, no entanto a Lei nº 10.126/1968 prevê inicialmente que a autoridade que tomar conhecimento de irregularidade praticada por servidor público deverá adotar providências com objetivo de apurar através da 'apuração preliminar' (artigo 264).

Concluída apuração a autoridade deverá opinar e forma fundamentada por uma de 3 (três) hipóteses, a saber: *(i)* arquivamento, *(ii)* instauração de sindicância ou *(iii)* instauração de processo administrativo disciplinar (artigo 265, §3º).

Saliente-se que tanto a sindicância quanto o processo administrativo disciplinar serão presididos por Procurador do Estado de São Paulo especialmente designado (artigo 271).

3.7 Da sindicância

A sindicância, na Lei nº 10.261/1968, tem natureza de procedimento disciplinar sumário, ou seja, sintético e será adotada quando a infração disciplinar for de menor gravidade, sujeitando os infratores as sanções de repreensão, suspensão ou multa (artigo 269).

Neste sentido é o entendimento doutrinário (MARTINS, 214, p.247):

Como já ressaltado, trata-se de a sindicância de um procedimento disciplinar sumário, de modo que se aplicam a ela as regras previstas para o procedimento administrativo, que é procedimento ordinário, como modificações que tornam o procedimento mais sintético [...].

Saliente-se que o procedimento terá início com a portaria na qual constará nome e identificação do acusado, infração que lhe é atribuída, as normas infringidas, e a sanção mais elevada em tese cabível (artigo 277, §1º).

Isto posto passa-se à análise do procedimento disciplinar propriamente dito.

3.8 Do processo administrativo disciplinar

O procedimento em comento será utilizado quando a falta disciplinar for de natureza grave, sujeitando o servidor público as sanções de demissão, demissão a bem do serviço público ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Ainda, na lição de Edmir Netto de Araújo (1994, p.136): “[...] o processo administrativo, que é um meio mais rigidamente formal de apuração pela Administração, com fases e requisitos expressamente definidos nas legislações pertinentes?”.

3.9 Da autoridade competente para determinar a autuação do procedimento e para decisão.

Nos procedimentos disciplinares do Estatuto paulista o rol de autoridades com competência para determinar a instauração de um procedimento disciplinar, bem como para aplicação de sanção constam do artigo 260:

Artigo 260 - Para aplicação das penalidades previstas no art. 251, são competentes:

I - o Governador;

II - os Secretários de Estado, o Procurador Geral do Estado e os Superintendentes de Autarquia; (NR)

III - os Chefes de Gabinete, até a de suspensão; (NR)

IV - os Coordenadores, até a de suspensão limitada a 60 (sessenta) dias; e (NR)

V - os Diretores de Departamento e Divisão, até a de suspensão limitada a 30 (trinta) dias. (NR)

Parágrafo único - Havendo mais de um infrator e diversidade de sanções, a competência será da autoridade responsável pela imposição da penalidade mais grave. (NR)

Recebendo o processo relatado, a autoridade que determinou a sua instauração deverá optar por uma de 3 (três) possibilidades, quais sejam: *(i)* proferir o julgamento; *(ii)* converter o julgamento em diligência, sempre que necessário ao esclarecimento dos fatos ou *(iii)* quando não forem de sua alçada as penalidades ou providências cabíveis, deverá propô-las, a autoridade com competência para tanto.

3.10 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da lei nº 10.261/1968

Objeto do presente estudo a publicidade nos procedimentos administrativos disciplinares constante do Estatuto paulista é verificada nos seguintes dispositivos:

Artigo 282 - O acusado poderá constituir advogado que o representará em todos os atos e termos do processo. (NR)

[...]

§ 2º - O advogado será intimado por publicação no Diário Oficial do Estado, de que conste seu nome e número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como os dados necessários à identificação do procedimento. (NR)

[...]

Artigo 289 - Durante a instrução, os autos do procedimento administrativo permanecerão na repartição competente. (NR)

[...]

§ 2º - A concessão de vista será obrigatória, no prazo para manifestação do acusado ou para apresentação de recursos, mediante publicação no Diário Oficial do Estado. (NR)

§ 3º - Não corre o prazo senão depois da publicação a que se refere o parágrafo anterior e desde que os autos estejam efetivamente disponíveis para vista. (NR)

Artigo 299 - As decisões serão sempre publicadas no Diário Oficial do Estado, dentro do prazo de 8 (oito) dias, bem como averbadas no registro funcional do servidor. (NR)

(Sem grifos no original)

O disposto no artigo 282, §2º, indica que haverá intimação sindicado ou indiciado através de publicada no Diário Oficial do Estado, em seguida o artigo 289, §2º, deixa claro que será concedida vista dos autos para fins de manifestação, mediante publicação na imprensa oficial e o artigo 299 também cede homenagem ao princípio da publicidade ao deixar consignado que as decisões serão publicadas no Diário Oficial.

As disposições do Estatuto paulista se encontram em plena sintonia com o artigo 37 *caput* da Constituição Federal, com a Lei Estadual nº 10.177/1998 (Lei do processo administrativo estadual), a qual em seu artigo 64 ao tratar do procedimento sancionatório indica que será sigiloso até decisão final, indicando que após será dada publicação para que a sociedade dele tome conhecimento.

A doutrina também indica que a publicidade deve ser prestigiada nos procedimentos administrativos disciplinares (DEZAN, 2015, p. 176):

[...] os procedimentos administrativos disciplinares serão sigilosos, para terceiros, e mesmo para o próprio acusado em casos cautelares específicos, na medida em que a salvaguarda das informações seja necessária, mas podendo se tornar do conhecimento de todos, com afastamento do direito à intimidade inclusive, se o *interesse público* o exigir e a depender da patente demonstração do constitucional interesse à informação, diante também patente demonstração da ausência de danos ao resultado da investigação disciplinar e da razoável e proporcional mitigação de direitos individuais, com a publicidade pretendida.

Como visto a Lei Estadual nº 10.261/1968 ao disciplinar os procedimentos disciplinares em face dos servidores públicos do Estado de São Paulo que a ela se submetem deixe claro que o princípio constitucional da publicidade é a regra.

Isto posto, considerando-se que são os Procuradores do Estado que presidem os procedimentos disciplinares em face dos servidores públicos estaduais, estudar-se-á no capítulo seguinte a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado no que tange aos procedimentos disciplinares e também porque se trata de carreira jurídica que guarda semelhanças com a de Defensor Público.

4 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os procedimentos administrativos disciplinares previstos na Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015, aplicam-se aos Procuradores do Estado e em caráter excepcional aos seus servidores quando houve infração conexa com Procuradores (artigo 18126).

Saliente-se que, como regra, os servidores da Procuradoria Geral, no tocante as questões disciplinares estão submetidos às diretrizes da Lei nº 10.261/1968, sendo tais procedimentos (apuração preliminar, sindicância e processo administrativo disciplinar) os

126Artigo 18 - Compete ao Corregedor Geral, dentre outras atribuições:

I - instaurar de ofício, por determinação do Procurador Geral ou do Conselho, apurações preliminares, sindicâncias e processos administrativos disciplinares contra Procuradores do Estado e servidores da Procuradoria Geral do Estado, nas infrações conexas, e designar o Corregedor Auxiliar encarregado da sua realização;

[...]

quais serão conduzidos por Procuradores do Estado lotados na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (Lei 1.270/2015 artigo 42127).

4.5 Das sanções aplicáveis aos Procuradores

O artigo 134 da Lei Complementar nº 1.270/2015 define quais serão as sanções disciplinares aplicáveis àqueles que vieram a comentar infração funcional administrativa:

Artigo 134 - Os Procuradores do Estado são passíveis das seguintes sanções disciplinares:

I - repreensão;

II - suspensão;

III - multa;

IV - demissão;

V - demissão a bem do serviço público;

VI - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

As sanções aplicáveis guardam semelhança com as previstas no Estatuto paulista, inclusive com relação a demissão e demissão a bem do serviço público nas quais o ex-servidor fica incompatível para nova investidura em cargo, função ou emprego público por 05 (cinco) e 10 (dez) anos, respectivamente (artigo 178128).

Ainda, em sintonia com a Lei nº 10.261/1.968 o artigo 135 da Lei Orgânica da Procuradoria do Estado traz rol das circunstâncias que levarão o Procurador do Estado a

127Artigo 42 - São atribuições da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares:

I - realizar, desde a portaria inicial até o relatório conclusivo, os procedimentos disciplinares não regulados por lei especial, em face de servidores da Administração Direta e Autárquica, independentemente de seu regime jurídico;

128**Artigo 178** - Decorridos 5 (cinco) anos de efetivo exercício, contados da data do cumprimento da sanção disciplinar, sem cometimento de nova infração, não mais poderá aquela ser considerada em prejuízo do acusado, inclusive para efeito de reincidência.

Parágrafo único - A demissão e a demissão a bem do serviço público acarretam a incompatibilidade para nova investidura em cargo, função ou emprego público, pelo prazo de 5 (cinco) e 10 (dez) anos, respectivamente.

sofrer penalidades previstas no artigo 134. A seguir destacam-se os itens mais importantes do procedimento disciplinar previsto na Lei Complementar nº 1.270/2015.

4.6 Da apuração preliminar

Como visto, no item 3.2, no âmbito do Poder Executivo do Estado de São Paulo a apuração dos fatos tem início com a apuração preliminar que não tem caráter punitivo, na mesma linha segue a Lei Orgânica da Procuradoria Geral, posto que prevê inicialmente que quando não houver elementos suficientes para caracterização da infração ou sua autoria será instaurada a apuração preliminar (artigo 141, §2º).

4.7 Da sindicância

A sindicância na Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, do mesmo modo do que é previsto na Lei nº 10.261/1968, tem natureza de procedimento disciplinar sumário, ou seja, sintético e será adotada quando a infração disciplinar for de menor gravidade, sujeitando os infratores as sanções de repreensão, suspensão ou multa (artigo 141, inciso I).

Saliente-se que o procedimento terá início com a portaria na qual constará nome e identificação do acusado, infração que lhe é atribuída, as normas infringidas, e a sanção mais elevada em tese cabível (artigo 147, §1º). Referido procedimento disciplinar deverá ser concluído em até 60 (sessenta) dias (artigo 146, inciso II).

Isto posto passa-se à análise do procedimento disciplinar propriamente dito.

4.8 Do processo administrativo disciplinar

O procedimento em comento será utilizado quando a falta disciplinar for de natureza grave, sujeitando o Procurador do Estado às sanções de demissão, demissão a bem do serviço público ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade (artigo 141, inciso II).

4.9 Da autoridade competente para determinar a autuação do procedimento e para decisão.

Nos procedimentos disciplinares da Lei Orgânica da Procuradoria o rol de autoridades com competência para determinar a instauração de um procedimento disciplinar, bem como para aplicação de sanção constam do artigo 138:

Artigo 138 - Para aplicação das penalidades previstas no artigo 134 desta lei complementar, são competentes:

I - o Governador;

II - o Procurador Geral.

Concluído o procedimento será elaborado relatório contendo irregularidades imputadas, provas colhidas, bem como deverá ser proposta a absolvição ou punição e, neste caso, indicará a pena que entender cabível (artigo 166).

O referido relatório de caráter meramente opinativo será remetido pelo Procurador do Estado Corregedor ao Conselho da Procuradoria Geral que poderá optar por uma de 5 (cinco) possibilidades, quais sejam: (i) propor novas diligências (ii) reconhecer nulidades e propor novas providências (iii) propor arquivamento, absolvição ou condenação (iv) propor penalidade e (v) determinar ou indicar providências no interesse da Administração Pública (artigo 167).

Deste modo um novo parecer será elaborado, desta vez pelo Conselho da Procuradoria que o enviaria ao Procurador Geral do Estado para decisão. Ocorrendo hipóteses de impedimento ou suspeição este remeterá os autos ao Governador do Estado para decisão (artigo 168). O processo administrativo disciplinar será concluído em 90 (noventa) dias (artigo 169).

4.10 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da lei complementar 1.270/2015

A publicidade nos procedimentos administrativos disciplinares constantes da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado é verificada nos seguintes dispositivos:

Artigo 152 - O acusado será citado pessoalmente e poderá constituir advogado, que será intimado por publicação no Diário Oficial do Estado para os atos do processo.

[...]

§ 5º - O advogado será intimado por publicação no Diário Oficial do Estado, de que conste seu nome e número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, bem como os dados necessários à identificação do procedimento.

[...]

Artigo 162 - Durante a instrução, os autos do processo administrativo disciplinar permanecerão na repartição competente.

[...]

§ 2º - A concessão de vista será obrigatória, no prazo para manifestação do acusado ou para apresentação de recursos, mediante publicação no Diário Oficial do Estado.

§ 3º - Não corre o prazo senão depois da publicação a que se refere o § 2º deste artigo e desde que os autos estejam efetivamente disponíveis para vista.

[...]

Artigo 184 - Da decisão que aplicar a penalidade caberá:

I - recurso hierárquico, quando aplicada a pena pelo Procurador Geral do Estado;

II - pedido de reconsideração, quando aplicada a pena pelo Governador.

§ 1º - O recurso, cabível uma única vez, da decisão que aplicar penalidade, será interposto pelo acusado no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da decisão impugnada no Diário Oficial do Estado ou da intimação pessoal do Procurador do Estado, quando for o caso.

(Sem grifos no original)

O disposto no artigo 152, §5º, indica que haverá intimação sindicado ou indiciado através de publicação no Diário Oficial do Estado, em seguida o artigo 162, §2º, deixa claro que será concedida vista dos autos para fins de manifestação, mediante publicação na imprensa oficial e o artigo 184, §1º também cede homenagem ao princípio constitucional da publicidade ao deixar consignado que as decisões serão publicadas no Diário Oficial.

Tal disposição legislativa encontra respaldo nas lições de Alexandre Mazza (2011, p. 39):

O princípio da publicidade obriga os agentes públicos a divulgar o conteúdo dos atos que praticam. Trata-se, em última análise, da proibição de condutas sigilosas. [...] O dever de conferir publicidade a condutas administrativas foi descrito no art. 2º, parágrafo único, inc. V, da Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) como de 'divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição'.

Deste modo, verifica-se que as disposições da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado se encontram em plena sintonia com o artigo 37 *caput* da Constituição Federal, com a Lei nº 10.261/1.968 e com a Lei Estadual nº 10.177/1998 (Lei do Processo Administrativo Estadual), a qual em seu artigo 64 ao tratar do procedimento sancionatório indica que será sigiloso somente até decisão final, indicando que após será dada publicidade para que a sociedade dele tome conhecimento.

Do quanto exposto, verifica-se que os procedimentos administrativos disciplinares regulados pela Lei Complementar Estadual nº 1.270/2.015 tem como premissa a publicidade das decisões de modo que a sociedade possa tomar conhecimento de eventuais sanções impostas aos Procuradores do Estado.

5 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os procedimentos administrativos disciplinares previstos na Lei Complementar Estadual nº 734/1993, aplicam-se aos membros do Ministério Público do Estado (artigo 18129).

5.5 Das sanções aplicáveis aos membros do Ministério Público

Inicialmente registra-se que a Lei Complementar 734/1993 traz em seu artigo 173130 definição das infrações disciplinares que levam as sanções disciplinares elencadas no artigo 237 da mesma normativa:

129Art. 234. Sempre que, em correição ou vistoria, verificar a violação dos deveres impostos aos membros do Ministério Público, o Corregedor-Geral do Ministério Público tomará notas reservadas do que coligir no exame de autos, livros, papéis e das informações que obtiver, determinando a instauração do procedimento disciplinar adequado.

130**Artigo 173** - Constituem infrações disciplinares:

- I** - violação de vedação constitucional ou legal;
- II** - acumulação proibida de cargo ou função pública;
- III** - abandono de cargo por prazo superior a 30 (trinta) dias;
- IV** - lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio público ou de bens confiados à sua guarda;
- V** - cometimento de crimes contra a administração e a fé pública;
- VI** - descumprimento de dever funcional previsto no artigo 169 desta lei complementar;
- VII** - fazer declaração falsa a respeito das matérias referidas nos artigos 145 e 204, § 1º, alínea "a", desta lei complementar.

Art. 237. Os membros do Ministério Público são passíveis das seguintes sanções disciplinares:

I - advertência;

II - censura;

III - suspensão por até 90 (noventa) dias;

IV - cassação da disponibilidade e da aposentadoria;

V - demissão.

As sanções aplicáveis aos membros do Ministério Público também guardam semelhança com as previstas na Lei Complementar nº 988/2006 (Lei Orgânica da Defensoria Pública).

No caso da Lei Orgânica do Ministério Público os procedimentos disciplinares são, em regra, de 03 (três) tipos, quais sejam, sindicância, processo administrativo disciplinar sumário ou ordinário.

A sindicância será adotada como natureza de apuração preliminar, ou seja, nos moldes do que ocorre na Lei nº 10.261/1968 cuja aplicação é subsidiária nos procedimentos disciplinares deste capítulo (artigo 257). Nesse sentido a sindicância terá caráter meramente preparatório/investigativo sendo utilizada quando não houver elementos suficientes de para se concluir pela ocorrência de falta funcional ou de sua autoria (artigo 251, §1º).

Referido procedimento culminará em uma de duas possibilidades: *(i)* instauração de processo administrativo disciplinar ou *(ii)* arquivamento, posto que não se presta a aplicação de qualquer sanção (artigo 262131).

Por seu turno o processo administrativo disciplinar divide-se em dois ritos, a saber: sumário e ordinário. O rito sumário tem início com portaria de instauração a qual deverá conter qualificação do indiciado e exposição dos fatos, e neste será possível aplicar as sanções disciplinares de advertência, censura e suspensão por até 90 (noventa) dias (artigo 263132).

131**Artigo 262** - Decorrido o prazo de que trata o artigo anterior, o sindicante, em 10 (dez) dias, elaborará relatório, em que examinará os elementos da sindicância e concluirá pela instauração de processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

132**Artigo 263** - O processo administrativo sumário, para apuração das faltas disciplinares indicadas no artigo 237, incisos I, II e III, desta lei complementar, será instaurado e conduzido pelo Corregedor-Geral do

Quanto ao rito ordinário também se inicia com a portaria de instauração e será utilizado nos casos de infrações de natureza grave, no qual poderá haver aplicação de sanções de cassação de disponibilidade ou aposentadoria e demissão (artigo 272133).

5.6 Dos procedimentos administrativos disciplinares

Nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo a apuração das infrações de seus membros será realizada mediante (a) sindicância e (b) processo administrativo sumário e (c) processo administrativo ordinário. Os processos administrativos serão decididos pelo Corregedor Geral quando movido contra Promotor de Justiça e pelo Procurador Geral de Justiça quando movido em desfavor de Procurador de Justiça ou nas hipóteses de cassação de disponibilidade ou aposentadoria, ou pena de demissão (MAZZILLI, 2005, p. 253).

5.6.1 Da sindicância

Quanto a sindicância, que, como visto, nos termos da lei orgânica da do Ministério Público não tem caráter sancionatório, mas tão somente investigatório, sendo de plena competência do Corregedor-Geral que atuará como autoridade sindicante nos termos do artigo 258134. Ressalte-se que a sindicância terá caráter reservado e será concluída em 60 (sessenta) dias prorrogáveis por igual período, consoante §4º do referido dispositivo.

Ministério Público quando o infrator for Promotor de Justiça.

§ 1º - O Corregedor-Geral do Ministério Público poderá delegar os atos instrutórios a um ou mais Assessores, se de categoria funcional superior à do indiciado.

§ 2º - O Corregedor-Geral do Ministério Público designará funcionários para secretariar os trabalhos.

133Artigo 272 - O processo administrativo ordinário para apuração de infrações punidas com as penas de cassação da disponibilidade ou da aposentadoria e demissão será presidido pelo Corregedor-Geral do Ministério Público.

Parágrafo único - O processo administrativo ordinário deverá estar concluído dentro de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por igual prazo.

Artigo 212 - O processo administrativo ordinário, para apuração de infrações sujeitas às penas de cassação de disponibilidade ou de aposentadoria e de demissão, será presidido pelo Corregedor-Geral.

Parágrafo único - O processo de que trata este artigo deverá estar concluído dentro de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por até igual prazo.

134Artigo 258 - A sindicância, ressalvada a hipótese do § 1º, do artigo 252, desta lei complementar, será processada na Corregedoria-Geral do Ministério Público e terá como sindicante o Corregedor-Geral do Ministério Público.

§ 1º - O Corregedor-Geral do Ministério Público poderá delegar as funções de sindicante a um ou mais membros do Ministério Público, integrantes de sua assessoria, desde que de categoria funcional igual ou superior à do sindicado.

§ 2º - O Corregedor-Geral do Ministério Público poderá solicitar ao Procurador-Geral de Justiça a

5.6.2 Do processo administrativo e da competência para instaurar e decidir

Nos mesmos termos da sindicância os processos administrativos disciplinares também são de competência do Corregedor-Geral do Ministério Público que os conduzirá como autoridade processante, todavia se nota pontuais distinções.

Quando tratar-se de procedimento pelo rito sumário será conduzido pelo Corregedor quando tratar-se de Promotor de Justiça¹³⁵, e ao final da instrução caberá à autoridade proferir decisão, no entanto sendo o indiciado Procurador de Justiça¹³⁶, será elaborado relatório que será encaminhado para decisão do Procurador Geral de Justiça. Registre-se que o referido processo será concluído em 90 (noventa) dias prorrogáveis por igual período.

De outro modo, quando tratar-se de procedimento pelo rito ordinário a condução da apuração também ficará a cargo do Corregedor-Geral que ao final da instrução elaborará relatório conclusivo no qual proporá a absolvição ou a punição do indiciado indicando sempre a penalidade cabível e seu fundamento para decisão pelo Procurador Geral de Justiça (artigo 282¹³⁷). Este processo será concluído em 120 (cento e vinte) dias prorrogáveis por igual período.

designação de membros do Ministério Público, de categoria funcional igual ou superior à do sindicato, para auxiliar nos trabalhos.

§ 3º - Da instalação dos trabalhos lavrar-se-á ata resumida.

§ 4º - A sindicância terá caráter reservado e deverá estar concluída dentro de 60 (sessenta) dias, a contar da instalação dos trabalhos, prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias, mediante despacho fundamentado do sindicante.

¹³⁵Nos termos do artigo 294, inciso III, da Lei 734/1993 o Promotor de Justiça é o membro do Ministério Público de Primeira Instância.

¹³⁶Nos termos do artigo 294, inciso II, da Lei 734/1993 o Procurador de Justiça é o membro do Ministério Público de Segunda Instância.

¹³⁷**Artigo 282** - Esgotado o prazo de que trata o artigo anterior, o Corregedor-Geral do Ministério Público, em 15 (quinze) dias, apreciará os elementos do processo, elaborando relatório no qual proporá justificadamente a absolvição ou a punição do indiciado, indicando a pena cabível e o seu fundamento legal, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que proferirá decisão no prazo de 20 (vinte) dias.

§ 1º - Se o Procurador-Geral de Justiça não se considerar habilitado a decidir poderá converter o Julgamento em diligência, devolvendo os autos à Corregedoria para os fins que indicar, com prazo não superior a 15 (quinze) dias.

§ 2º - Retornando os autos, o Procurador-Geral de Justiça decidirá em 20 (vinte) dias.

5.7 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da lei complementar nº 734/1993

A publicidade nos procedimentos administrativos disciplinares constantes da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado é verificada nos seguintes dispositivos:

Artigo 247 - As decisões referentes à imposição de pena disciplinar constarão do prontuário do infrator com menção dos fatos que lhe deram causa.

Parágrafo único - Decorridos 5 (cinco) anos da imposição da sanção disciplinar, sem cometimento de nova infração, não mais poderá ela ser considerada em prejuízo do infrator, inclusive para efeito de reincidência.

Artigo 248 - As decisões definitivas referentes à imposição de pena disciplinar, salvo as de advertência e de censura, serão publicadas no Diário Oficial.

Artigo 254 - No processo administrativo fica assegurada aos membros do Ministério Público ampla defesa, na forma desta lei complementar, exercida pessoalmente, por procurador ou defensor, que será intimado dos atos e termos do procedimento por meio de publicação no Diário Oficial.

Artigo 271 - O indiciado será intimado pessoalmente da decisão, salvo se for revel ou furtar-se à intimação, casos em que será feita por publicação no Diário Oficial.

Artigo 274 - A citação do indiciado será pessoal, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias da data do interrogatório, sendo-lhe entregue cópia da portaria de instauração do processo.

§ 1º - Se o indiciado não for encontrado ou furtar-se à citação, será citado por aviso publicado no Diário Oficial, com prazo de 10 (dez) dias.

(Sem grifos no original)

O disposto no artigo 247, deixa claro que as decisões disciplinares serão lançadas no prontuário do infrator, de modo que à Administração Pública ao consultá-lo terá conhecimentos das infrações imputadas.

O indicativo que a Lei Orgânica do Ministério Público está em consonância com o princípio da publicidade encontra-se no artigo 248 que impõe a condição de que a pena disciplinar deverá ser publicada no Diário Oficial do Estado, ressalvadas as de advertência e censura.

Deste modo, verifica-se que as disposições da Lei nº 734/1.993 encontram-se em plena sintonia com o artigo 37 *caput* da Constituição Federal, com a Lei nº 10.261/1.968 e com a Lei Estadual nº 10.177/1998 (Lei do Processo Administrativo Estadual), a qual em seu artigo 64 ao tratar do procedimento sancionatório indica que será sigiloso somente até decisão final, indicando que após será dada publicidade para que a sociedade dele tome conhecimento.

Do quanto exposto, verifica-se que, os procedimentos administrativos disciplinares regulados pela Lei Orgânica do Ministério Público têm como fundamento a publicidade das decisões de modo que a sociedade possa tomar conhecimento de eventuais sanções impostas aos seus membros.

Ainda, com objeto de verificar a aplicação do princípio da publicidade em procedimentos disciplinares estudaremos, no próximo capítulo, os procedimentos relativos aos magistrados quando do cometimento de infração disciplinar.

6 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DA MAGISTRATURA NACIONAL

Os procedimentos administrativos disciplinares previstos na Lei Complementar Federal nº 35/1979138, aplicam-se aos membros da Magistratura em âmbito Nacional.

6.5 Das sanções aplicáveis aos membros da magistratura nacional

Verifica-se que inicialmente que as penalidades aplicáveis aos membros da Magistratura estão elencadas no artigo 42 da LOMAN:

Art. 42 - São penas disciplinares:

I - advertência;

II - censura;

III - remoção compulsória;

138Referida Lei ficou conhecida como LOMAN

IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

VI - demissão.

Parágrafo único - As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos Juízes de primeira instância.

Saliente-se que com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi instituído o Conselho Nacional de Justiça (CNJ139), incluindo-se no artigo 92 da Constituição Federal o inciso I-A, posto que tal órgão integra o Poder Judiciário.

Referido órgão nos termos do artigo 103-B, §4º da Constituição Federal tem competência para atuar no âmbito administrativo e financeiro do Poder Judiciário, bem como de verificar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (LENZA, p. 938).

Saliente-se que o Conselho Nacional de Justiça tem como órgão a Corregedoria Nacional de Justiça, dirigida pelo Corregedor Nacional de Justiça quando o exercício de suas atribuições correccionais poderá atuar originariamente ou concorrentemente com as corregedorias dos tribunais (artigo 103-B, §5º da CF).

Registre-se que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 135/2011140 com o objetivo de uniformizar normas relativas aos procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis aos magistrados, sendo que no artigo 3º141 da referida normativa constam as penas disciplinares aplicáveis aos magistrados.

139Importe registrar que a criação do CNJ foi objeto da ADIN nº 3.367 no Supremo Tribunal Federal, o qual considerou que a criação do referido órgão para os fins de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura é constitucional.

140Referida resolução teve diversos dispositivos questionados no Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Magistrados Brasileiros por meio da ADIN nº 4638.

141Art. 3º São penas disciplinares aplicáveis aos magistrados da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar, da Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios:

I - advertência;

II - censura;

III- remoção compulsória;

IV - disponibilidade;

As sanções aplicáveis aos membros da Magistratura guardam semelhança com as previstas nas Leis Orgânicas da Defensoria Pública e do Ministério Público.

Nos termos da Resolução nº 135/2011 os procedimentos disciplinares são de 03 (três) tipos, quais sejam, investigação preliminar, sindicância e processo administrativo disciplinar.

A investigação preliminar terá lugar quando o Corregedor no caso dos Magistrados de primeiro grau ou Presidente ou outro membro competente do Tribunal nos demais casos tiver ciência de irregularidade, estará obrigado a promover a competente apuração (artigo 8º142).

Na hipótese da referida apuração resultar na verificação de falta ou infração atribuída a magistrado ter-se-á uma de duas possibilidades: (i) instauração de sindicância ou (ii) procedimento administrativo disciplinar.

6.6 Da competência para instaurar sindicância e processo administrativo disciplinar

Nos termos do artigo 12 da referida resolução é competente para instaurar o procedimento administrativo disciplinar o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O noticiado procedimento disciplinar instaurado por meio de portaria na qual constarão imputação dos fatos é a delimitação do teor da acusação deverá ser concluído em 140 (cento e quarenta dias) prorrogáveis.

V - aposentadoria compulsória;

VI – demissão.

[...]

142Art. 8º O Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, o Presidente ou outro membro competente do Tribunal, nos demais casos, quando tiver ciência de irregularidade, é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos, observados os termos desta Resolução e, no que não conflitar com esta, do Regimento Interno respectivo.

Parágrafo único. Se da apuração em qualquer procedimento ou processo administrativo resultar a verificação de falta ou infração atribuída a magistrado, será determinada, pela autoridade competente, a instauração de sindicância ou proposta, diretamente, ao Tribunal, a instauração de processo administrativo disciplinar, observado, neste caso, o art. 14, caput, desta Resolução.

6.7 Da publicidade nos procedimentos disciplinares da resolução nº 135/2011

A publicidade nos procedimentos administrativos disciplinares constantes da resolução editada pelo Conselho Nacional de Justiça é verificada nos seguintes dispositivos:

Art. 20. O julgamento do processo administrativo disciplinar será realizado em sessão pública e serão fundamentadas todas as decisões, inclusive as interlocutórias.

§ 1º Em determinados atos processuais e de julgamento, poderá, no entanto, ser limitada a presença às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, desde que a preservação da intimidade não prejudique o interesse público.

§ 2º Para o julgamento, que será público, serão disponibilizados aos integrantes do órgão julgador acesso à integralidade dos autos do processo administrativo disciplinar.

§ 3º O Presidente e o Corregedor terão direito a voto.

§ 4º Os Tribunais comunicarão à Corregedoria Nacional de Justiça, no prazo de 15 dias da respectiva sessão, os resultados dos julgamentos dos processos administrativos disciplinares.

Art. 25. A instauração de processo administrativo disciplinar, bem como as penalidades definitivamente impostas pelo Tribunal e as alterações decorrentes de julgados do Conselho Nacional de Justiça serão anotadas nos assentamentos do Magistrado mantidos pelas Corregedorias respectivas.

Art. 26. Aplicam-se aos procedimentos disciplinares contra magistrados, subsidiariamente, e desde que não conflitem com o Estatuto da Magistratura, as normas e os princípios relativos ao processo administrativo disciplinar das Leis n. 8.112/90 e n. 9.784/99.

(Sem grifos no original)

O disposto no artigo 20 *caput*, deixa claro que as decisões relativas aos procedimentos disciplinares, em regra, serão tomadas em sessões públicas e anotadas nos assentamentos dos magistrados eventuais sanções (artigo 25), de modo que à Administração Pública ao consultá-lo terá conhecimentos das infrações imputadas.

Deste modo, verifica-se que as disposições da Resolução nº 135/2011 encontram-se em plena sintonia com o artigo 37 *caput* da Constituição Federal, com a Lei Federal 8.112/1.990143 e com a Lei Federal nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), a qual em seu artigo 2º indica que após será dada publicidade para que a sociedade dele tome conhecimento.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[...]

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

Neste sentido é a lição de Sandro Lucio Dezan (2015, p. 695):

Quanto aos procedimentos disciplinares, para os servidores públicos, agentes públicos administrativos, a regra é o sigilo durante a sua tramitação, somente se tornando acessível após a sua conclusão. Para os magistrados, a regra é ampla publicidade, consoante se observa do texto do art. 93, inc. IX e X, da CF/88: [...]

Essa abertura se dá em razão da relação especial de sujeição que se investe o magistrado, ocupando cargo político das mais altas relevâncias, obrigando a uma maior transparência de seu proceder e do controle de suas condutas, que devem ser acessíveis a todos.

Ainda, na mesma linha são os ensinamentos de Lucas Rocha Furtado (2016, p. 91):

É direito da população, e dever do administrador, divulgar os atos praticados pela Administração, a fim de que possam os cidadãos tomarem as providências necessárias ao controle da legalidade, da moralidade, da eficiência das atividades do Estado.

Do quanto exposto, verifica-se que às normas relativas aos procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis aos Magistrados tem como regra a publicidade das decisões, estando desse modo, em sintonia com a Constituição Federal, Leis e Doutrina,

143Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

posto que permite que a sociedade possa tomar conhecimento de eventuais sanções impostas.

7 CONCLUSÃO

Inicialmente foi analisada a diretriz constante do artigo 37 *caput* da Constituição Federal no que tange ao princípio da publicidade e notou-se, de forma inequívoca, determinação para que os atos da administração pública, em regra, sejam publicados para que surtam efeitos, bem como para que toda a sociedade possa tomar conhecimento das questões afetas à Administração Pública.

Saliente-se que a previsão de publicidade está diretamente relacionada ao princípio da transparência na Administração Pública, o qual foi objeto de regulamentação pela Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Assim, em face da referida diretriz de matriz constitucional procedeu-se análise da Lei Complementar Estadual nº 988/2006 (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo), na qual se verificou, ao menos no que tange aos procedimentos administrativos disciplinares, que está mesmo tendo sido inserida no ordenamento jurídico a pouco mais de uma década, ou seja, trata-se de uma norma recente, ainda assim deixou de atender de forma plena a determinação constitucional da publicidade dos atos da administração pública.

Tal assertiva se sustentou no fato de que a Lei Orgânica da Defensoria não trazer diretriz expressa para que as decisões relativas aos procedimentos disciplinares sejam publicadas no Diário Oficial e tampouco para que eventuais penalidades sejam lançadas no prontuário do servidor.

Ainda, sobre essa questão, mesmo não havendo disposição expressa e inequívoca na Lei Orgânica da Defensoria, verifica-se no Diário Oficial do Estado de São Paulo publicações relativas a decisões em procedimentos administrativos disciplinares.

No entanto, em tais publicações o nome do sindicado ou indiciado foi omitido, ou seja, são lançadas as iniciais de seu nome, fato que embora possa ser visto como sendo digno de nota, ainda assim, não atende a transparência que se espera dos atos da Administração Pública e também não atende de forma plena a diretriz constitucional de publicidade.

Em seguida procedeu-se análise da Lei nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), a qual é aplicada aos servidores públicos do Poder Executivo do Estado de São Paulo, ente federativo que também abriga a Defensoria Pública,

e verificou-se que diversamente do que ocorre na recente Lei Orgânica da Defensoria Pública, existe determinação expressa para que as decisões relativas a procedimentos disciplinares sejam publicadas (artigo 299).

Posteriormente verificou-se as disposições da Lei Complementar nº 1.270/2015 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado), no que tange a publicidade dos procedimentos disciplinares, e nessa também se encontrou disposição expressa no sentido de que seja publicada a decisão final (artigo 184, §4º).

No âmbito do Estado de São Paulo outra normativo que foi objeto de estudo foi Lei Complementar nº 734/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público), na qual também se observou no que tange aos procedimentos disciplinares, determinação para que as decisões sejam publicadas no Diário Oficial (artigo 248).

O Poder Judiciário também foi objeto do presente estudo no que tange as disposições disciplinares afetas aos Magistrados constantes da Lei Federal nº 35/1979 (LOMAN) e da Resolução nº 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), verificando que há pleno atendimento ao princípio da publicidade no que tange ao julgamento e publicação das decisões de caráter disciplinar (artigo 20 da Resolução).

Da análise comparativa das legislações supracitadas nota-se que todas contêm disposição expressa no que tange a publicidade das penalidades disciplinares, portanto se encontram alinhadas com a diretriz constitucional, exceto a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Em face do exposto, nota-se que a Lei Complementar nº 988/2006 carece de alteração legislativa para que de que se adeque à disposição constitucional de publicidade (artigo 37 *caput* da Constituição Federal) no que tange a publicação das decisões relativas aos procedimentos disciplinares.

Portanto, referida adequação deverá ser realizada por meio da elaboração de projeto de lei complementar, no qual conste disposição sobre a publicidade das decisões afetas a sanções disciplinares e sobre o competente registro do prontuário do indiciado/sindicado. O projeto de lei deverá ser encaminhado ao Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, para deliberação e aprovação.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva. 11 ed. ampl., ver. e atual. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.1370p.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O Ilícito Administrativo e seu processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 301p.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 1284p.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2380p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1369p.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 2 ed.. São Paulo: Malheiros, 2006. 1023p.

DEZAN, Sandro Lucio. Fundamentos de direito administrativo disciplinar. 3 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2015. 847p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1038p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4 ed. Curitiba: Positivo, 2009. 2120p.

FURTADO, Lucas Rocha. Princípios gerais do direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 146p.

GROSTEIN, Julio. Comentários à Lei Complementar Estadual nº 998/06. Bahia: Jus Podivm, 2014. 426p.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 851p.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 1560p.

MARTINS, Alan. Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo. Bahia: Jus Podivm, 2014. 309p.

MAZZA, Alexandre. Direito Administrativo, 8. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 249p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 319p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 831p.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006. 2982p.

REIS, Gustavo Augusto Soares; ZVEIBIL, Daniel Guimarães, JUNQUEIRA, Gustavo. Comentários à lei da defensoria pública. São Paulo: Saraiva, 2013. 354p.

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013. 364p.

SALGADO, Eneida Desiree. Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. 232p.

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>. Acesso em 2 jul. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

BRASIL. Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

BRASIL. Lei complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

BRASIL. Lei complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 2 jul. 2018.

BRASIL. Lei complementar n. 131, de 27 de maio de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 4 jul. 2018.

Brasil. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 4 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. Resolução n. 135, de 13 de julho de 2011. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2564>>. Acesso em 13 jul. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO). Constituição do Estado de São Paulo: promulgada em 05 de outubro de 1989. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>>. Acesso em 15 jul. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO). Lei Complementar n. 734, de 26 de novembro de 1993. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1993/lei.complementar-734-26.11.1993.html>>. Acesso em 15 jul. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO). Lei Complementar n. 988, de 09 de janeiro de 2006. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>>. Acesso em 15 jul. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO). Lei Complementar n. 1.050, de 24 de junho 2008. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2008/lei.complementar-1050-24.06.2008.html>>. Acesso em 23 jul. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO). Lei Complementar n. 1.270, de 25 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/blog/Lei%20Org%C3%A2nica%20PGE%20revista%20e%20atualiza%C3%A7%C3%A3o%20-%20LC%201082-08.pdf>>. Acesso em 25 jul. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO). Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html>>. Acesso em 25 jul. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO). Lei 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>>. Acesso em 29 jul. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO) Defensoria Pública. Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=52781&idModulo=5010>. Acesso em 30 jul. 2018.

O DEVER DE ALIMENTAR E O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DOS ALIMENTOS AVOENGOS

MAYTÊ FONTES AMBRÓSIO:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA.

RESUMO: O presente artigo visa explicar de que forma se dá a subsidiariedade dos alimentos avoengos na obrigação de prestar alimentos. Aqui, parte-se da premissa de que a obrigação alimentar avoenga se funda na solidariedade familiar, o que não se confunde com solidariedade obrigacional no sentido jurídico. Pretende-se discutir as questões pertinentes ao dever de prover alimentos em contrapartida à possibilidade de transmissão da obrigação alimentar para terceiros como forma garantista e de proteção máxima à subsistência do alimentando. Para a elaboração do presente trabalho, realizou-se pesquisas bibliográficas, tendo como referência os materiais de cunho principiológico, jurisprudencial e do ramo de direito de família, procurando evidenciar a importância da prestação alimentícia em seu caráter principal e subsidiário.

Palavras-chave: Alimentos Avoengos. Subsidiariedade. Solidariedade Familiar. Alimentando.

1.Introdução

O presente trabalho tem como tema o caráter subsidiário dos alimentos avoengos na prestação de caráter alimentar. O objetivo central do presente artigo situa-se em torno dos pressupostos da obrigação alimentar dos avós, em face do disposto no art. 1696 do Código Civil, que leciona que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (BRASIL, 2002, on-line).

Maria Aracy Menezes da Costa, em obra específica acerca da obrigação alimentar avoenga (Os limites da obrigação alimentar dos avós), afirma o seguinte:

A doutrina brasileira é unânime ao se posicionar em torno de uma premissa básica: em primeiro lugar, a obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos, e secundariamente - suplementarmente - extensiva aos demais ascendentes, recaindo nos ascendentes mais próximos e, somente depois que devem ser chamados os mais remotos. A jurisprudência tem confirmado, de forma veemente, a suplementação dos alimentos pelos avós, inclusive no Superior Tribunal de Justiça,

mas de forma excepcional e transitória, "de modo a não estimular a inércia ou acomodação dos pais, sempre primeiros responsáveis". (COSTA, 2011, p. 114)

Dessa forma, é possível denotar que pondera que o artigo 1.696 do Código Civil dispõe que a obrigação alimentar recai nos parentes "mais próximos em grau, uns em falta de outros". Somente após demonstrada a impossibilidade de todos os mais próximos em suportar o encargo alimentar é que se pode configurar a obrigação dos ascendentes mais remotos.

Neste contexto, a luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda.

Dessa forma, o presente artigo visa explicar as decisões das Cortes Superiores de Justiça sobre o tema, destacando os principais aspectos abordados, os princípios por elas ponderados, bem como os seus objetivos na análise de decisões a respeito dessa temática.

2 Desenvolvimento

Sabe-se que a obrigação de alimentar é a atribuição dada pela lei à determinados indivíduos de prestar alimentos para outro que se encontra impossibilitado de prover por si próprio a sua manutenção.

Essa obrigação, é imposta à indivíduos que possuem determinado grau de parentesco com aquele que se encontra em situação de vulnerabilidade, reforçando a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade entre familiares.

Nesse aspecto, o doutrinador Flávio Tartuce leciona:

O pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado no princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional. No plano conceitual em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo o objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Em suma, os alimentos devem ser

concebidos dentro da ideia do patrimônio mínimo. (TARTUCE, 2020, p. 1336)

Ante a busca pela garantia máxima à proteção humana, a Constituição Federal salvaguardou expressamente em seu artigo 6º a alimentação como um direito social, bem como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, etc. Ressalta-se que a inclusão da alimentação no rol dos direitos sociais somente se deu com a emenda Constitucional n. 64 de 4 de fevereiro de 2010.

2.1 Pressupostos para o dever de prestar alimentos

O artigo 1.694 do Código Civil leciona que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Mais adiante, o artigo 1.695 afirma que os alimentos são devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Dessa forma, da inteligência dos artigos, nota-se que a prestação alimentar cinge-se na no binômio da necessidade/possibilidade. Para além disso, a doutrina, bem como, as jurisprudências têm elencado um terceiro fator nessa prestação, sendo possível agora falar-se de um trinômio com a inserção do quesito da proporcionalidade à essas exigências.

2.2 Os alimentos prestados pelos pais aos filhos

A Constituição Federal leciona em seu artigo 227 que é dever primeiramente da família assegurar, aos filhos, o direito à vida, saúde, educação, alimentação e todos os demais direitos inerentes a todos os cidadãos, com vistas a lhes oferecer uma existência digna e humana e, mais a diante, na primeira parte do artigo 229, esta prevê que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Porém, não deve ser confundido o dever de sustento previsto na Constituição Federal, com a obrigação alimentar decorrente do artigo 1.694 Código Civil, que é fundada no parentesco, a qual fica delgada aos ascendentes, descendentes e colaterais, até o segundo grau, com reciprocidade. Aqui, a obrigação recai, primeiramente, aos ascendentes, nos mais próximos em grau. Na sua falta, cabe aos descendentes, e, faltando estes, aos irmãos nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Dessa forma, estando o filho em situação de vulnerabilidade, cabe aos pais, sendo os primeiros na lista da obrigação de prestar alimentos, o dever de manter os filhos.

Assim, entende-se que obrigação de prestar alimentos é recíproca entre pais e filhos. A família é a gênese da sociedade, e, uma vez que é formada, surge o dever dos pais em alimentar os filhos menores e incapazes, e estes, de socorrer os pais por motivo de idade avançada ou outra razão, que não tenham condições de prover sua subsistência sozinha.

2.3 Os alimentos avoengos como responsabilidade subsidiária dos pais

Os alimentos avoengos são aqueles prestados pelos avós ao neto que se encontra em situação de vulnerabilidade. Essa prestação alimentícia funda-se na solidariedade familiar, bem como no dever de assistência mútua.

Sabe-se que manutenção do filho incumbe primeiramente aos pais e, somente na ausência dos genitores ou quando devidamente demonstrado que não podem contribuir com quantia capaz de suprir as necessidades do herdeiro, é que germina a obrigação dos avós, que, derivada do dever de assistência recíproca que junte os parentes em linha reta. Ou seja, a obrigação alimentar avoenga é subsidiária e complementar e somente se descortina quando patenteada a incapacidade de os genitores assumirem os ônus pecuniários decorrente da criação e educação dos filhos.

Nesse aspecto, o Código Civil leciona em seu artigo 1698:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Esse tema, já foi motivo de muitos debates nos tribunais de todo o país, visto que uma parte dos julgadores entendiam ser uma responsabilidade de caráter solidária, e não subsidiária, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça, para pacificar o entendimento sobre o tema, editou a súmula número 596 com a seguinte redação:

A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais. (STJ, 2017, on-line)

Dessa forma, restou entendido que a obrigação alimentar avoenga se funda na solidariedade familiar, o que não se pode confundir com a solidariedade obrigacional no sentido jurídico, sendo neste aspecto apenas subsidiária, de modo que, ao ingressar com

a ação de alimentos, esta deve ser ajuizada primeiro contra os pais, mesmo que tenham capacidade contributiva reduzida. Somente depois, quando demonstrada a extensão da capacidade financeira dos pais (ainda que ínfima), será possível demandar os avós, subsidiária e complementarmente.

Importa frisar que isso não impede que o demandado, em caso de impossibilidade de suportar sozinho o encargo alimentar, possa de chamar ao processo os corresponsáveis da obrigação alimentar, de modo que a criação de um litisconsorte passivo na demanda será permitida.

Neste contexto, a luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda.

3 Conclusão

O presente artigo abordou temática relacionada ao dever de prestar alimentos, podendo-se concluir que a obrigação alimentar é salvaguardada pela Constituição Federal e que possui *múnus* público regulado pela própria lei, de forma que os parentes estão obrigados a prestar alimentos uns aos outros, de forma mútua, de acordo com os critérios da necessidade, possibilidade e proporcionalidade.

A obrigação alimentar é fundada na solidariedade familiar, pois isto constitui ou, pelo menos, deveria constituir um dever intrínseco que decorre naturalmente das relações de parentesco, no entanto, no cenário fático, isso nem sempre ocorre, razão pela qual, coube ao legislador criar regras específicas para este fim, de modo a proporcionar segurança jurídica àqueles que necessitam de amparo e encontram-se em situação de vulnerabilidade.

Nos casos em que o sujeito ativo da ação de alimento for um menor incapaz, a obrigação de prestar alimentos será sempre dos pais, pois estes, além de possuir o dever sustento dos filhos, possuem ainda a obrigação alimentar decorrente do ordenamento jurídico.

Ainda, na possibilidade de os pais não poderem arcar com a obrigação de prestar alimentos, pode-se ingressar com ação em face aos avós, configurando assim os chamados alimentos avoengos.

Frisa-se que, embora os alimentos sejam pautados na solidariedade familiar, não se pode confundi-la com a solidariedade jurídica, de forma que a atuação dos avós nos encargos alimentares dos netos somente se dará de forma subsidiária e solidária, devendo o juízo, ao analisar o caso concreto, verificar se os alimentos foram pleiteados primeiro em face dos pais e somente depois em face dos avós, sendo este um requisito de procedibilidade da ação.

Essa exigência visa resguardar a ordem preferencial trazida pelo próprio Código Civil, além de evitar que ocorra lesão ao patrimônio de terceiros por mera deliberação e sem razão de ser, de forma que, nem restará desamparado o alimentando na hipótese de seus pais não puderem cumprir o encargo alimentar, nem os avós serão lesados na hipótese se os pais puderem arcar com os alimentos, mas por vontade própria decidirem não arcar com a sua obrigação.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília: DF, Presidência da República, [1988]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: DF, Presidência da República [2009]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Súmula nº 596.** 2ª Seção. Aprovada em 08/10/2017, Disponível em:

https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-10_09-49_STJ-edita-tres-novas-sumulas.aspx. Acesso em: 20 jun. 2021.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Os limites da obrigação alimentar dos avós.** – 1 ed. – Livraria do Advogado; São Paulo, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce.** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL PARA COIBIR O CRIME ORGANIZADO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

ARI DE MORAES CARVALHO:

Graduandos do curso de Direito do Centro Universitário UNA, Betim – MG.

MARCOS NOGUEIRA DE CARVALHO

(orientador)

RESUMO: O presente estudo teve por objetivo a análise da necessária intervenção estatal para coibir o crime organizado no interior dos presídios brasileiros. Haja vista a problemática do crescimento exacerbado do crime organizado no Brasil, situação essa que afronta claramente os princípios que zelam pela ordem e pela paz social, bem como relativiza a eficiência do dever estatal em conceber uma maior segurança pública aos brasileiros. Nos moldes destes ideais, a pesquisa se utilizou das metodologias de revisão bibliográfica e de coleta e análise de dados, se debruçando sobre a análise de obras produzidas por outros autores, dentro de um marco temporal prioritário de 11 (onze) anos, ou seja, obras publicadas entre os anos de 2010 a 2021, salvo para os casos de doutrinas clássicas e de legislações pertinentes. Tais obras foram buscadas nas bases de dados do Google Acadêmico e Scielo. Diante dos resultados extraídos da pesquisa, ficou evidenciado que o crime organizado possui um forte poderio no interior dos presídios brasileiros, principalmente em face da utilização de equipamentos eletrônicos, tais como os aparelhos celulares, o que possibilita que as organizações criminosas comandem ações de dentro do sistema prisional. Evidenciou-se também que diversos são os mecanismos empregados pelo Estado para tentar mitigar as ações do crime organizado nos presídios do Brasil, como o próprio emprego de bloqueadores de sinal telefônico, mas, todas as medidas não têm logrado êxito. Assim, diante de tais resultados o estudo concluiu que há uma clara lacuna a ser preenchida pelo Estado, em prol da necessária intervenção para coibir o crime organizado nos presídios nacionais.

Palavras-chave: Brasil. Crime organizado. Estado. Intervenção. Presídios.

ABSTRACT: This study aimed to analyze the necessary state intervention to curb organized crime within Brazilian prisons. In view of the problem of the exacerbated growth of organized crime in Brazil, a situation that clearly affronts the principles that ensure order and social peace, as well as relativizing the efficiency of the state's duty in conceiving greater public safety for Brazilians. In line with these ideals, the research used bibliographic review and data collection and analysis methodologies, focusing on the analysis of works

produced by other authors, within a priority time frame of 11 (eleven) years, that is, works published between the years 2010 to 2021, except for the cases of classical doctrines and pertinent legislation. Such works were searched in Google Academic and Scielo databases. Given the results of the research, it was evident that organized crime has a strong power within Brazilian prisons, mainly due to the use of electronic equipment, such as cell phones, which allows criminal organizations to command actions from within the prison system. It also became evident that there are several mechanisms employed by the State to try to mitigate the actions of organized crime in Brazilian prisons, such as the use of telephone signal blockers, but all measures have not been successful. Thus, given these results, the study concluded that there is a clear gap to be filled by the State, in favor of the necessary intervention to curb organized crime in national prisons.

Keywords: Brazil. Organized crime. State. Intervention. Prisons.

INTRODUÇÃO

O aumento da criminalidade organizada no Brasil é uma realidade que alcança os presídios do de todo país, onde a presença do crime organizado (PCC, Comando Vermelho e outras facções) é ostensiva. Tal constatação exige que sejam buscadas ferramentas para o combate ao crime organizado dentro dos presídios brasileiros (RIBEIRO FILHO, 2020).

Para Souza (2019) uma das grandes dificuldades do setor de segurança pública no Brasil é o combate ao crime organizado dentro das penitenciárias, se o Estado é quem detém o poder de punir, ao prender um criminoso e o manter preso com os impostos dos cidadãos cabe a ele assegurar a finalidade da pena, o que claramente não tem ocorrido.

É fato notório que os presídios brasileiros, em sua maior parte, não reúnem condições para promover a segurança em seu interior, grande parte de suas estruturas foram construídas no século passado e não dispõe de tecnologias disponíveis hoje para coibir as ações do crime organizado (NUCCI, 2019).

O principal meio de comunicação das organizações criminosas é o celular, é através dele que os líderes das organizações se comunicam e dão as ordens de dentro dos presídios, quais leis que criminalizam a conduta quanto ao uso do aparelho celular pelo preso, e quais as tecnologias criadas e colocadas em prática para tornar infrutífera a tentativa de comunicação do preso com os comparsas que estão agindo fora das muralhas dos presídios (RIBEIRO FILHO, 2020).

Isto posto, é de grande importância a realização de um estudo que investigue o contexto do crime organizado dentro dos presídios nacionais, tomando por base os apontamentos doutrinários, estatísticos e legais. Por isso, o tema abordado pelo estudo é: "a necessária intervenção estatal para coibir o crime organizado nos presídios brasileiros".

A questão norteadora da pesquisa foi definida como: “o Estado tem se posicionado de forma eficiência no combate ao crime organizado no interior dos presídios nacionais ou há uma carência de necessária intervenção”?

A justificativa social para a realização do trabalho se encontra nos evidentes problemas oriundos da atuação do crime organizado no Brasil, havendo assim a necessidade de um combate em face de tal problemática que relativizam os princípios do Estado Democrático de Direito. Já a justificativa acadêmica se encontra na necessidade de despertar nos discentes de Direito a capacidade de analisar criticamente as problemáticas fáticas do seu meio de atuação profissional.

As metodologias adotadas pelo estudo foram a de revisão bibliográfica e a de análise documental. A primeira possibilitou que os autores analisassem a temática através das perspectivas de outros autores, contextualizando o estudo de forma embasada. Já a segunda possibilitou a análise de dados legais, tais como os dados apresentados pelas legislações e estatísticas que foram fundamentais para demonstrar o contexto fático da temática.

Na busca das obras analisadas pelo presente estudo se adotou um marco temporal de 11 (onze) anos, ou seja, obras produzidas entre os anos de 2010 a 2021, salvo para obras clássicas sem versões atuais e para as legislações pertinentes. Além disso, o estudo adotou critérios de busca e seleção que, além do marco temporal, buscou obras produzidas no idioma português e com grande pertinência temática com esta pesquisa. Os critérios de exclusão se permearam pela ausência de um ou mais dos critérios de seleção. Ademais, tais obras foram buscadas em base de dados como Google Acadêmico e Scielo, além de sites legais como o Planalto, STJ e STF.

O objetivo do presente trabalho foi promover uma reflexão crítica sobre a atuação do crime organizado dentro dos presídios brasileiros e estudar as ações do Estado através da inovação da legislação penal e as políticas públicas implementadas com o objetivo de conter o avanço do crime organizado dentro das penitenciárias brasileiras, demonstrando se há eficiência na intervenção ou se a mesma necessita ser ampliada.

Para isso, os objetivos específicos buscaram: contextualizar organização criminosa e crime organizado; demonstrar o histórico do crime organizado no interior dos presídios brasileiros; evidenciar a problemática das prisões contemporâneas e a atuação das organizações criminosas nos presídios; abordar o uso de tecnologias como meio de inibir a atuação do crime organizado nos presídios, demonstrando a eficiência das mesmas; verificar a necessária intervenção estatal em face da mitigação do crime organizado nos presídios brasileiros.

Assim sendo, o estudo se subdividiu em capítulos que objetivam abordar os objetivos específicos de forma exaustiva, dentro da perspectiva doutrinária, jurisprudencial e legal, de modo a extrair os resultados necessários para embasar as considerações finais da pesquisa.

CONCEITUAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E CRIME ORGANIZADO

É cediço que o crime organizado se trata de um dos piores e maiores problemas enfrentados, hodiernamente, pela sociedade brasileira, bem como pelo próprio Estado Democrático de Direito. Tal agravamento se dá pela amplitude dos efeitos colaterais decorrentes dos delitos praticados pelas organizações criminosas dentro e fora dos presídios nacionais. Efeitos esses que alcançam uma dimensão incalculável para a sociedade e deturpam diretamente as normatizações em vigência no Brasil (LACERDA, 2018).

Todavia, o crime organizado possui ramificações históricas no escopo das sociedades, não sendo diferente no Brasil. Antes de adentrar na contextualização histórico-social do crime organizado nos presídios brasileiros, é de grande importância conceituar o crime organizado produzido pelas organizações criminosas, sob o prisma conceitual apresentado por alguns doutrinadores. Assim, numa concepção doutrinária majoritária, se pode atestar que a conceituação de organização criminosa é complexa e controversa, tal como a própria atividade do crime inserida nesse contexto (NUCCI, 2019).

Ainda que se refira ao crime organizado com uma ramificação que apresenta uma complexibilidade para se conceituar, o doutrinador Nucci (2019, p. 17) define organização criminosa ou crime organizado, como:

[...] a organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. Pode-se sustentar que a organização criminosa tem a visível feição de uma empresa, distinguindo-se das empresas lícitas pelo seu objeto e métodos ilícitos.

No mesmo diapasão, a Lei N° 12.850 de 2013, popularmente chamada de Lei do Crime Organizado, foi promulgada para versar sobre as organizações criminosas, traz em face do seu art. 1º, § 1º, a definição legal de organização criminosa, sendo essa, no verbo:

Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Notoriamente, a conceituação doutrinária segue os parâmetros legais para a definição de uma organização criminosa. Nesse vértice, diante da compreensão do que se trata uma organização criminosa, se pode extrair a conceituação do crime organizado que, em linha gerais, é o crime praticado por tais organizações. Segundo Nucci (2019) o crime organizado nada mais é do que aquele derivado das organizações criminosas, tomando por base a definição legal em vigência para este tipo de associação.

De acordo com Reginato e Moreira (2015) a primeira legislação a trazer uma conceituação de crime organizado no Brasil foi a Lei Nº 9.034 de 1995, atualmente revogada e, posteriormente, a Lei Nº 10.217 de 2001, cujo alterou alguns artigos da lei de 1995 para autorizar a interceptação da comunicação, bem como a infiltração de policiais nas organizações criminosas no Brasil.

Contudo, apontam os referidos autores que ambas as legislações não traziam um conceito apropriado para crime organizado, havendo assim uma lacuna legislativa que levou o país a adotar o conceito produzido pela Convenção de Palermo, ou, a também denominada, Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, a qual apresentava o conceito de crime organizado como sendo uma estrutura de 3 (três) ou mais pessoas, formadas por um tempo pré-existente e que atuam com a intenção de cometer uma ou mais infrações graves, a fim de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico ou material (REGINATO; MOREIRA, 2015).

O disciplinamento das organizações criminosas em nosso país ganhou novos ares com a incorporação ao ordenamento pátrio da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida também por Convenção de Palermo, promulgada internamente pelo Decreto Presidencial 5.015/2004. Isso porque, pioneiramente, descortinou-se o conceito de "grupo criminoso organizado" (art. 2.º, "a"), não, porém, sua tipificação (MASSON; MARÇAL, 2015, p. 37-38).

De modo a apresentar uma definição normativa mais completa sobre organização criminosa e, de fato, tipificar a ação no Brasil, foi justamente a Lei N° 12.850/13 que preencheu tal lacuna legislativa, apresentando assim a conceituação sobre organização criminosa, acima mencionada, de onde também se pode extrair o próprio conceito de crime organizado (MASSON; MARÇAL, 2015).

Doravante, como já mencionado nos primeiros parágrafos deste capítulo, o crime organizado não se trata de um fenômeno novo na sociedade brasileira, mas possui uma estrutura histórico-social que foi tomando proporções ainda maiores ao longo dos anos. Dessa maneira, é imprescindível para este estudo a realização de uma breve análise sobre o contexto histórico do crime organizado, principalmente no tocante ao crime organizado dentro dos presídios nacionais. Assunto que pode ser verificado no escopo do próximo capítulo.

HISTÓRICO DO CRIME ORGANIZADO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

De acordo com Cruz *et al.* (2020) aferir o surgimento do crime organizado não é uma tarefa fácil, mas é sabido que o mesmo não se trata de um fenômeno atual. No Brasil, definir o surgimento do crime organizado é ainda mais complexo, principalmente pela existência de uma divergência doutrinária sobre o assunto (COSTA, 2017).

Existem estudos que afirmam que quando ainda éramos colônia de Portugal os criminosos que lá existiam eram enviados para o Brasil e, como pena de seus delitos, por aqui ficavam como punição pelos seus crimes. O Brasil funcionava como um exílio para os criminosos de Portugal (CRUZ *et al.*, 2020).

Preconiza Costa (2017) que outros autores apontam que o crime organizado no Brasil foi antecedido pelo cangaço, no final do século XIX. Já outros doutrinadores afirmam que tal origem decorreu a partir da existência do jogo do bicho, idealizado pelo Barão de Drumond (COSTA, 2017).

Diante dessa instabilidade apresentada pela doutrina para afirmar o surgimento do crime organizado no Brasil, há de se destacar o que pontua Oliveira (2019) onde destaca em seu estudo a inexistência de uma pesquisa sistêmica que vise identificar a real origem das organizações criminosas e do crime organizado no Brasil.

Todavia, é cediço que o crime organizado não possui uma origem recente, mas que ganhou força ao longo dos anos e tomou dimensões que hoje se apresentam como preocupações latentes a serem enfrentadas pelo Estado. Nesse contexto, há de se destacar que as dimensões alcançadas pelas organizações criminosas se fazem presente tanto fora dos presídios, quanto dentro dos mesmos, o que acaba por ampliar a dimensão da problemática e confrontar o Estado em face das suas normatizações vigentes (NUCCI,

2019).

No desenrolar histórico do surgimento do crime organizado nos presídios brasileiros, afirma Oliveira (2019) que a primeira organização criminosa percebida no ensejo do encarceramento nacional foi o Comando Vermelho (CV) ou o também chamado de Falange Vermelha (FV), por volta da década de 1970, recebendo essa nomenclatura em alusão à galeria do presídio situado em Ilha Grande, no Rio de Janeiro.

No livro produzido por Amorim (2011) a história do Comando Vermelho é abordada em detalhes. O referido autor afirma que tal organização criminosa surgiu, mais especificamente, por volta do ano de 1979, através da associação de reclusos do Instituto Penal Cândido Mendes, popularmente conhecido como Caldeirão do Diabo. Ele ainda se refere ao Comando Vermelho como sendo uma organização fruto da opressão produzida pela Ditadura Militar no Brasil (AMORIM, 2011).

[...] um filhote da ditadura militar. Criado na cadeia onde a repressão jogou, juntos, presos políticos e comuns, cresceu no vazio político e social ao qual o capitalismo selvagem relegou a grande massa, o povo das favelas, da periferia. Filho da perversa distribuição de renda, da falta de canais de participação política para esse povo massacrado, o Comando Vermelho pôde parodiar impunemente as organizações de esquerda da luta armada, seu jargão, suas táticas de guerrilha urbana, sua rígida linha de comando. E o que é pior: com sucesso (AMORIM, 2011, p. 5).

Um questionamento produzido por Nucci (2019) coaduna perfeitamente com a concepção de Amorim (2011) sobre a presença de forças políticas dentro das organizações criminosas, como um fator de fortalecimento destas organizações e de sucesso do crime organizado. Assim, o aludido doutrinador destaca em sua obra, na íntegra, que:

Vamos além, com o fito de demonstrar a inserção do crime organizado nas estruturas de poder político do Estado. Seja qual for o objetivo da organização criminosa, a sua atuação, em algum ponto e sob determinada medida, termina por se sustentar pelo apoio de servidores públicos mancomunados e aliciados, integrantes do esquema, direta ou indiretamente (NUCCI, 2019, p. 18).

Ainda que seja de suma importância para este estudo destacar a crítica doutrinária tecida numa concepção política-criminal e devidamente destacada acima, a qual será devidamente abordada mais adiante, é importante aqui se ater aos demais aspectos sobre o histórico do crime organizado nos presídios brasileiros. Nesse sentido, aludem Martins e

Machado (2016) que entre os anos de 1992 a 1993 foi possível identificar a presença mais forte do crime organizado nos presídios brasileiros, através da formação do Primeiro Comando da Capital (PCC).

Para Martins e Machado (2016) a organização do PCC se deu, definitivamente, no mês de agosto de 1993, na Casa de Custódia de Taubaté, situada em São Paulo e sendo essa considerada um dos presídios mais seguros do Estado. Os autores destacam que, durante uma partida de futebol, houve ocorrências de brigas intensas entre os custodiados e alguns deles se uniram e estabeleceram um pacto de "solidariedade", formando assim o PCC, organização também conhecida pela sequência 15.3.3, onde o 15 representa a letra P do alfabeto, enquanto 3 representa a letra C (MARTINS; MACHADO, 2016).

O estudo produzido por Souza (2019) reafirma que o CV e o PCC foram as primeiras organizações criminosas no sistema prisional brasileiro, as quais deram ensejo para o crime organizado dentro do encarceramento. Afirma ainda o referido autor que, ao longo dos anos seguintes, o crime organizado ganhou ainda mais dimensão dentro dos presídios no Brasil, quer seja pela ampliação da rede de associação do CV e do PCC, ou através do surgimento de diversas outras organizações criminosas (SOUZA, 2019).

O aludido supra, apresenta o surgimento de outras organizações criminosas nos presídios nacionais, tais como: Amigo dos Amigos (ADA), originada na década de 1990 na cidade do Rio de Janeiro, pela união de alguns integrantes do próprio PCC à outros criminosos; o Terceiro Comando (TC), organização formada por volta da década de 1980, por componentes do próprio Comando Vermelho, na cidade do Rio de Janeiro; e o Terceiro Comando Puro (TCP), organização criada após a morte de alguns líderes do Terceiro Comando e do Amigo dos Amigos, no ano de 2002, no presídio de segurança máxima de Bangu I, no Rio de Janeiro (SOUZA, 2019).

Com o passar dos anos, é notória a dimensão que hoje assume o crime organizado nos presídios de todo o país, onde as organizações criminosas supramencionadas não se atêm apenas ao local de sua origem, mas possuem adeptos em todo o território nacional, dentro e fora dos presídios, o que corrobora para ampliar a força do crime organizado no país. Nesse sentido, apontam Reginato e Moreira (2015) que o crime organizado no interior dos presídios se apresenta como um poder paralelo ao Estado, haja vista que controla a massa carcerária e possuem adeptos fora de tais presídios que atuam com total fidelidade aos seus líderes.

Martins e Machado (2016) afirma que o poder atual do crime organizado se apresenta como uma afronta ao poder de responsabilidade estatal, uma vez que as organizações criminosas são capazes de coordenar toda uma cadeia de transações ilícitas dentro e fora dos presídios.

Assim, o crime organizado dispõe de grande aparato que o possibilita de lograr êxito em frente ao Estado, onde o poder e o lucro passou a ser seu objetivo fim, desvinculado do que lhe deu origem que era combater a opressão do Estado dentro dos presídios brasileiros na época da Ditadura Militar e da violação de seus direitos fundamentais. Agora as organizações criminosas buscam lucro e poder, o que pode ter contribuído para o aumento das organizações criminosas no Brasil (SOUZA, 2019).

De acordo com dados estatísticos apresentados pelo Ministério de Segurança Pública Nacional (2018), se pode perceber que nos dias atuais cerca de 70 organizações criminosas atuam em todo o território nacional (GOMES, 2018). Traçando um comparativo de que a primeira organização criminosa foi percebida por volta da década de 1970, através da formação do Comando Vermelho, se pode reconhecer que apenas num lapso temporal de 5 (cinco) décadas o crime organizado tomou proporções estonteantes no Brasil (CRUZ *et al.*, 2020).

Isto posto, é imprescindível para este estudo a realização de uma análise sobre as prisões contemporâneas no Brasil, contextualizando o poderio obtido pelas organizações criminosas. Haja vista que tais organizações cada dia mais aliciam reclusos para integrarem suas associações, ampliando assim a sua rede e, conseqüentemente, a dimensão do crime organizado no país. Tal assunto será apresentado pelo próximo capítulo do estudo, de forma fundamentada na doutrina e em dados estatísticos.

PRISÕES CONTEMPORÂNEAS E A CONTEXTUALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Como bem destacado por Oliveira (2019) é justamente em face do aliciamento de encarcerados que o crime organizado instalado dentro dos presídios nacionais toma maiores proporções e ganha força a cada dia. De acordo com o estudo do aludido autor aqui destacado, se pode notar que a força das organizações criminosas é de amplitude nacional, possuindo dimensões diferenciadas em cada região do país, mas que, assim como ocorrido ao longo dos anos, irá se intensificar ainda mais se não houver um posicionamento mais eficiente da estrutura de controle do Estado (OLIVEIRA, 2019).

Nas últimas décadas, mais especificamente a partir da década de 1990, inúmeros são os registros de rebeliões e incêndios provocados dentro e fora dos presídios nacionais, o que acaba por evidenciar o poderio do crime organizado no interior de tais instituições, bem como a falência do Estado diante do controle interno e externo da ordem pública (SOUZA, 2019).

Destaca ainda Oliveira (2019) em seu estudo que o próprio PCC é conhecido pelas mais diversas rebeliões e incêndios promovidos no interior dos presídios nacionais, como

o episódio ocorrido no ano de 2006, onde a organização deu voz, de dentro do presídio, para o ataque praticado (fora do presídio) contra as forças de segurança pública do Estado de São Paulo, promovendo assim uma rebelião que provocou 69 (sessenta e nove) atentados, bem como a morte de 27 (vinte e sete) policiais e 1 (um) civil.

Diante do exposto supracitado, há de se perceber que o sistema prisional brasileiro tem apresentado uma inércia que, para alguns doutrinadores, materializa a falência de tal sistema, uma vez que o objetivo estatal de ordem social não tem sido promovido pelas instituições de acolhimento prisional do Brasil (SOUZA, 2019).

A superlotação das cadeias nacionais e a escassez da concessão de direitos básicos aos reclusos, são situações apontadas por alguns autores como propulsoras do fortalecimento do crime organizado no interior dos presídios. A justificativa para tal afirmação se encontra no acolhimento fornecido por tais organizações em face da “revolta” existente nos reclusos diante da segregação estatal empregada sob o sistema punitivo, que passa a ser conceituado por parte da doutrina como um sistema baseado no Direito Penal do Inimigo (NUCCI, 2019).

O contexto fático-social contemporâneo apresentado pelos presídios nacionais acaba por exigir do Estado uma maior eficiência em face do combate ao crime organizado no País, tendo em vista que as medidas adotadas até o presente momento parecem não ter surtido efeitos positivos (NUCCI, 2019). Todavia, é cediço que alguns mecanismos de controle são empregados pelo Estado para inibir a ação praticada pelo crime organizado dentro e fora dos presídios no Brasil. Assim, o próximo capítulo do estudo apresentará uma contextualização sobre as tecnologias adotadas em face de tal inibição.

TECNOLOGIAS ESTATAIS DISPONÍVEIS PARA INIBIR AÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

Ao Estado é atrelada a função do controle e da ordem pública, o qual deve dispor de meios preventivos e corretivos que visem sanar a problemática que assola a segurança pública na sociedade brasileira. Por outro lado, as instabilidades que afrontam a ordem social deixaram de ter cunho estritamente externo ao sistema prisional, se materializando com grande força no interior de tal sistema, o que acaba por relativizar o posicionamento do Estado diante do combate ao crime organizado e exigir do mesmo o emprego de ferramentas que mitiguem a ação destas organizações criminosas (SOUZA, 2019).

De acordo com Lacerda (2018) o bem jurídico tutelado em face do combate ao crime organizado sem dúvidas é a paz social. Assim, qualquer incriminação ou contenção aplicada em face das condutas ilícitas materializadas pelas organizações criminosas irão visar a proteção da ordem e da paz pública da sociedade (LACERDA, 2018).

Diante do objetivo de assegurar a materialização de ordem e a preservação da paz social, é cediço que o Estado dispõe de um arcabouço de tecnologias que age em prol da mitigação das ações praticadas pelo crime organizado no Brasil. Nesse momento do presente estudo, cumpre aqui destacar que a própria Lei N° 12.850/13, que dispõe as diretrizes para combater as organizações criminosas no Brasil, menciona um rol atividades estatais que podem ser empregadas em face do recolhimento de provas, bem como para promover a inibição das ações do crime organizado (BRASIL, 2013).

Para alcançar uma redução das ações do crime organizado, são necessárias inúmeras estratégias e mudanças de operações em penitenciárias, mas os maiores impactos podem vir da integração de tecnologias e informações que podem ajudar na prevenção do crime no Brasil (SOUZA, 2019). Como demonstrado anteriormente, a força do crime organizado dentro dos presídios é intensa, onde tais organizações possuem um forte poderio tecnológico para gerir as atividades criminosas praticadas no ambiente externo ao sistema penitenciário (CRUZ *et al.*, 2020).

O uso de aparelhos celulares no interior dos presídios nacionais, apesar de ser proibido, se trata de uma realidade latente que acaba por favorecer as organizações criminosas em face do controle interno e externo. No livro produzido por Manso e Dias (2018) onde se narra a história e ascensão do PCC, bem como a evolução do crime organizado no Brasil, os autores demonstram claramente a amplitude do arcevo tecnológico em poder das organizações criminosas.

Tal contextualização fica evidenciada pela obra ao abordar o massacre promovido pelo PCC no interior de um presídio situado no Estado de Roraima, no ano de 2016, onde, cerca de 10 (dez) pessoas foram assassinadas de forma brutal e, automaticamente, imagens da barbárie foram vazadas através de aparelhos celulares em posse dos reclusos, principalmente daqueles associados a referida organização criminosa (MANSO; DIAS, 2018).

De acordo com os autores supramencionados "a novidade durante a crise nos presídios seria o uso constante dos aplicativos, com rebeliões e carnificinas fotografadas, filmadas e noticiadas em tempo real pelos próprios presos, numa espécie de "TV prisão"" (MANSO; DIAS, 2018, p. 45). Outros autores mencionam claramente que a posse de aparatos tecnológicos, como os aparelhos celulares, ampliam a manipulação das organizações criminosas em face do controle interno e externo das atividades por elas praticadas, tais como o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, dentre outras (OLIVEIRA, 2019).

De acordo com Ribeiro Filho (2020) as organizações criminosas atuam dentro dos presídios com certa autonomia para agir e impor suas regras, tomando por base aquilo

que se compreende sobre o objetivo do próprio sistema carcerário e das instituições correlacionadas a este contexto, os quais deveriam assumir o controle que, nos dias hodiernos, está nas mãos do crime organizado.

O contrabando de aparelhos celulares é, sem dúvida, o pior tipo de contrabando existente dentro do sistema carcerário, uma vez que permite ao crime organizado a continuação das práticas ilícitas dentro e fora de tais instituições públicas. A vantagem oportunizada pelos aparelhos celulares é justamente a possibilidade de coordenar as mesmas atividades criminosas que levaram tais presos para o sistema de reclusão, tendo em vista que as linhas telefônicas comuns dos presídios costumam ser mais monitoradas (RIBEIRO FILHO, 2020).

Ainda de acordo com o autor acima destacado, é mais do que evidente que o uso de aparelhos celulares corrobora com o comando das organizações criminosas, bem como com a organização de fugas, rebeliões, retaliações, ameaças e outras práticas que deveriam inexistir dentro do sistema carcerário. Tendo em vista que impossibilita a própria materialização dos objetivos atrelados a Lei Nº 7.210 de 1984, conhecida como Lei de Execuções Penais (LEP), a qual dispõe em seu art. 1º que a intenção das penas é ressocializar o preso, o que não acontece diante da força das organizações criminosas no interior das cadeias e presídios (BRASIL, 1984; RIBEIRO FILHO, 2020).

Schwalbert (2017) aponta que diversas são as tentativas desprendidas pelo Estado para tentar inibir a entrada de aparelhos telefônicos, armas, drogas, dentre outros objetos que podem facilitar a atuação do crime organizado dentro e fora dos presídios nacionais. Para isso, hodiernamente, o sistema prisional apresenta um rol de medidas preventivas como a revista íntima, o banco magnético, os aparelhos de raio X, a interceptação telefônica e, a mais nova medida, o bloqueador de sinal telefônico (SCHWALBERT, 2017).

Diante de todos os aspectos que foram apresentados no escopo do presente capítulo, é de grande importância dedicar um tópico deste estudo para abordar, especificamente, a questão do bloqueio telefônico utilizado pelo Estado para inibir as ações do crime organizado nos presídios nacionais. Assunto que será oportunizado pelo próximo capítulo.

BLOQUEADORES DE SINAL TELEFÔNICO

Por muito tempo a necessidade de bloquear o sinal telefônico nos presídios nacionais foi pauta de diversas discussões estabelecidas no âmbito político-social, tendo em vista o poderio que os aparelhos telefônicos concedem ao crime organizado dentro dos presídios. Além disso, a ineficiência das outras medidas preventivas que visam inibir a entrada de tais aparelhos no sistema prisional, como a revista íntima e o próprio banco magnético, levou as esferas políticas a indagarem a necessidade de uma nova modalidade

de intervenção estatal em face do crime organizado instaurado no sistema penitenciário do Brasil (RIBEIRO FILHO, 2020).

Para Schwalbert (2017) os bloqueadores de sinal telefônico se tratam de outro meio de prevenção estatal, tendo como finalidade o bloqueio da comunicação estabelecida por meio de um aparelho celular. Para a referida autora, tal bloqueio decorre justamente da interferência de sinal, ou seja, os aparelhos bloqueadores produzem um sinal na mesma frequência dos aparelhos telefônicos, o que acaba por provocar certa interferência, impedindo que a comunicação seja estabelecida (SCHWALBERT, 2017).

No mesmo diapasão, a jurisprudência pátria já corroborava para a percepção da necessidade de implantação de tais bloqueadores no sistema prisional brasileiro. Como se pode verificar através da ementa infracitada, produzida pela decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), onde fica evidenciada a ação do crime organizado em face de distribuição interna de aparelhos celulares. Segue a ementa abaixo, no verbo:

Ementa: Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Pronunciamento anterior da Segunda Turma do STF sobre as mesmas alegações da defesa (ARE 774.815). 3. Alegação de ausência de fundamentação quando da fixação do regime prisional e da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inviabilidade. 4. **A recorrente colaborava com a organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC), corrompendo agente penitenciário para que entregasse aparelho celular e baterias a detentos integrantes da referida organização, com o fim de permitir a perpetuação de práticas ilícitas dentro dos próprios estabelecimentos prisionais.** 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – RHC 122132 AgR, Órgão Julgador: Segunda Turma, Min.: GILMAR MENDES, Julgamento: 05/08/2014, Publicação: 27/08/2014, grifo dos autores).

Na decisão acima proferida, o STF negou o pedido de Habeas Corpus (HC) em face de uma ré que integrava a organização criminosa PCC e tentou aliciar um agente penitenciário para entregar aparelho celular e baterias a detentos que integravam a mesma organização. Notoriamente, a funcionalidade dos aparelhos celulares no interior dos presídios nacionais era vista como um problema que impactava nas demais medidas preventivas adotadas pelo Estado em prol do impedimento de entrada de tais aparelhos nos presídios (RIBEIRO FILHO, 2020).

Schwalbert (2017) já apontava que o bloqueio do sinal telefônico no interior dos presídios poderia ser uma medida de maior eficácia para combater o poderio tecnológico do crime organizado, tendo em vista que tais aparelhos se tornariam inúteis e reduziria assim a amplitude do comando estabelecido pelas organizações criminosas (SCHWALBERT, 2017).

De acordo com Ribeiro Filho (2020) desde o ano de 2003 tramitava no Senado um Projeto de Lei (PL) que visava a implantação de bloqueadores de sinal telefônico no interior dos presídios e cadeias nacionais. Tendo em vista que, apesar das operadoras terem franqueado um maior acesso, de forma até irrestrita, para que o Estado e as forças de segurança pudessem obter um maior controle do crime organizado, isso vinha se demonstrando ineficiente para mitigar o poderio tecnológico das organizações criminosas (RIBEIRO FILHO, 2020).

A PL referenciada por Ribeiro Filho (2020), por N° 32, foi aprovada apenas no ano de 2018, tendo ainda uma vacância de 15 (quinze) anos entre a sua apresentação e sua aprovação no Congresso Nacional. A ementa da referida PL menciona, *in verbis*, que o objetivo da mesma é:

Institui a obrigatoriedade da instalação, em 180 dias, de bloqueadores de sinais de telecomunicação para telefones celulares e estabelece a aplicação dos recursos do FUNPEN na instalação, custeio e manutenção do bloqueio de sinais de telecomunicação para telefones celulares, radiotransmissores e outros meios, em estabelecimentos penitenciários e análogos (BRASIL, 2018).

Remetida à Câmara dos Deputados ainda no ano de 2018, a normatização em tramitação passou a ter a definição de PLP N° 470/2018. Tal PL foi aprovada também na Câmara dos Deputados no ano de 2019, autorizando assim a aplicação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, ou, 6 (seis) meses, para que seja feita a instalação de bloqueadores telefônicos em todos os presídios nacionais (BRASIL, 2018; 2019).

É oportuno aqui destacar que, mesmo antes da PL acima mencionada, a própria Lei N° 12.850/13 já previa a instalação de bloqueadores de sinal telefônico nos presídios. Todavia, não existia a previsão de um prazo legal para que tal instalação ocorresse, o que passou a ser estipulado pela PL N° 32/18 ou PLP N° 470/2018 (BRASIL, 2018; RIBEIRO FILHO, 2020).

A partir da existência do referido diploma legal, a implantação dos bloqueadores de sinal telefônico nos presídios nacionais passou a ser vislumbrado como um mecanismo obrigatório, para que assim o Estado pudesse ter um maior controle sobre as ações do crime organizado, mitigando-as (RIBEIRO FILHO, 2020). Na leitura da explicação da ementa

da PL N° 32/18, se pode perceber que a mesma objetiva “a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional para a instalação de bloqueadores de sinais de telecomunicação para telefones celulares e aparelhos análogos em estabelecimentos penitenciários no prazo de 180 dias”.

No estudo promovido por Ribeiro Filho (2020) foi feito um comparativo entre o texto original da PL N° 32 apresentado em 2003 e o texto reformado no ano de 2018. De acordo com o referido autor, a nova redação oportunizou modificações significativas e impactantes, uma vez que houve uma ampla redução na verba que deve ser direcionada para a instalação e manutenção dos bloqueadores (RIBEIRO FILHO, 2020).

Assim, o estudo ainda apontou que, do ano de 2019 ao ano de 2020, a redução na verba pública tem provocado a desativação de vários bloqueadores em diversos presídios situados nos estados nacionais, impedindo também que sejam feitas novas instalações nos presídios que ainda não possuem o equipamento (RIBEIRO FILHO, 2020).

Em face do estudo de Schwalbert (2017) já era possível identificar a existência de bloqueadores de sinal telefônico em alguns presídios nacionais após o advento da Lei N° 10.792 de 2003, a qual dispunha em seu art. 4º, caput, que “Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios” (BRASIL, 2003).

A referida autora afirma que os altos custos atrelados a instalação e manutenção do equipamento provocou uma ineficiência de tal obrigatoriedade (SCHWALBERT, 2017). Assim, se esperou com o advento da PL N° 32/18 que houvesse a aplicação de fundos necessários para que tal recurso passasse a ser implantado em todos os presídios nacionais. Todavia, conforme aduz Ribeiro Filho (2020), ainda hoje, os bloqueadores de sinal telefônico é uma realidade muito distante da maioria dos presídios nacionais, o que acaba por demonstrar uma falha na contenção da inibição das organizações criminosas.

Para Souza (2019) a funcionalidade dos bloqueadores de sinal telefônico tem sido comprovada por diversos países, principalmente os países Latino Americanos, os quais demonstram que este tipo de bloqueio tem sido 100% eficaz diante da mitigação do crime organizado no interior dos presídios.

Tomando por base o que foi discorrido até o presente momento do estudo, é importante analisar se, no campo fático, a intervenção estatal tem sido suficiente para mitigar a ação do crime organizado ou se aparenta insuficiências que precisam ser observadas e corrigidas. Assunto que será oportunizado pelo próximo capítulo do estudo.

NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL

É de grande relevância para todo estudo científico, o confronto da problemática por ele percebida com os resultados apresentados pelo contexto fático onde tal problema esteja inserido. Dessa maneira, este capítulo se debruçará sobre a investigação da temática sob o prisma da jurisprudência pátria, de modo a evidenciar a realidade apresentada pela intervenção estatal aplicada ao crime organizado e institucionalizado.

Como já ficou atestado pelo estudo, o uso de aparatos tecnológicos têm sido o maior problema para o combate ao crime organizado, uma vez que, quando tal acervo tecnológico se encontra em posse das organizações criminosas corrobora diretamente para majorar o poderio de tais organizações dentro e fora dos presídios (RIBEIRO FILHO, 2020). Problema este que já foi percebido por diversos países, os quais adotaram o bloqueio de sinal telefônico como mecanismo de mitigação, obtendo assim resultados satisfatórios (SOUZA, 2019).

Em decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin, do STF, no ano de 2015, contextualizou perfeitamente os danos que podem decorrer da presença de aparelhos telefônicos no interior dos presídios, como se pode verificar na ementa infradestacada, na íntegra:

[...] incolumidade pública e à própria integridade de pessoas submetidas ao regime prisional no Brasil que o ingresso e uso de celulares em estabelecimentos prisionais provoca. **Os celulares nestes espaços de responsabilidade do poder público são gérmen de atos de corrupção e violência, constituindo verdadeira moeda de troca dentro de tais estabelecimentos. Cotidianamente são veiculadas na imprensa notícias que apresentam a cruel e dura realidade daqueles que se encontram em situação de encarceramento. Muitos presos são coagidos a fazer com que seus familiares tentem, ilicitamente, ingressar nos presídios levando consigo aparelhos celulares, chips, carregadores de bateria, para que sirvam ao uso dentro das penitenciárias. Muitas vezes, se assim não agirem, são submetidos a agressões físicas que podem se estender, inclusive, a antes queridos integrantes do núcleo familiar que estejam fora do estabelecimento prisional.** Nesta perspectiva, a pena além de ofender o princípio da humanidade em relação ao próprio preso, ofende também o princípio de sua intranscendência no tocante ao seu núcleo de afeto. Relembre-se que a situação do sistema carcerário brasileiro está em discussão nesta Corte [...].

(STF – ADI 5356 MC, Min.: EDSON FACHIN, Julgamento: 18/05/2015, Publicação: 20/11/2015, grifo dos autores).

Claramente, o referido tribunal evidencia a problemática da presença de aparelhos telefônicos nos presídios nacionais. Não obstante, o Superior Tribunal Federal (STF), diante da decisão proferida em face do HC 635650 / ES, no ano de 2021, evidenciou o poderio encontrado pelos líderes das organizações criminosas diante do uso de celulares, os quais permitem que estes controlem as atividades do grupo, quer seja dentro ou fora dos presídios nacionais. Como se pode verificar abaixo, no verbo de parte da ementa:

Com efeito, não restou demonstrada a similitude fático-processual entre o paciente e os corréus, porquanto, pelo que se extrai dos autos, **o paciente é apontado como um dos líderes da organização criminosa, responsável por todo o funcionamento, organização e atividades do grupo, tendo ficado um ano foragido, dando ordens por telefone aos demais denunciados, quer diretamente ou através de seus "gerentes"**.

(STJ – HC 635650 / ES, Órgão Julgador: Quinta Turma, Min.: JOEL ILAN PACIORNIK, Julgamento: 23/02/2021, Publicação: 01/03/2021, grifo dos autores).

Indiscutivelmente, os aparelhos telefônicos são ferramentas que promovem o funcionamento do crime organizado. Claramente, o contexto fático apresentado pela jurisprudência denota que há uma extrema necessidade de fortalecimento da intervenção estatal no combate ao crime organizado no interior dos presídios brasileiros. Fato esse constatado, principalmente, pela ineficácia no combate à presença de aparatos tecnológicos, possibilitando assim que as organizações criminosas continuem em atividade ferrenha nos presídios nacionais.

Destarte, apesar da previsão do crime de entrar com aparelho telefônico no ambiente dos presídios nacionais – tipificado pelo art. 349-A, do Código Penal brasileiro de 1940, com pena culminada em 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção –, é cediço que tal conduta continua a ser recorrente no país (BRASIL, 1940). Cenário esse que é comprovado pelos apontamentos jurisprudenciais já destacados neste capítulo de forma supracitada.

Diante da recorrência da entrada de aparelhos celulares nos presídios, no ano de 2020 foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 3231/20, de autoria do deputado Capitão Alberto Neto. Tal PL visa alterar os arts. 319-A e 349-A do Código Penal Brasileiro para ampliar a pena aplicada ao crime de entrada de aparelhos telefônicos, rádio

ou similares nos presídios brasileiros (BRASIL, 2020). Notoriamente, se reconhece que o Estado deve apresentar uma intervenção mais robusta em face do combate ao crime organizado nas penitenciárias nacionais.

Nesse diapasão, aponta Costa (2017) que ao Estado cabe o dever de fornecer segurança e paz social, devendo assim se dispor da intervenção necessária para combater as instabilidades sociais, principalmente aquelas que decorrem das ações praticadas no interior dos presídios brasileiros. A referida autora destaca que o contexto atual demonstra a dificuldade do Estado em combater o crime organizado, ainda que existam previsões legais que disponham de aparatos pró mitigação das ações criminosas promovidas pelas organizações do crime (COSTA, 2017).

Por sua vez, alguns autores destacam a aplicabilidade da Lei de Execução Penal no combate ao crime organizado no interior dos presídios, bem como defendem o emprego de mecanismos mais eficientes em prol de tal combater, sem abrir mão da preservação dos direitos e garantias assegurados aos reclusos, mas promovendo uma maior estabilidade diante do sistema prisional. Todavia, diante das condições fáticas apresentadas por este cenário, se pode perceber que os mecanismos adotados pelo Estado tem sido falho e ineficientes, havendo a necessidade de uma maior intervenção estatal para combater o crime organizado no Brasil (SOUZA, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo científico teve por objetivo identificar a necessária intervenção estatal no combate ao crime organizado no interior dos presídios brasileiros. Tendo em vista a problemática que coloca em voga o crescimento assustador das organizações criminosas no Brasil, bem como o poderio do seu comando e controle exercido, na maioria das vezes, de dentro dos presídios onde os líderes e integrantes cumprem pena.

Com base em todo o levantamento promovido por esta pesquisa foi possível extrair resultados que contemplam ao objetivo pré-definido pelo estudo. Assim, a priori, o estudo identificou que as organizações criminosas e o crime organizado sempre foram uma realidade dos mais diversos países do globo, não sendo diferente no Brasil.

No país em epígrafe, notoriamente, o crime organizado possui uma ramificação histórico-social, tendo efetivamente identificada a sua presença nos presídios brasileiros a partir da década de 1970, com o surgimento de diversas organizações criminosas como o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital (PCC), dentre outras, que, nos dias atuais, representam mais de 70 organizações diferentes em todo o país.

Evidenciou-se também que o crime organizado foi originado e se encontra presente no seio dos presídios nacionais, com um poderio altamente sofisticado, se utilizando de

aparatos tecnológicos, como os aparelhos celulares, para manter ativa a máquina de funcionamento das ações ilícitas promovidas por tais organizações.

Por sua vez, ao Estado é cediço o dever de manter a ordem e a paz social, devem agir em prol da prevenção e do combate às ações que relativizam essa questão. Em face dos diversos prejuízos promovidos pelo crime organizado, o Estado dispôs, ao longo dos anos, de mecanismos que visam mitigar tais organizações, principalmente no tocante às ações promovidas por tais de dentro dos presídios do Brasil.

Ficou percebida, através da análise fática jurisprudencial, a ineficiência dos mecanismos empregados pelo Estado e a perpetuação do poderio do crime organizado no interior dos presídios de todo o Brasil. Diversas são as tentativas de evolução, como a implantação dos bloqueadores de sinal telefônico nos presídios brasileiros, mas há falhas no financiamento público que oportuniza tal implantação e manutenção.

Nesse vértice, o presente estudo identificou que há a clara necessidade de uma maior intervenção estatal no combate ao crime organizado no interior dos presídios nacionais, tomando como exemplo os resultados obtidos por outros países Latino Americanos em face da mitigação da atuação de tais organizações criminosas.

Por fim, cumpre aqui sugerir que novos estudos sejam realizados em relação a presente temática, vislumbrando que o crime organizado é uma das maiores problemáticas das sociedades contemporâneas. Sugere-se então que se aplique estudos que busquem identificar a existência ou não de vieses políticos no escopo do financiamento do crime organizado, de modo a compreender a amplitude do problema abordado por tal contextualização.

REFERÊNCIAS

AMORIM, C. **CV-PCC: a irmandade do crime**. 11 ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Versa sobre o Código Penal brasileiro. **Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. **Acesso em: 25 mai. 2021.**

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Versa sobre a Lei de Execução Penal. **Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. **Acesso em: 25 mai. 2021.**

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Versa sobre alterações promovidas na a Lei de Execução Penal. **Disponível em:**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Versa sobre a Lei da Organização Criminosa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

COSTA, J. C. A atividade de inteligência no Brasil e no Estado do Rio Grande do Sul voltados ao combate do crime organizado. Monografia, Pós-Graduação, Inteligência de Segurança, Universidade do Sul de Santa Catarina – SC, 2017, 64f. **Disponível em:** https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4794/A%20ATIVIDADE%20DE%20INTELIG%c3%8aNANCIA%20NO%20BRASIL%20E%20NO%20ESTADO%20DO%20RIO%20GRANDE%20DO%20SUL%20VOLTADOS%20AO%20COMBATE%20DO%20CRIME%20ORGANIZADO%20-_ALUNO_JONAS_CANHADA_COSTA_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 mai. 2021.

CRUZ, M. D. T. et al. Crime organizado: uma abordagem sobre as facções dominantes no Brasil. **Rev.Bras.de Direito e Gestão Pública** (Pombal, PB),8 (02), 182-192, abr./jun.2020. **Disponível em:** <https://www.editoraverde.org/gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/7865/7466>. Acesso em: 25 mai. 2021.

GOMES, P. H. Cerca de 70 facções atuam no Brasil, diz ministro da Segurança Pública. **Globo**, 2018. **Disponível em:** <https://oglobo.globo.com/brasil/cerca-de-70-faccoes-atuam-no-brasil-diz-ministro-da-seguranca-publica-23035855>. Acesso em: 25 mai. 2021.

LACERDA, N. T. Evolução histórica do crime organizado e sua tipificação à luz do advento da Lei nº 12.850/13. Monografia, Graduação, Direito, UniEvangélica – Anápolis, 2018, 51f. **Disponível em:** <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/757/1/Monografia%20-%20Nat%c3%a1lia%20Tobias.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

MANSO, B. P.; DIAS, C. N. **A guerra:** a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2018.

MARTINS, R. J. O.; MACHADO, S. C. organização criminosa nos presídios do Paraná: considerações sobre as possibilidades de combate mediante aplicação das garantias fundamentais do preso. **4º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais** – 2016 ISSN 2318-0633. **Disponível em:**

<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/593706e9719a5.pdf>.
Acesso em: 25 mai. 2021.

MASSON, C.; MARÇAL, V. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, G. S. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, L. M. Da ascensão do crime organizado no Brasil e a evolução legislativa. Monografia, Graduação, Direito, Centro Universitário de Lavras – MG, 2019, 48f.

Disponível em:

<http://200.216.214.230/bitstream/123456789/249/1/LEANDRO%5b1%5d.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

PLP 470/2018. **Câmara dos Deputados**, 2019. **Disponível em:**

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167919>. Acesso em: 25 mai. 2021.

PL 3231/2020. **Câmara dos Deputados**, 2020. **Disponível em:**

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254937>. Acesso em: 25 mai. 2021.

REGINATO, S. S.; MOREIRA, G. R. M. **O crime organizado no Brasil**. Artigo Científico, Graduação, Direito, Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, 2015, 20f.

RIBEIRO FILHO, S. L. S. A tecnologia à serviço do crime: meios de combate a prática delituosa dentro do sistema carcerário. Artigo Científico, Graduação, Direito, a Escola Superior Dom Helder Câmara, 2020, 12f. **Disponível em:**

<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/x2c7701f/5u1c411w/48pQ6M21ATH22hTu.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

SCHWALBERT, P. A. **A problemática do uso de aparelhos telefônicos pelos presos nos presídios brasileiros**. Monografia, Graduação, Direito, Universidade de Passo Fundo – MG, 2017, 82f. **Disponível em:**

<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/1384/1/CAR2017Paola%20Alexandra%20Schwalbert.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

SENADO. **Projeto de Lei do Senado nº 32, de 2018 (Complementar)**. **Disponível em:**

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132167>. Acesso em: 25 mai. 2021.

SOUZA, A. T. Facções criminosas nos presídios brasileiros: dificuldades de enfrentamento ao crime organizado pelo Estado brasileiro. Artigo Científico, Graduação, Direito, Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita) – PE, 2019, 28f.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). **RHC 122132 AgR**, Órgão Julgador: Segunda Turma, Min.: GILMAR MENDES, Julgamento: 05/08/2014, Publicação: 27/08/2014.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). **ADI 5356 MC**, Min.: EDSON FACHIN, Julgamento: 18/05/2015, Publicação: 20/11/2015.

STJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). **HC 635650 / ES**, Órgão Julgador: Quinta Turma, Min.: JOEL ILAN PACIORNIK, Julgamento: 23/02/2021, Publicação: 01/03/2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL COMO CONSEQUÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA

DAIANA FERREIRA DE OLIVEIRA TEIXEIRA:

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus.

INGO DIETER PIETZSCH¹⁴⁴

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar a guarda e alienação parental. Haja vista que a alienação parental pode decorrer da separação conjugal, traz-se o combate utilizado na legislação, a guarda compartilhada. Expõe-se os tipos de guarda e conceitua-se a alienação parental, como pode ser identificada e as sanções cabíveis, entre outros. Por fim, dado que a alienação parental fere o direito da criança, mostra-se como a guarda compartilhada é utilizada para formar a convivência da harmonia familiar.

Palavras-chaves: Alienação parental, guarda compartilhada, responsabilidade civil.

ABSTRACT: The purpose of this article is to address custody and parental alienation. In view of the fact that parental alienation can result from the separation of the conjugal, the combat used in the legislation, the shared custody is brought. It exposes the types of guard and conceptualizes the parental alienation, as it can be identified and the applicable sanctions, among others. Finally, since parental alienation violates the right of the child, it is shown how shared custody is used to form the coexistence of family harmony.

Keywords: Shared guard. Parental alienation. Best interest of the child and adolescent. Civil responsibility.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 A GUARDA COMPARTILHADA. 2.1 Conceito de guarda. 2.2 Espécies de Guarda. 3 ALIENAÇÃO PARENTAL. 3.1 Conceito de alienação parental. 3.2 Direitos e deveres dos genitores. 4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA. 4.1 Procedimentos. 5.2 Sanções. CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Em virtude dos conflitos entre os genitores em relação a guarda dos filhos, não sendo capazes de definir qual seja o melhor domicílio para eles após o divórcio, dissolução da união estável ou na separação de corpos poderá o juiz determinar a guarda que melhor

¹⁴⁴ Professor orientador do trabalho de curso em direito do centro universitário luterano de Manaus.

atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme o artigo 1.584, inciso II, do Código Civil. Alienação Parental é a atitude manipuladora e egoísta de quem adquiriu traumas e ressentimentos decorrentes do relacionamento, busca privar à presença dos filhos do ex cônjuge, dificultando às visitas e buscando denegrir à sua imagem, invertendo valores éticos e morais do mesmo, forçando-os a fazer “escolhas” entre o guardião e o não guardião, tornando assim impossível haver a convivência harmoniosa entre ambos.

Mesmo havendo tantos meios para evitar que ocorra a perda da convivência entre pais e filhos na dissolução da união dos cônjuges, ainda assim, ocorre em alguns casos, a alienação parental. Como a regulamentação da guarda pode influenciar no crescimento e na manutenção da harmonia familiar, evitando o aparecimento da alienação parental?

Em uma dissolução da união dos cônjuges, o genitor mais fraco emocionalmente tentará influenciar a criança, fazendo-a acreditar que o outro genitor não é uma boa companhia. Este artigo pretende analisar a responsabilidade civil como consequência da alienação parental na regulamentação de guarda. Utilizar-se-á o procedimento técnico e com o método de abordagem dedutivo, visto que o assunto em pauta se trata de direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, haja vista que a guarda acaba sendo vista como uma disputa entre os pais, bem como, a alienação parental negligenciada, em que nem mesmo o paciente consegue identificar essa síndrome tão comum entre as guardas.

Ademais, como fonte de pesquisa ao resultado almejado será feita revisão em artigos, periódicos e livros, alguns da editora Iglu, outros da Saraiva, um no qual se chama Alienação Parental, produzido por Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis, 2ª Edição, do ano de 2014, em que dispõe de uma abordagem complexa sobre a Alienação Parental, explicando sobre esta Síndrome da Alienação Parental e sobre a guarda de forma simples e de fácil entendimento.

Nessa mesma direção de pensamentos, o autor Paulo Lôbo, no livro Direito Civil – Famílias, 4ª Edição, do ano de 2011, relata formas explicativas às situações excepcionais de atribuição da guarda a terceiros, o conceito de famílias e guarda compartilhada.

Verificou-se no livro Impacto da Alienação Parental nas avaliações psicológicas e decisões judiciais, da autora Viviane Malagodi Ciambelli, do ano de 2012, em que explica como se dá o aparecimento da Alienação Parental, verdadeiramente uma afronta ao direito da criança.

A análise dos resultados encontrados na pesquisa ajudará muitas crianças e adolescentes que adquiriram essa síndrome a conhecer melhor os seus direitos e exercê-

los no campo prático, tendo como premissa de estudo ao Código Civil, Constituição de 1988 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

A escolha da área de Direito Civil para realização deste artigo se deu pelo fato de haver diferentes conteúdos abrangentes que podem ser usados para aprofundar ainda mais o conhecimento, desenvolvendo um diálogo com outras áreas de forma a atrair sua atenção e despertar um interesse pessoal sobre o assunto.

De todas os diferentes assuntos dentro da matéria de Direito Civil, Direito de Família é a que mais despertou atenção, diante de sua sensibilidade prática e por envolver um sentimento complexo em cada passo do seu desenvolvimento.

Um fator interessante em relação ao Direito de Família é sua forma inicial de tentar uma conciliação entre as partes. A família é fundamental na sociedade e o operador do direito preocupa-se com a tentativa de unir o elo familiar para evitar sua destruição.

Direito de Família é a forma relevante, que une e separa sem invadir o direito das pessoas envolvidas. Não força uma conclusão para o conflito sem passar pela Justiça caso os envolvidos não queiram uma conciliação, deixando ambos satisfeitos.

Este tema é de extrema importância para a continuação do vínculo familiar sadio, uma vez que os genitores se unem na criação dos filhos, compartilhando o dia a dia e evitando que ocorra a síndrome da alienação parental.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e jurisprudências, têm-se uma perspectiva relevante, totalmente conforme a que pretendo trabalhar, pois fala-se sobre guarda e suas espécies, além da alienação parental, em que vê-se que dependendo da guarda escolhida para os filhos, a alienação parental pode ocorrer. Como fruto da presente pesquisa vislumbrou-se também que a guarda compartilhada instituída pela Lei n. 11.698/2008, decorrente de alterações nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, é a melhor escolha dos juízes porque ela consiste na responsabilidade de ambos os pais, no exercício de direitos e deveres relacionados ao filho. É um excelente meio para que não aconteça a perda do vínculo familiar, pois facilita a aproximação dos pais com os filhos e dificulta o aparecimento da Alienação Parental.

Explica-se de forma simples e de fácil compreensão as sanções que afrontam o direito da criança e do adolescente, que podem ser a advertência e multas do alienador, ampliação da convivência familiar para o genitor alienado, acompanhamento psicológico, alteração de guarda, fixação de domicílio ou até mesmo a suspensão da autoridade parental.

A criança tem o direito de querer estar próximo aos genitores, porém, quando se tem um genitor alienante, isto torna-se difícil. O guardião arranjará uma forma de afastá-la, fazendo-a adquirir sentimento de rejeição ou depressão.

2 A GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada foi instituída pela Lei n. 11.698/2008, decorrente de alterações nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil. A Guarda compartilhada é exercida em igualdade dos pais em relação os direitos e deveres dos filhos, não permitindo que este se tornem objeto para ser guardado, distanciando-o da sociedade, e sim, fazendo com que ele tenha um convívio equilibrado na vida social de ambos, para uma formação adequada no âmbito da união familiar. Pois, mesmo com o divórcio, ele jamais deixará de ser filho.

Esta guarda visa a manutenção da criança e do adolescente em uma residência principal, que será a mais próxima da escola, dos vizinhos e dos amigos, visando respeitar sempre os direitos do menor, pois este tem direito à convivência familiar e comunitária. Não afastando o outro genitor das suas responsabilidades.

Pode-se inferir com Paulo Lôbo que “a guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos”, fazendo dessa maneira com que haja sempre a unidade familiar para o bom desenvolvimento psicológico dos seus integrantes.

Dessa forma, observa-se que a unidade familiar é de extrema importância para o desenvolvimento de uma família equilibrada. Entretanto, com a dissolução do casamento, essa união tende a perder-se, por isso, os legisladores colocaram a guarda compartilhada como opção para preservar o convívio dos integrantes entre si, para que o menor possa ter um desenvolvimento saudável e equilibrado em sua formação. (LÔBO, 2011, pág. 199).

Contudo, ressalta Maria Antonieta Pisano Motta que:

A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer. (MOTTA, 2006, pág. 8).

Os pais, entretanto, são os responsáveis por esse desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos, devendo respeitar o bem-estar deles, mesmo que para isso acontecer tenham que superar as frustrações sofridas no passado, às quais

resultaram no divórcio, dissolução da união estável ou na separação de corpos, para que o convívio com o filho não seja prejudicado.

É importante ressaltar que:

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui. (LÔBO, 2011, pág. 199).

Esse é um dos motivos que faz com que a guarda compartilhada seja um excelente meio para que não aconteça a perda do vínculo familiar, pois facilita a aproximação dos pais com os filhos e afasta o aparecimento da Alienação Parental. As crianças e adolescentes estão em constante desenvolvimento ético, moral e psicológico.

A presença dos pais é de suma importância para este desenvolvimento, pois é a partir do convívio com eles, que os filhos formarão uma personalidade bem estruturada. É do melhor interesse da criança poder crescer em um ambiente familiar saudável onde se sinta amado, pois o abandono afetivo pode trazer danos irreversíveis.

A guarda é exercida passivamente por todo o Estado e Sociedade, não tendo somente os genitores esse dever para com a criança e o adolescente.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 227, com destaque ao papel da guarda para a sociedade, afirma que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, artigo 227).

O Estado é o responsável solidário, pois não age sozinho em casos de omissão da família, tendo o dever de educar o menor e de punir àqueles que venham a praticar atos contrários à moral e aos bons costumes para com eles.

Já a sociedade tem o dever de denunciar abusos que venham a prejudicar o correto desenvolvimento psicológico, físico e social da criança e do adolescente.

2.1 Conceito de guarda

A guarda decorre da paternidade e da maternidade, é o direito de manter consigo os filhos menores, para proteger, cuidar, dar assistência material, moral e educacional a eles, por um ou por ambos os genitores, simultaneamente. A guarda é cabível em casos de separação dos genitores que tem vínculo sanguíneo.

O artigo 33 do estatuto da criança e do adolescente, visa manter o genitor que detém melhores condições, tanto financeiramente como emocionalmente, fazendo com que não falem recursos econômicos para o seu sustento, assim como, carinho e amor, para que o menor possa ter exatamente tudo o que precisa para um crescimento moral, ético e psicológico saudável.

Assim entende-se que:

Antes da dissolução do casamento, a guarda implicitamente está sendo exercida por ambos os pais com relação aos seus filhos menores, exercício este que se dá por meio do poder familiar, contudo, quando ocorre a dissolução do casamento, quer seja pela separação de fato ou pelo divórcio (no caso do casamento), mostra-se necessário definir a quem incumbirá o exercício da guarda, cabendo ao outro o direito de visitas (direito convivencial) ou se a guarda será exercida de forma compartilhada (FIGUEIREDO e ALEXANDRIDIS, 2014, pág. 34).

Para que aconteça a escolha da guarda, primeiro deve ser verificado se a separação de fato ou o divórcio aconteceu de forma amigável, caso tenha sido, poderá ser exercida a guarda compartilhada, por ser a regra no atual sistema. Caso tenha conflitos entre os genitores, o juiz escolherá qual espécie de guarda será adotada e definirá quem será o guardião dos filhos.

2.2 Espécies de Guarda

No ordenamento jurídico atual, existem três espécies de guardas, às quais sejam: a guarda alternada, a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

A guarda alternada, como o próprio nome já diz, é a guarda em que os filhos vão ficar alternando de casa, podendo passar, por exemplo, 15 dias na casa da genitora e os outros 15 dias na casa do genitor, ou, ainda alternando a convivência dos pais mensalmente e anualmente, dependendo do que os genitores decidirem entre si.

Vale ressaltar que esta guarda não exclui a pensão alimentícia, pois quando um dos genitores estiver exercendo a guarda, o outro terá que arcar com todas as despesas.

Importante observar esta jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que vem de encontro ao que pretendo mostrar:

APELAÇÃO – ALIMENTOS – OBRIGAÇÃO DE AMBOS OS GENITORES – GUARDA ALTERNADA – GRANDE PARTE DOS ALIMENTOS PRESTADOS IN NATURA PELO GENITOR – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. 1. A PESSOA OBRIGADA A SUPRIR ALIMENTOS PODERÁ PENSIONAR O ALIMENTANDO, OU DAR-LHE HOSPEDAGEM E SUSTENTO, SEM PREJUÍZO DO DEVER DE PRESTAR O NECESSÁRIO À SUA EDUCAÇÃO, QUANDO MENOR (CC 1.701). 2. TRATANDO-SE DE GUARDA ALTERNADA, NA QUAL PARTE EXPRESSIVA DA NECESSIDADE DOS FILHOS É PRESTADA IN NATURA PELOS GENITORES, A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS DEVE ATER-SE ÀS DESPESAS QUE NÃO PODEM SER PRESTADOS IN NATURA. 3. O SUSTENTO DOS FILHOS É DEVER DE AMBOS OS CÔNJUGES (CC 1.566 IV). 4. NÃO CARACTERIZADA NENHUMA DAS HIPÓTESES ELENCADAS NO ART. 17 DO CPC, NÃO HÁ QUE FALAR EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. 5. DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU E NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO ADESIVO DOS AUTORES. (TJ-DF-APC: 20120111882919 DF 0052026-83.2012.8.07.0001, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 30/04/2014, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/05/2014. Pág.: 121).

Essa guarda não é muito aceita no ordenamento jurídico, pois a criança não possui uma residência fixa, prejudicando-a na formação da sua identidade e gerando um grande transtorno e confusão para elas, impedindo o seu desenvolvimento psicoemocional, pois cada genitor exercerá suas regras de forma autoritária, ficando responsável por todas as decisões a serem tomadas pelos filhos.

A título de exemplo, a mãe não permite que os filhos saiam para festas, e o pai, no outro período de tempo, permite que os filhos saiam. Podendo até mesmo fazer com que tenham preferência em relação a um dos seus genitores, criando em seu psicológico

que o outro não gosta dele por não permitir que ele faça o que deseja, mesmo isto não sendo verdade.

A guarda alternada não está prevista em lei, podendo, entretanto, ser aplicada pelo juiz se esta for a melhor a ser aplicada no caso concretamente apresentado ao judiciário.

A guarda unilateral é o privilégio que um dos pais obtém ao ter a guarda dos filhos de forma exclusiva somente para si, podendo ser definida do mesmo modo que a guarda compartilhada, de acordo com o artigo 1.584 e incisos do Código Civil:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I– Requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II– Decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). (BRASIL, 2002, artigo 1.584)

Quem é guardião tem maior responsabilidade para com os filhos e maior poder familiar para com eles, decidindo na maioria das vezes o que acha ser o melhor para o interesse deles.

Vale ressaltar que a guarda unilateral também poderá ser atribuída a terceiros. Pode-se ilustrar essas situações excepcionais de atribuição da guarda a terceiros, com destaque ao grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade da criança com o escolhido. Veja-se o entendimento de Paulo Lôbo:

Em situações excepcionais, o juiz pode deferir a guarda à outra pessoa quando concluir que a criança não deve permanecer com seus pais. Exemplo, infelizmente ocorrente, é de pais viciados em drogas, sem ocupação regular, com práticas de violência contra os filhos. O § 5º do art. 1.584 do Código Civil oferece alguns elementos para decisão judicial, especialmente o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, que também devem ser observados na dissolução da união estável. Certamente o parente mais próximo presume-se mais indicado para assumir a guarda, mas suas condições e aptidão haverão de ser confirmadas, podendo-se chegar à conclusão de que o mais distante deve ser o escolhido. Afinidade, para o fim de guarda exclusiva, não significa parentesco afim (o que se instaura com os parentes do outro cônjuge), mas inclinação e aptidão para cuidar e conviver com criança (LÔBO, 2011, pág. 196).

Nesse sentido, ressalta-se que, com base no § 5º do art. 1.584 do Código Civil que “se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008) ” (BRASIL, 2002, artigo 1.584).

A criança pode apresentar mais afetividade com parentes por afinidades, que demonstram ter mais habilidades para cuidar delas do que com parentes consanguíneo próximos, ficando ao critério do juiz escolher qual será o melhor interesse da criança nesta situação.

Afinidade, é o vínculo existente entre o cônjuge e os parentes do outro. Como vê-se no artigo 1.595 e parágrafos, do Código Civil:

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º a linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. (BRASIL, 2002, artigo 1.595).

A criança ou adolescente, no entanto, pode ter vínculos de afinidade maior com um tio do que com o pai biológico, por exemplo, devendo neste caso excepcional, ser reconhecido ao tio a paternidade socioafetiva somado aos direitos e deveres advindos da paternidade.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental foi instituída pela Lei n. 12.318/2010, decorrente de alterações no art. 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.1 Conceito de alienação parental

Alienação Parental é a atitude imatura, desesperada, manipuladora e egoísta de pessoas que ficaram com traumas e ressentimentos decorrentes do seu relacionamento anterior.

Ela priva à presença dos filhos do seu ex cônjuge, dificultando às visitas e buscando denegrir à imagem, invertendo valores éticos e morais do mesmo, forçando-os à fazer “escolhas” entre o guardião e o não guardião, tornando assim impossível haver a

convivência harmoniosa entre ambos.

O artigo 2º, caput, da referida lei de Alienação Parental dispõe que:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010). (BRASIL, 2010, artigo 2º).

Este mesmo artigo 2º da lei de Alienação, em seu Parágrafo único, regulamenta diversos exemplos que podem caracterizar a alienação parental, facilitando maior compreensão sobre os atos praticados pelo alienante:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I– realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II– dificultar o exercício da autoridade parental;
- III– dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV– dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V– omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI– apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII– mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010, artigo 2º).

Coaduna-se com essas reflexões o autor Jorge Trindade quando ressalta que a alienação parental, trata-se de um transtorno psicológico que se caracteriza por um

conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um dos seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor (TRINDADE, 2010, pág. 22-23).

Entende-se então que um dos pontos do alienador é agir tentando fazer com que ocorra uma ruptura no vínculo afetivo daquele que não tem o convívio diário, mas pode fazer visitas.

Vale ressaltar, que a síndrome da alienação parental desenvolve-se a partir do medo dos pais em relação a perda da guarda dos filhos e o trauma sofrido no casamento, usando dessa maneira, a parte mais frágil para atingir o seu propósito, qual seja, fazer com que cresça um ressentimento tão forte dos filhos que impeça a sua convivência direta em relação a parte da figura parental.

Por esse motivo, alienam para implantar informações falsas na parte que fica mais frágil no relacionamento, isto é, os filhos.

Conforme Viviane Ciambelli:

Ferido em seu narcisismo, um genitor sente-se no direito de anular o outro e, a partir daí, ou ocupa onipotentemente o lugar do pai deposto junto à criança ou o substitui por uma pessoa idealizada, tornando-a mais valiosa. Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai se desenhando: pais riscam, rabiscam e apagam a imagem do outro genitor na mente da criança. (CIAMBELLI, 2012, pág. 208).

Isso é uma afronta ao direito da criança, pois ao mesmo tempo que ela quer o pai perto, ela não pode tê-lo, pois não quer ser causador de sofrimento para seu guardião, preferindo acreditar nas mentiras contadas, pois é uma fuga da verdadeira realidade, que se torna mais difícil com o passar dos tempos.

Mesmo que ela queira estar perto do genitor, o guardião arranjará uma forma de afastá-la, esse é um dos motivos que pode até levar à depressão e ao sentimento de rejeição.

Dessa forma, deve-se observar cada detalhe do filho, pois esta síndrome se caracteriza no sentimento de culpa do filho para com o seu guardião, ao ponto de repetir tudo o que este fala, e acreditar naquela lavagem cerebral que busca denegrir a imagem do outro.

3.2 Direitos e deveres dos genitores

A Constituição Federal e o Código Civil dispuseram em seu ordenamento jurídico os diversos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos

Os estudos desses ordenamentos jurídicos vêm ao encontro de nossos anseios, no sentido de mostrar que tanto o pai quanto a mãe são responsáveis pelos filhos não importando se estão dentro de um casamento ou divórcio, ambos exercem autoridade para com os filhos buscando sempre o crescimento saudável e moral dos mesmos.

São evidentes as vantagens da guarda compartilhada: prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus dois pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre os adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravesse no processo de separação. (LÔBO, 2011, pág. 201).

Os filhos precisam conviver com os pais, mesmo que de forma alternada, pois é a figura materna e paterna que os farão prosperar, quando atingirem a idade adulta e formarem, dessa forma, o início de uma nova família.

No rol do artigo 226 do §5º da Constituição Federal de 1988 é claro ao dizer que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. (BRASIL, 1998, artigo 226).

No mesmo sentido, o artigo 229 do mesmo ordenamento jurídico dispõe que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (BRASIL, 1998, art. 229).

Já no artigo 1.634 e incisos, do código civil é verificado que:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste

em, quanto aos filhos:

I– dirigir-lhes a criação e a educação;

II– exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV– conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V– conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI– nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII– representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII– reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX– exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2002, artigo 1.634).

Todas essas atribuições do artigo 1.634 do código civil são de suma importância, principalmente a disposta no inciso I, pois é através da criação e da educação que definirá o sucesso ou insucesso deles.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Conforme disposição do artigo 186 do Novo Código Civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002, artigo 186).

Na mesma perspectiva, o artigo 927 dispõe que “Aquele que, por ato ilícito, (art.186 e 187) causar danos a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, 2002, artigo 927).

Os estudos dos artigos 186 e 927 do Novo Código Civil vêm ao encontro do que

pretendo mostrar neste artigo científico, no sentido de que a ação ou omissão, mesmo sendo por culpa ou dolo do agente e a prática de ato ilícito afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, como conceitua Sílvio de Salvo Venosa, ao dizer que “Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”. (VENOSA, 2012, pág. 46).

E completa ao dizer que:

Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinada a cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente. (VENOSA, 2012, pág. 47).

Cavaliere Filho também conceitua o Dano dizendo que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. (FILHO, 2012, pág. 77).

A responsabilidade civil por meio da conduta culposa do alienador, considera que houve dano causado, seja a culpa dolosa ou não. Pois não haveria que se falar em indenização se não houvesse o dano.

O dano ligado diretamente ao agente que praticou ação ou omissão, e ao dano causado pelo agente que cometeu o ilícito, estão ligados pelo nexos causal, fazendo com que o terceiro que sofreu o dano, no caso em questão seria os filhos, possam ingressar com a ação de indenização, responsabilizando quem deu origem a este dano.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X, trata sobre a obrigação de indenizar em casos de danos materiais, morais ou à imagem, assegurando o direito à indenização, quando ocorrer danos.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988, artigo 5º).

Importante observar essas jurisprudências recentes do Tribunal de Justiça, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, para quem causa dano a alguém:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. ALIENAÇÃO PARENTAL.

Embora o juiz seja o destinatário da prova, a ele incumbindo decidir sobre a necessidade ou não da sua produção, nos termos do art. 130 do CPC/73, no caso, a prova testemunhal requerida revela-se essencial ao deslinde do feito, que versa sobre matéria de fato. Cerceamento de defesa verificado. Sentença desconstituída. Precedentes.

AGRAVO RETIDO PROVIDO, PREJUDICADO O APELO. (Apelação Cível Nº 70069620334, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 31/08/2016). (TJ-RS – AC: 70069620334 RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Data de Julgamento: 31/08/2016. Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2016).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA. COMUNICADO DE OCORRÊNCIA POLICIAL REALIZADO COM INTUITO DE DIFAMAR O AUTOR, VINGANÇA CONTRA EX-COMPANHEIRO. REVELIA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS NO CASO CONCRETO DEVIDO À GRAVIDADE DAS INJUSTAS ACUSAÇÕES E A MOVIMENTAÇÃO DESNECESSÁRIA DO SISTEMA JUDICIÁRIO. ABUSO DE DIREITO. - Situação de revelia que não permite dúvida quanto ao dolo e o abuso de direito no comunicado

de ocorrência efetuado pela ré com propósito de difamar o autor, acusando-o de delito de cunho sexual contra criança. Danos morais configurados, pois evidente a mácula a atributo de personalidade daquele que é injustamente acusado e investigado por crime tão grave. Hipótese que ultrapassa o exercício regular de direito. - Quantitativo fixado em patamar singelo, observando os postulados da razoabilidade e proporcionalidade e particularidades do caso, em especial a condição socioeconômica de ambos os envolvidos, bem como se tratar de ilícito que tem como pano de fundo um cenário de desestruturação familiar e rompimento conjugal, onde dificilmente é o valor elevado de uma indenização que cumprirá papel pedagógico na revisão de condutas e apaziguamento de conflitos. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069457117, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 28/09/2016). (TJ-RS – AC: 70069457117 RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Data de Julgamento: 28/09/2016, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/09/2016).

Por evidente, nos casos relacionados a responsabilidade civil, o alienador sofre sanções que variam de acordo com o grau de dano causado ao outro genitor.

4.1 Procedimentos

Observa-se que a lei de alienação parental, em seus artigos 4º e 5º, acompanhado de seus parágrafos, mostra o procedimento que deve ser tomado para que o ato ou a suposição da prática de alienação parental seja diagnosticado.

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

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º. Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou

biopsicossocial.

§1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (BRASIL, 2010, artigo 4º e 5º).

5.2 Sanções

O Estado estabeleceu sanções na lei de alienação parental, visando punir aqueles que praticam alienação parental e afrontam o direito da criança e do adolescente.

A criança tem o direito de querer estar próximo aos genitores, porém, quando se tem um genitor alienante, isto torna-se difícil. Pois este, arranjará uma forma de afastá-la, fazendo-a adquirir sentimentos de rejeição ou até mesmo, depressão.

O artigo 3º, da lei de alienação parental dispõe que:

Art. 3º. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010, artigo 3º).

A alienação parental fere o direito fundamental da criança e do adolescente de ter um convívio sadio com ambos os genitores, podendo levar até mesmo à suspensão do poder familiar.

A suspensão do poder familiar restringe o papel dos pais em relação aos filhos, cabendo ao Juiz ou ao Ministério Público estabelecer esta medida que perdurará

enquanto necessário para os interesses dos filhos.

De acordo com o artigo 1.637 e parágrafo único do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002, artigo 1.637).

A suspensão do poder familiar é uma sanção, sem dúvidas, mais grave, pois a construção da personalidade dos filhos será construída de acordo com o que eles observam nas atitudes dos pais, se o que fazem é negativo, haverá consequências futuras, pois os filhos copiaram os mesmos costumes dos pais.

O alienador prejudica psicologicamente o filho que pode adquirir ressentimentos que levarão ao ódio e rancor, dificultando a liberação de perdão e causando excessos de personalidades múltiplas, violando o direito de personalidade da criança e do adolescente e os direitos do genitor não guardião. Por isso é tão importante estar atento ao comportamento dos filhos, para que possa ser evitado o aparecimento dessa síndrome de alienação parental.

Após a confirmação de que ocorre o ato de alienação parental, o genitor não guardião, na esfera cível, pode promover ação de reparação de danos enquanto é representante legal do menor, ou este, quando atingir a maioridade penal, respeitando seus prazos de prescrição, conforme dispõe o artigo 206, § 3º, inciso V, onde dispõe que "Art. 206, § 3º, V. Prescreve: Em três anos: a pretensão de reparação civil". (BRASIL, 1988, artigo 206).

Na esfera penal, o genitor não guardião pode promover ação contra calúnia, difamação e injúria, com prazo de 3 a 6 meses, conforme artigos 138 ao 140 do código penal.

O artigo 6º da Lei de Alienação Parental é explícito ao mostrar às diversas sanções que podem ser aplicadas ao alienante:

Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou

incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I– declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II– ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador;
- IV– determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V– determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI– determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010, artigo 6º).

O juiz pode aplicar uma ou mais sanções, fica ao critério dele aplicar a punição devida para cada caso concreto.

CONCLUSÃO

Com a exposição do presente artigo pode-se concluir que este tema é bastante discutido, ao ponto de que para descrevê-lo, precisa-se analisar diversas situações de divórcios, em que ocorre a disputa pela guarda dos filhos e onde acontecem as manipulações, iniciando dessa maneira, a alienação parental.

A guarda é o direito dos pais, em relação aos filhos, de dar assistência material, moral e educacional. Tendo, no entanto, várias espécies de guardas, como: a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada. Para melhor atender as necessidades básicas da criança, de ter um lar, amor e carinho.

A guarda unilateral não é vista como a melhor alternativa, quando os pais podem em conjunto cuidar e educar os filhos, pois esta guarda visa a exclusividade de um dos cônjuges para tomar todas as decisões cabíveis aos genitores, excluindo o outro da criação e do convívio familiar.

Em situações excepcionais, o juiz pode deferir a guarda à outra pessoa em que a criança ou adolescente possua afetividade e afinidade, quando concluir que não devem permanecer com seus pais, ocorre nos casos em que os pais são usuários de drogas. A guarda alternada assim como a guarda unilateral, não é uma das melhores alternativas dos juízes, por possuir desvantagens, como por exemplo: dificuldades na formação da identidade da criança por não ter uma residência fixa, tendo que visitar o outro genitor somente em dias marcados, dificultando também o impedimento do seu desenvolvimento psicoemocional, pois deve obedecer ambos os pais em suas regras, mesmo que haja conflitos, pois um dirá para fazer algo que o outro não gosta, e, conseqüentemente o outro fará o mesmo.

A guarda compartilhada tem amplo respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente, privilegiando os interesses das crianças e dos adolescentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e que a continuidade do convívio dos filhos com os pais é indispensável para o desenvolvimento moral, emocional e psicológico da criança.

Por isso, a guarda compartilhada é a regra no atual sistema, pois os pais têm direitos e deveres iguais em relação aos filhos, tendo comum acordo em todas as decisões e regras, podendo, estar presente no crescimento deles. Esse é um dos motivos que faz com que a guarda compartilhada seja um excelente meio para que não aconteça a perda do vínculo familiar, pois facilita a aproximação dos pais com os filhos e afasta o aparecimento da alienação parental.

A alienação parental fere o direito fundamental da criança e do adolescente de ter um convívio sadio com ambos os genitores, além de afrontar aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, podendo levar até mesmo à suspensão do poder familiar, pois o alienador tem vontade de prejudicar e denegrir a imagem do outro genitor, utilizando-se os filhos como meio para que isso aconteça.

Esta atitude do alienador, gera transtornos psicológicos graves ou irreversíveis para a criança, pois ela passa a desenvolver uma visão contrária sobre o outro genitor, fazendo-a futuramente perceber que foi privada de manter contato com um de seus pais e voltar-se contra o alienador.

O alienador prejudica psicologicamente o filho que pode adquirir ressentimentos que levarão ao ódio e rancor, dificultando a liberação de perdão e causando excessos de personalidades múltiplas, violando o direito de personalidade da criança e do adolescente e os direitos do genitor não guardião.

A indenização decorrente da responsabilidade civil só ocorrerá quando estiver

comprovado a ligação do agente, que praticou a ação ou omissão, com o agente que cometeu o ilícito, pois estarão ligados pelo nexos causal, cabendo aos filhos, que sofreram o dano, ingressar com a ação de indenização, responsabilizando quem deu origem a este dano.

A suspensão do poder familiar é uma sanção, sem dúvidas, mais grave, pois a construção da personalidade dos filhos será construída de acordo com o que eles observam nas atitudes dos pais, se o que fazem é negativo, haverá consequências futuras, pois os filhos copiarão os mesmos costumes dos pais.

A guarda compartilhada fará com que ocorra um desenvolvimento ético, moral e psicológico saudável, pois quando os pais colaboram com a criação dos filhos, de forma saudável e harmoniosa, contribuirão para a formação de uma personalidade bem estruturada.

O abandono afetivo pode trazer danos irreversíveis, pois a família é a base do desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. Portanto, havendo a eficácia do Direito de Família e o preenchimento dos pressupostos para a aplicação da melhor guarda, sendo, a guarda compartilhada preferida dos juristas, por não ferir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e preservar a convivência familiar, fazendo com que ocorra harmonia entre os ex-cônjuges, pode-se afirmar que a alienação parental.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05/09/2019.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05/09/2019.

BRASIL, Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 05/09/2019.

CIAMBELLI, Viviane Malagodi. **Impacto da Alienação Parental nas avaliações psicológicas e decisões judiciais**. São Paulo: Iglu, 2012.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. ed. São

Paulo: Saraiva, 2014. Biblioteca Virtual ULBRA. Disponível em: <<http://www.graduacao.niltonlins.br/bibliotecaVirtual.aspx>>. Acesso em: 10/09/2019.

FILHO, Sérgio Cavaleri. **Programa de responsabilidade** civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Biblioteca Virtual Universidade ULBRA. Disponível em: <<http://www.graduacao.niltonlins.br/bibliotecaVirtual.aspx>>. Acesso em: 15/09/2019.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Compartilhando a guarda no consenso e no litígio**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais/IBDFAM, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. I a III.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome da Alienação Parental**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais/IBDFAM, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

GUARDA COMPARTILHADA DURANTE A PANDEMIA: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE PARA A CRIANÇA

LETÍCIA SILVA LIMA: Graduanda do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Teresina-PI.

THIAGO SERRANO PINHEIRO DE SOUZA ¹⁴⁵

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem por determinação analisar os aspectos jurídicos das novas formas de comportamentos familiar trazidos pela pandemia que se iniciou em 2020 mas que continua até os dias de hoje. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica foi desempenhado um estudo em conjunto entre doutrina e legislação e jurisprudência acerca do tema, onde foi possível verificar que comuns acordos precisaram ser feitos a respeito da guarda compartilhada pois em tempos de pandemia compartilhar a guarda de um dia na casa de um genitor e outro dia na casa de outro poderia ocasionar grande risco a saúde da criança e de toda a sua família. Desse modo, por meio deste estudo, chegou-se à conclusão que buscando o melhor interesse para a criança até que a pandemia cesse, o filho no qual tenha pais separados e conseqüentemente tenha que ter convivência com os dois, neste período de isolamento deve se resguardar com apenas um deles, mas não deve deixar de lado o contato emocional, que pode ser substituído o contato físico pelo virtual, por exemplo.

Palavras-chave: guarda compartilhada; criança; pandemia.

Sumário: 1 Introdução. 2 Disposições Gerais sobre o Direito de Família e A guarda compartilhada. 3 A pandemia no Brasil e a reconstrução do Direito de Família. 4 Guarda compartilhada em Tempos de Pandemia. 5 Análise Jurisprudencial a respeito das novas formas de guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse para a criança. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Toda a legislação brasileira precisou ser ajustada em 2020 e em 2021 em decorrência da pandemia, assim como todas as relações e estilos de vida de todos. Desde que o novo vírus entrou no país, a situação passou por grandes mudanças. Entre elas, novos tipos de

¹⁴⁵ Orientador professor do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Teresina-PI. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

trabalho, escolas e relações familiares precisou serem alterados, bem como comportamentos antes considerados como práticas comuns passou a ser adequado a nova realidade.

A primeira pandemia causada por um novo vírus corona foi detectada em na China, em 31 de dezembro de 2019. Desde então, o caso se espalhou rapidamente pelo mundo. Em março, a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu o surto da doença como uma pandemia.

O estado de alerta provocado pela pandemia do coronavírus (COVID-19) e todos os seus impactos físicos, sociais, psicológicos e econômicos têm afetado toda a sociedade mundial em estado de crise real e afetado a edição de medidas de segurança por governos de diversos países.

Na luta contra esta doença, não enfrentamos apenas impactos na saúde, sociais e econômicos, mas também enfrentamos uma série de outras preocupações e comportamentos humanos sem precedentes. Em um momento, não esquecerei nem espero eliminar todos os aspectos afetados pelo COVID-19. No âmbito do direito da família, tem havido preocupações compreensíveis relacionadas aos direitos de tutela e comunicação dos pais e seus filhos que vivem separados.

Por ser um vírus de fácil propagação, a OMS decidiu adotar as chamadas medidas de distanciamento social. Desde então, a realidade do mundo mudou. As pessoas passaram a trabalhar de casa pelo teletrabalho, as escolas foram fechadas crianças, adolescentes e adultos passaram a adotar um novo formato de estudo que foi o em EAD (estudo a distância). Dessa forma, todo o relacionamento interpessoal foi reorganizado, várias medidas foram tomadas, todas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde para que se pudesse controlar o número de pessoas não infectadas para que o vírus não se propagasse, e nem adoecesse muitas pessoas para que assim não resultassem em mais mortes.

Esta pesquisa científica teve como objetivo estudar como ficaram essas relações familiares em especial como ficaram as guardas compartilhadas durante a pandemia e se de alguma forma esse novo comportamento familiar acabou afetando os filhos, por isso se fez importante analisar também o princípio do melhor interesse da criança.

Além disso, o estudo foi dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo discutirá sobre as disposições gerais sobre o direito de família e a guarda compartilhada. O segundo será sobre a pandemia no Brasil e a reconstrução do direito de Família. O terceiro sobre a guarda compartilhada em tempos de Pandemia. E por fim uma análise jurisprudencial a respeito das novas formas de guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse para a criança.

2 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA E A GUARDA COMPARTILHADA

Maria Helena Diniz (2015) traz o conceito de família no sentido técnico sendo ele: “Família é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob mesma direção”.

Nesse sentido, família é considerada como uma ampla gama de conceitos, como o parentesco, ou seja, um grupo de pessoas unidas por laços jurídicos familiares, mas esse grupo não é tratado como uma unidade pacífica. Por causa de seus membros ou de suas relações mútuas, a ordem jurídica concentra-se nisso.

Para Borges (2017) ao nascer o indivíduo é automaticamente inserido em uma instituição social denominada “família”. O novo ser passa a habitar o seio familiar e a viver mediante as regras ali impostas e é do convívio diário que se começa formação dos laços de afeto. Contudo, conforme a evolução da sociedade, o conceito de família também foi se moldando, para que chegasse o mais próximo da realidade possível.

Além disso, o Direito de família é resguardado pela Constituição Federal de 1988, onde:

Depois da implementação desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro a família teve seu direito resguardado de não ter a obrigatoriedade de seguir um modelo padronizado. Pois, tanto o homem como a mulher não podem ser compelidos a contrair matrimônio já que a Constituição Federal afirma que todo cidadão é livre (art. 3º, I, CF/88) se quiserem constituir família, sendo que a imposição do casamento viola a direito a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88). (BORGES, p.09, 2017).

Embora a Guarda Compartilhada tenha se originado na Roma antiga, ela se consagrou de verdade no Reino Unido e foi adotada pelo Brasil, que se expandiu para a França, Alemanha, Portugal e países europeus como Canadá e Estados Unidos no início deste século.

Para Maria Helena Diniz (2015) nada obsta a que se decida pela guarda compartilhada, forma de custódia, mas os pais têm responsabilidades legais sobre eles, ambos os genitores, tendo o outro o direito de visitá-lo periodicamente, mas a responsabilidade legal sobre o filho e pela sua educação seria bilateral, ou seja, do pai e da mãe.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade entre o homem e a mulher conforme é possível observar:

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. (BRASIL, 1988)

Sendo assim, desde o nascimento do filho, a tutela é partilhada no vínculo familiar, devendo a tutela ser exercida igualmente pelos pais desde o momento do casamento ou que vivam sob o mesmo teto.

Para Rosângela Paiva Epagnol (2003) a guarda compartilhada de filhos menores, é o instituto que visa participação em nível de igualdade de genitores nas decisões que relacionam aos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes.

Portanto, sob a tutela comum, ambos os pais têm responsabilidades iguais para a participação diária do menor, incluindo a escolha das atividades extracurriculares e da instituição de ensino que irão frequentar.

Segundo Oliveira (2002) a guarda compartilhada é o conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem por determinação legal ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educacional de um menor de idade, sendo pacífico o entendimento de dever para ambos os genitores, pois é conduta tipificada como delito no Código Penal o abandono material dos filhos por seus genitores.

As características sobre a guarda compartilhada está expressa no Código Civil, que prevê no artigo 1.634:

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL,2002).

Além disso, o art. 1.584 expressa disposições sobre a guarda compartilhada que pode ser unilateral ou compartilhada:

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1o Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6o Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (BRASIL,2002).

Pelo conceito de guarda conjunta e pelo apoio legislativo aos filhos menores, é possível prever com otimismo que o progresso social dessa relação familiar interna, mostrando que os filhos podem coexistir pacificamente em termos de “posse”, onde pais separados sabem crescer com os filhos.

3 A PANDEMIA NO BRASIL E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Conforme o site Saúde (2020) o primeiro caso de Covid-19 foi confirmado no Brasil no dia 26 de fevereiro de 2020. O paciente era um homem que esteve na Itália e se recuperou da doença. Embora tenha ganhado o título de “paciente zero”, ele está longe de ser o responsável pela disseminação da doença no Brasil.

Embora o vírus na Europa seja o responsável pela disseminação do Covid-19 no país, surgiram outras formas possíveis de transmissão. No início da epidemia, a taxa de reprodução do vírus era cerca de 3, ou seja, um indivíduo infectado pode transmitir o patógeno para três pessoas.

Após a implementação da redução da liquidez, a taxa de reprodução do vírus caiu entre 21 e 31 de março, no início do isolamento social. Porém, após a redução, o número voltou a subir devido à queda no cumprimento da segregação.

Santos (2020) afirma que a COVID-19, doença causada pelo vírus SARS-CoV-2, teve seus primeiros casos apresentados na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, na China, no final do ano de 2019. A doença pode apresentar-se como uma infecção branda, podendo também desencadear pneumonia, insuficiência respiratória e até a morte. No dia 23 de janeiro de 2020, foi decretada quarentena na cidade de Wuhan, no entanto, a doença não ficou restrita àquela localidade e espalhou-se, primeiramente, pela China, em seguida, Ásia e, assim, para outros países. No dia 11 de março do mesmo ano, a Organização Mundial de Saúde (OMS) decretou estado de pandemia da COVID-19. Naquela data, já havia mais de 118 mil casos da doença registrados em mais de 100 países e 4.291 mortes.

A pandemia é um termo usado para uma determinada doença que rapidamente se espalhou por diversas partes de diversas regiões (continental ou mundial) através de uma contaminação sustentada. Neste quesito, a gravidade da doença não é determinante e sim o seu poder de contágio e sua proliferação geográfica. (SANAR, 2020)

Também é importante notar que as pandemias têm diferentes conceitos de localidade e popularidade. No que diz respeito às endemias, as doenças encontradas em uma determinada área serão classificadas permanentemente por muitos anos. Por outro lado, quando o número de casos aumenta para o número máximo de infecções e depois diminui, a epidemia é classificada. Os dois são diferentes das pandemias, que ocorrem quase simultaneamente em todo o continente ou ao redor do mundo e é o que está acontecendo atualmente em todo o mundo.

Para Silva Prestes (2020) segundo o dicionário, pandemia significa enfermidade epidêmica amplamente disseminada. Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), uma pandemia é a disseminação mundial de uma doença, ou seja, é quando a doença se espalha por vários países com uma transmissão contínua entre as pessoas.

Sendo assim, a pandemia significa doença com alta contaminação de pessoas, mas o termo não diz respeito à gravidade da doença (que pode ser pouco ou muito severa). É claro, no entanto, que as autoridades e órgãos competentes como a OMS levam também em consideração estes critérios.

Dessa forma, o órgão superior de saúde iniciou ainda no início da pandemia as melhores formas de prevenção e alastramento do vírus orientando os melhores cuidados a serem seguidos, e quando esses cuidados forem aceitos pela população, é possível enfrentar a situação e lidar com ela sem causar grandes prejuízos.

Dentre as orientações recomendadas surgiu o acolhimento ao isolamento social, este é recomendado no contexto da contaminação da comunidade, pois quando a fonte da infecção não pode mais ser determinada e não se sabe quem a infectou a quem.

O isolamento social ajuda a controlar o número de casos na área e também ajuda a controlar para reduzir a propagação da doença, pois restringir a circulação é mais difícil para a propagação do vírus. Países de primeiro mundo por exemplo sofreram muitas perdas, mesmo durante a quarentena.

Se todas as recomendações do órgão de saúde não forem seguidas, será difícil controlarmos toda essa situação.

Rafael Polakiewicz (2020) afirma que ficar em casa em isolamento social é o mais adequado e essas foram as primeiras providências tomadas. Para ele cada lugar em que vivemos, é uma forma de auto expressão. Como professor, ele pode se colocar à frente dos alunos no ambiente de trabalho, mas em seu ambiente pessoal, pode usar livremente outras normas de comunicação, como palavras não recomendadas para uso em ambientes profissionais, que podem levar ao julgamento social.

Arelado a isso, depois da ordem de isolamento social ainda no início da pandemia em março de 2020, muitos questionamentos sobre o direito de visitas e guardas compartilhadas começaram a surgir pois ao passo em que os pais e as crianças tem o direito de compartilhar a guarda e ficar com o pai ou a mãe durante determinado tempo durante a pandemia essa frequência de compartilhamento de dias poderia ser prejudicada, assim como o traslado do filho menor de uma casa para outra poderia colocá-lo em risco ainda mais, sendo assim, no próximo capítulo será discutido como ficou essa situação.

4 GUARDA COMPARTILHADA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Conforme Ângelo (2020) uma das questões ainda mal resolvidas, por exemplo, é a de como fica o direito de visita quando pais separados dividem a guarda dos filhos, considerando que a principal recomendação para conter o avanço da Covid-19 é o isolamento social.

Para Doria (2020) acordos e sentenças de guarda compartilhada costumam estabelecer um regime de convivência que distribui de modo equilibrado o tempo que cada genitor passa com seu filho. Em tempos de normalidade, as crianças e adolescentes se revezam entre a casa do pai e da mãe, passando uma parte da semana com cada um.

Porém, devido à situação atual da pandemia do corona vírus COVID-19, vivemos uma situação de isolamento muito especial, neste caso, a orientação geral é ficar em casa para evitar a propagação ou disseminação da doença.

Mesmo no Brasil, alguns governadores têm tomado medidas muito severas para conter a disseminação do corona vírus, incluindo suspensão das atividades escolares, implementação de teletrabalho em servidores e até fechamento de comércio.

Diante de tais restrições, advertências e incertezas, as pessoas naturalmente passam a questionar a viabilidade de manter a convivência e o compartilhamento, conforme estipulado em contratos ou guarda compartilhada.

Durante o período de quarentena, vários questionamentos foram colocados em evidência: como as crianças podem continuar a circular livremente na casa dos pais? Se os pais apresentarem sintomas de doenças semelhantes ou tiverem sido infectados com o vírus, os pais podem ser impedidos de viver com seus filhos? Como fica as questões relacionadas à questão da guarda compartilhada durante a pandemia?.

Para Doria (2020) o direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar é um direito fundamental, previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que é a lei maior do nosso país. Entretanto, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à saúde, sempre colocando-os a salvo de toda forma de negligência.

O tema da suspensão obrigatória da coexistência do COVID-19 coloca claramente dois direitos básicos em conflito. Por um lado, os filhos gozam do direito à convivência familiar garantido pela Constituição, principalmente com os pais. Por outro lado, cabe aos pais, ao Estado e à sociedade proteger a saúde das crianças com prioridade absoluta. Uma vez que qualquer direito básico não deve se sobrepor completamente a outro direito, uma solução que respeite esses dois direitos tanto quanto possível deve sempre ser buscada.

Com base nesse raciocínio, o tribunal de São Paulo decidiu por dar a guarda para a mãe durante o período de pandemia no caso da criança filha de um piloto de avião, que em razão de sua atividade de risco poderia comprometer a saúde da menor. (CONJUR, 2020).

Diversos acordos e sentenças de guarda compartilhada têm suas regras de convivência norteadas pela rotina escolar das crianças. Com as aulas suspensas e as aulas remotas fora da escola, os pais precisam se reinventar para não deixar as crianças sozinhas e desassistidas em casa enquanto os mesmos trabalham.

Mesmo para quem tem a opção de trabalhar em casa, seja por *homeoffice* ou teletrabalho, são notórias as dificuldades de se trabalhar com a criança presa em casa o dia todo. (DORIA, 2020).

De acordo com o art. 1.853 do Código Civil, “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Logo, para lidar com essas mudanças de rotina impostas pela pandemia, recomenda-se que os pais definam, consensualmente, um regime de convivência específico para esses tempos de quarentena, sempre pensando no melhor interesse das crianças.

Independentemente do arranjo que for proposto, o mais importante é que os pais sejam extremamente responsáveis. Se, por exemplo, um dos pais morar junto com uma pessoa do grupo de risco (idosos, diabéticos, pessoas portadoras de doenças pulmonares ou cardíacas), evidentemente não será prudente estabelecer um regime de convivência que faça com que a criança fique constantemente se revezando entre as casas dos genitores, especialmente se houver necessidade de utilização do transporte público para se fazer o traslado.

Em qualquer caso, na ausência dos pais, os pais podem e devem exercer o direito de conviver “virtualmente” com os filhos através de plataformas como *Skype*, *WhatsApp*, *Hangouts*, etc., de forma a manter o equilíbrio preconizado no artigo 1.853 do Direito Processual Civil. Código.

De acordo com o § 4º do artigo 1.854 do Código Civil, “a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda compartilhada” pode ter como consequência a redução de prerrogativas atribuídas ao genitor que assim proceder. Portanto, medidas drásticas, como afastar forçadamente um filho de um de seus genitores, apenas devem ser adotadas quando a manutenção da convivência apresentar risco real à saúde da criança. (DORIA, 2020)

Por si só, o "entusiasmo excessivo" não deve justificar o rompimento da coexistência de um filho com um dos pais. Vale lembrar que atitudes como "bloquear o contato de uma criança ou adolescente com um dos pais" ou "bloquear o exercício do direito restrito à convivência familiar" podem, inclusive, ser consideradas como parte do comportamento de alienação parental nesta situação. Portanto, se os pais não concordarem em suspender a vida com um deles, o Judiciário acabará por resolver a disputa, o que está previsto no art. Artigo 1.586 do Código Civil.

Não é razoável esperar que acordos de tutela compartilhada ou leis criminais forneçam disposições específicas para situações de pandemia. No Brasil, também não há exigência legal específica para definir como os pais separados devem se comportar durante a quarentena obrigatória.

No entanto, a falta de regras pré-definidas não impede que os pais tenham bom senso, nem estabelece práticas que preservem os melhores interesses de seus filhos durante uma pandemia.

Sendo assim, recomenda-se que nesta grave crise epidemiológica, todos os familiares mantenham a calma, o equilíbrio e o bom senso, procurando sempre encontrar uma solução harmoniosa que priorize e respeite os no melhor interesse de seus filhos, sem ter que recorrer aos tribunais para resolver quaisquer disputas causadas pelo risco da Covid-19.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DAS NOVAS FORMAS DE GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE PARA A CRIANÇA

Com o passar do tempo, as pessoas perceberam que, há muito tempo, a residência permanente de crianças com apenas um responsável é incompatível com o princípio da adequada proteção de crianças e jovens e ao princípio do melhor interesse para a criança.

Em seguida, os juízes começaram a entender todos os requisitos de interação social na perspectiva do modelo jurídico vigente, que é compartilhar o tempo da criança com os dois pais, e que não há diferença nas condições entre os pais, juntamente com adotar sempre as medidas sanitárias e preventivas recomendadas pela OMS e pelas autoridades nacionais para garantir o monitoramento físico de ambas. E assim, os pais dos filhos que dividem a guarda começaram a fazer acordos entre si sem precisar necessariamente passar pela justiça, porém ainda assim alguns casos passaram

Os primeiros precedentes sobre essa temática surgiu ainda no início da pandemia em 2020, como é possível perceber:

O juiz Eduardo Gesse, da 2ª Vara de Família e Sucessões de Presidente Prudente (SP), proibiu que um piloto de avião visitasse a

filha por 14 dias, prazo recomendado para a quarentena. Segundo o magistrado, “em razão da pandemia decorrente da propagação do corona vírus, é realmente recomendável, por força da profissão exercida pelo requerido”, evitar contato com terceiros.

No segundo, a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo estabeleceu o prazo de 14 dias antes que um piloto de avião pudesse retomar a convivência com sua filha. é de extrema importância e deve ser preservada, mas é imprescindível que o convívio ocorra de forma saudável, garantindo que a criança esteja protegida em todos os aspectos. Precisamos de empatia e solidariedade, assim, mostra-se imprescindível que os familiares protejam uns aos outros nesse momento, sem pânico e com responsabilidade”.

Por fim, também foi resolvido por via judicial o caso de um pai que quis permanecer vendo a filha, que tem problemas respiratórios, mesmo depois de passar por aeroportos e voltar de uma viagem internacional. (CONJUR, 2020).

Atrelado a isso, surgiu uma série de tentativas e firmamento de acordos como é o caso a seguir:

Clarissa Campos Bernardo, vice-presidente da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo e Conselheira da OAB-SP, relata que seu escritório teve alguns casos nos quais as partes compuseram pontualmente, dada a situação emergencial.

Um dos acordos envolve uma criança que reside com o pai, que é médico. Como ele está mais suscetível ao vírus, já que faz parte de uma profissão com maior risco de contrair a doença, a criança foi para a casa da mãe.

“Em outro, o pai é médico e tem dois filhos de mães diferentes. Ficou acordado o contato por meio de vídeo, ainda que um dos filhos tenha apenas um ano. O pai está tranquilo com essa restrição, pois sabe que é necessária e transitória”, conta.

Por não haver jurisprudência consolidada sobre o tema, Bernardo afirma que os magistrados devem ser bastante criteriosos ao

analisarem os casos concretos, optando sempre por zelar pelo bem estar da criança quando existir risco de contágio. (CONJUR, 2020).

Examinando as inúmeras ações que foram levadas à justiça, estima-se que diante das circunstâncias especiais atualmente encontradas, pais e mães buscarão consenso para evitar a notória e rapidamente mutante judicialização, pois as novas exigências aumentam a carga sobre os filhos.

No entanto, até o momento, essa prática não foi observada, portanto, o judiciário somente poderá analisar as diversas situações levantadas em torno das questões familiares para sua consideração.

Na jurisprudência foi possível analisar as seguintes jurisprudências acerca do tema:

O juiz Leonardo Bofill Vanoni, da 1ª Vara Judicial da Comarca de Taquari (RS), determinou que as visitas entre pai e filha, uma bebê com menos de um ano de idade, sejam por meio virtual no período em que durar a pandemia de corona vírus.

O magistrado alterou temporariamente a forma de visitação, enquanto perdurar a necessidade de isolamento social. Os pais devem fazer contato por aplicativo que permita a visualização por vídeo, ao vivo, duas vezes por semana, pelo prazo mínimo de 10 minutos.

"Além da questão da amamentação, temos, sobretudo, a situação da pandemia, inserindo-se a criança em grupo de elevado risco. Os cuidados, portanto, devem ser extremos, obedecendo às recomendações da OMS. Se o isolamento social é necessário a jovens adultos e saudáveis, o que se dirá em relação a crianças na primeira infância", ponderou o julgador.

Na decisão judicial, Vanoni afirmou que foram discutidas muitas alternativas para a visitação neste período, a fim de sacrificar em menor medida o direito de convivência dos pais e mães e da própria criança. No caso concreto, em função das restrições impostas pela pandemia, concluiu, a visitação virtual é a melhor opção. *Com informações da Assessoria de Imprensa do Tribunal de Justiça do RS.* (CONJUR, 2020).

Sendo assim, essa foi uma forma de analisar um modelo legal para garantir que o tempo do filho seja compartilhado com os dois pais, portanto, para garantir que o filho viva com segurança, os pais devem cumprir algumas normas, como: 1) Evitar a transferência

de crianças e adolescentes em um curto período de tempo, ou seja, priorizando uma convivência mais concentrada sem rodízio curto e frequente; 2) Verificar a saúde dos pais e principalmente dos filhos; 3) Verificar situações especiais de risco (pais ou parentes engajados em trabalhos básicos; viagens de negócios frequentes ou outros motivos; pessoas em más condições de vida, como comunidades com alto índice populacional e pouco espaço físico); idosos, etc. 4) Se o pai cuida da criança sozinho ou é sustentado por um terceiro (parente ou funcionário); 5) Se a transferência de crianças é realizada por transporte público ou transporte privado, etc.

O Brasil não foi o único país a receber esses questionamentos sobre guarda, a Alemanha, por exemplo vem discutindo o impacto da pandemia sobre a guarda e as visitas dos filhos, principalmente se a própria necessidade de distanciamento social pode justificar a suspensão das visitas dos pais. E, assim como aqui, alguns pais também usam a pandemia para prevenir e / ou impedir o contato próximo com seus filhos (leia-se: cara a cara), enchendo assim o departamento de justiça de processos judiciais.

Em caso apreciado pela 6ª. Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a Corte fixou a residência dos menores com a mãe, estabeleceu as visitas do pai aos sábados, mas suspendeu a visitação até junho passado em virtude das medidas sanitárias a fim de evitar a exposição das crianças a risco de contaminação. Até lá, só caberia contato virtual. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020)

Na mesma linha foi a decisão da Vara de Família e Sucessões de São José dos Pinhais, no Paraná, em que a magistrada suspendeu o contato pessoal (presencial) do pai com a filha enquanto perdurasse a pandemia. Segundo noticiado na mídia, a mãe pediu judicialmente a modificação do regime de visitação no período de aulas online alegando que a criança se mostrava "cansada e indisposta", vez que o genitor a estava visitando em dias consecutivos, como se a menina estivesse de férias. (FRITZ, 2020)

A juíza do caso afirmou que no período de alastramento do vírus não se poderia olvidar que as visitas presenciais deveriam ficar suspensas com vistas à preservação da saúde. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

E dessa forma, buscando sempre resguardar o princípio do melhor interesse da criança, que nas palavras de LAFER (2008) o princípio do melhor interesse da criança não é exceção, bastando sua leitura para perceber a generalidade e abstração de que se está a tratar: o princípio, ao mesmo tempo em que indica claramente a obrigatoriedade de observar o melhor interesse da criança, não descreve as situações ou os fatos que correspondem a tal melhor interesse.

Camila Colucci (2014), explica que para entender melhor o interesse da criança e adolescente é necessário utilizar a origem do seu conceito para posteriormente analisar sua aplicabilidade:

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.

Segundo Gonçalves (2011) o princípio em comento não possui previsão expressa na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente. Os especialistas do tema lecionam que este princípio decorre de uma interpretação hermenêutica, está implícito e inserido nos direitos fundamentais previstos pela Constituição no que se refere às crianças e adolescentes.

É importante lembrar que este instituto tem força de princípio pois está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, caput, aduz sobre os deveres que a família tem para com o menor e adolescente:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988)

Essa proteção está presente também no Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, previsto na Lei 8.069/2013, previsto no art. 3º e 4º, sucessivamente:

A criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando- sê-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990)

Conforme mencionado acima, de acordo com a maioria das decisões judiciais, os princípios em análise estão incorporados no ordenamento jurídico, especialmente no que se refere à tutela de menores e jovens. No entanto, ao decidir sobre a vida e a tutela dos

menores, ainda existem muitos problemas que carecem de explicações sociais, e essas explicações sociais são precisamente os seus melhores interesses essenciais.

Sendo assim, visando sempre o melhor para a criança que significa proteção a sua vida, saúde e integridade, os tribunais e os próprios acordos entre os pais, que durante a pandemia o filho que tenha a guarda compartilhada fique com um dos pais, até que volte à normalidade ou até que tenha queda nos casos de infecção do vírus, além disso, esse afastamento do filho com um dos genitores em nada impede seu distanciamento, pois como mencionado neste presente artigo existe hoje uma série de mecanismos virtuais que garantam a comunicação destes.

De acordo com Simão (2020) haverá efetivamente o rompimento (temporário, provisório) trágico do contato entre pais e filhos ou avós e netos. Não tendo portanto outra alternativa para esse momento de pandemia. O contato virtual é o mecanismo mais adequado neste momento de pandemia, para que não haja rompimento de vínculo já criado.

6 CONCLUSÃO

A pandemia Covid-19 mudou comportamentos e estilos de vida, não apenas porque a transmissão pode ocorrer de pessoa para pessoa, mas também por meio da exposição a superfícies onde o vírus pode sobreviver por um período de tempo. Esta doença ainda pode afetar todas as faixas etárias, desde crianças até idosos. Todas essas pessoas infectadas podem infectar outras imediatamente, e o isolamento social é uma escolha necessária para evitar essa infecção.

Sendo assim, analisando o distanciamento social trago pela pandemia surgiu com ele o questionamento sobre o equilíbrio entre o exercício da tutela e a comunicação entre pais e filhos. Neste ponto, os pais precisam encontrar as prioridades dos filhos que trouxeram ao mundo, e ambas as partes têm a obrigação constitucional de respeitar tudo.

Os pais passam a seres responsáveis durante toda a pandemia a estabelecerem em comum acordo a preferência da guarda para um dos responsáveis durante um determinado tempo, e com isso a pausa nas visitas como antes ocorria. A data e agenda acordada ou ordenada na decisão judicial ou em comum acordo, não restringe a coexistência e comunicação dos pais do outro progenitor. Não há precedentes na história dos precedentes no mundo, e nenhum autor de qualquer teoria pode prever e prever as consequências jurídicas do exercício do poder familiar no alerta à saúde, colocando pessoas em risco.

Portanto, tendo em vista as novas medidas preventivas e as evidências da propagação do vírus, os pais devem respeitar o sistema de tutela e comunicação em princípio, e cumprir as datas e procedimentos costumeiros locais, e, portanto, chegarem a um acordo para proteger os direitos e saúde de todos, principalmente dos filhos.

Portanto, de acordo com esta pesquisa, os fatos comprovaram que é necessário se adequar com a nova realidade implementada pela pandemia, com isso analisando o melhor interesse da criança, os pais devem observar a saúde dos filhos e priorizarem a guarda para um dos genitores até que a pandemia se estabilize. O sucesso desse comportamento depende não apenas do acordo físico do afastamento e da importância de se evitar essa doença, mas também de um entendimento mais profundo do que ela representa, de valor inevitável para o futuro de toda família.

Independentemente da solução acertada, é importante garantir que a vida familiar não seja muito sacrificada, e que o pai que não estiver com a guarda de seus filhos devem manter contato regular com eles, mesmo virtual ou por telefone, para não suspender contato físico, o vínculo emocional neste momento não precisa ser enfraquecido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELO. Tiago. **Sem marco legal para a guarda dos filhos pais resolvem em acordo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/fica-guarda-compartilhada-tempos-coronavirus>. Acesso em 09 de Março de 2021.

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 de Março de 2021.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002- código civil brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 de Março de 2021.

BORGES. Gabriella Carvalho. **Histórico do Direito de Família Brasileiro no ordenamento jurídico Brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56158/historico-do-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 02 Abril de 2021.

COLUCCI, Camila. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro.** Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/pt-br.php>. Acesso em 12 de Maio de 2021.

CONJUR. **Pai deve fazer visita virtual.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/rs-pai-separado-visita-virtual-filha-pandemia>. Acesso em 02 de Abril de 2021.

CONJUR. **Piloto é proibido de ver a filha.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-19/piloto-proibido-ver-filha-conta-risco-coronavirus>. Acesso em 02 de Abril de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 30ª ed. V.5. São Paulo: Saraiva, 2015.

DORIA, Isabel. **Guarda compartilhada em tempos de pandemia.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+de+COVID-19#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20art,e%20os%20interesses%20dos%20filhos%20e%20%9D>. Acesso em 30 de Março de 2021.

JUSTIÇA suspende visitas presenciais de pai a filhos em razão do coronavírus. Jornal de Brasília, 24/4/2020. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/noticias/brasil/justica-suspende-visitas-presenciais-de-pai-a-filhos-em-razao-do-coronavirus/>. Acesso: em 12 de maio de 2021

JUÍZA suspende visitas de pai à filha sob cuidados da mãe durante a pandemia. Jota, 08.05.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/juiza-suspende-visita-de-pai-a-filha-sob-cuidados-da-mae-durante-a-pandemia-08052020>. Acesso em 12 de maio de 2021.

LAFER, Celso. **Filosofia do Direito e Princípios Gerais.** In: O que é a filosofia do direito? Barueri: Manole. p. 57.

OLIVEIRA, J. M. L. L. **Guarda, Tutela e Adoção.** Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2002.

PRESTES, Cristiano. **O que é uma pandemia e porque é necessário o isolamento social.** Disponível em: <https://www.uninter.com/noticias/o-que-e-uma-pandemia-e-porque-sao-necessarios-o-isolamento-social-e-a-quarentena>. Acesso em 13 de Março de 2021.

POLAKIEWICZ, Rafael. **Corona Vírus e isolamento social em tempos de pandemia.** Disponível em: <https://pebmed.com.br/coronavirus-isolamento-social-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em 24 de Março de 2021.

SAÚDE. **Como o corona vírus chegou no Brasil.** Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/grande-estudo-mostra-como-o-coronavirus-chegou-e-se-espalhou-pelo-brasil/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

SANAR SAÚDE. **Pandemias na História: o que há de semelhante com o novo Covid-19.** Disponível em: <https://www.sanarmed.com/pandemias-na-historia-comparando-com-a-covid-19>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **"Pandemia"; *Brasil Escola*.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/doencas/pandemia.htm>. Acesso em 02 de Abril de 2021.

SILVA. Felipe Margazão. **Direito de Família e pandemia: tempos de reflexão e transformação.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324495/direito-de-familia-e-pandemia-tempo-de-reflexao-e-transformacao>. Acesso em 01 de Abril de 2021.

SPAGNOL, Rosângela Paiva. **Filhas da mãe: uma reflexão à guarda compartilhada.** *Júris síntese millenium*. v. 44, nov. - dez. 2003.01 CD-ROM.

SIMÃO. José Fernandes. **Direito de família em tempos de pandemia.** Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1405/Direito+de+fam%C3%ADlia+em+tempos+de+pandemia%3A+hora+de+escolhas+tr%C3%A1gicas.+Uma+reflex%C3%A3o+de+7+de+abril+de+2020>. Acesso em 05 de Abril de 2021.

ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

MARCELO LIMA DE MELO:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus- CEULM-ULBRA

RESUMO: Os casos mais frequentes de Alienação Parental resultam da ruptura da vida conjugal e um dos cônjuges tende a desenvolver comportamento vingativo, domesmo modo, também são considerados os casos em que o alienador seja outro membro da família ou responsável jurídico, buscando romper o vínculo afetivo entre o filho e o cônjuge alienado. O filho é utilizado como instrumento de agressividade, o que leva a uma série de descumprimentos de normas relacionadas à criação e educação do menor, uma vez que este se encontra em idade de formação de princípios e caráter, se espelhando nas atitudes de seus genitores ou responsáveis. Com isso, pergunta-se: De que maneira a Alienação Parental viola os aspectos morais e psicológicos do menor, isto é, da criança ou do adolescente? Sendo este o objetivo geral do presente trabalho, tendo como objetivos específicos a exposição de conceitos e terminologias fundamentais para a compreensão da Síndrome da Alienação Parental – SAP. A metodologia utilizada denomina-se como Método Dedutivo, utilizando-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial para desenvolvimento do tema. A fundamentação teórica foi baseada na Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318 de 2010), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990) e a Constituição Federal de 1988.

Palavras – chave: Alienação Parental. Criança e Adolescente. Família. Consequência Psicológica.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. FAMÍLIA - 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA - 2.1.1 O Direito Romano - 2.1.2 O Direito Canônico - 2.1.3 Pós-Modernidade - 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O DIREITO DE FAMÍLIA - 3.1 PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - 3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR - 3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS - 3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR - 4. A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL - 4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA - 4.2 CONCEITO - 4.3 ATOS QUE CARACTERIZAM A ALIENAÇÃO PARENTAL - 5. A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL – LEI 12.318/2010 - 5.1 COMENTÁRIOS À LEI - 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS - 7 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade a família passou a caracterizar-se pelo pluralismo do seu conceito, abrangendo outras formas de reconhecimento do vínculo familiar, tais como a família monoparental, união estável, casamento e a união homoafetiva.

A constatação da prática da Alienação Parental é determinada pela Lei nº

12.318 de 2010, criada especificamente para definir seus sujeitos, suas formas de identificação e seu trâmite processual, buscando garantir proteção ao convívio familiar.

A dissolução da entidade familiar, havendo filhos e ocorrendo de forma conflituosa gera danos à criança ou adolescente, visto que a prática da Alienação Parental está ligada ao propósito do genitor alienante de romper o vínculo afetivo entre a prole e o genitor alienado.

Desta forma, o presente estudo foi construído visando responder a seguinte pergunta: De que maneira a Alienação Parental viola os aspectos morais e psicológicos do menor, isto é, da criança ou do adolescente? Caracterizando-se como o objetivo geral deste trabalho.

Os objetivos específicos resultam na exposição dos conceitos e terminologias fundamentais associadas à Síndrome da Alienação Parental – SAP, assim como focar na figura do menor após o rompimento do vínculo matrimonial de seus genitores.

O estudo da Alienação Parental é considerado recente, em razão de ter início nos anos 80 pelo Professor Alan Gardner, todavia sempre esteve presente na sociedade, entretanto não era rotulada como uma espécie de violência psicológica. Dessa forma, seu estudo despertou maior preocupação quanto à integridade e desenvolvimento psicológico do menor, incentivando a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o princípio mais importante assegurado pela Constituição Federal.

No primeiro capítulo há uma análise quanto à evolução histórica da família, começando pela titulação da sociedade patriarcal na Roma Antiga, o reconhecimento do casamento entre homem e mulher perante a igreja no Direito Romano e o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges junto com a busca constante pela felicidade na Pós-Modernidade. Há também uma análise da evolução do conceito de família, pontuando as características centrais e os meios de dissolução das entidades familiares.

O segundo capítulo é destinado aos princípios constitucionais que regem o direito de família no âmbito brasileiro, possuem como objetivo orientar, condicionar e iluminar a interpretação das normas jurídicas, preservando e garantindo os direitos fundamentais da família.

No terceiro capítulo trataremos a análise da evolução histórica, do conceito da Síndrome de Alienação Parental e a diferença deste com a Alienação Parental, visto que apesar de possuírem a mesma nomenclatura, possuem significados distintos. Há também o reconhecimento dos sujeitos, sendo estes o genitor alienante, o genitor alienado e o menor alienado.

Está presente o rol taxativo, conforme o artigo 2º da Lei nº 12.318 de 2010, referente aos atos que caracterizam a Alienação, tal como uma análise a respeito dos efeitos e consequências para a criança ou adolescentes.

O quarto capítulo é destinado à Lei nº 12.318 de 2010, promulgada no dia 26 de Agosto, alterando o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Nesta Lei encontramos o conceito, o reconhecimento dos sujeitos, dos atos que caracterizam a Alienação Parental e o trâmite processual, apontando o papel do Juiz e do Ministério Público por haver o interesse do menor.

Quanto à Metodologia empregada, foi utilizado o Método Dedutivo, onde será feita uma revisão doutrinária quanto "Alienação Parental: A Síndrome e o Prejuízo à integridade psicológica do menor" e jurisprudencial, onde serão comentados casos concretos sobre o referido tema.

2. FAMÍLIA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

2.1.1 O Direito Romano

Os modelos de família adotados no Brasil têm origem Romana, sofrendo ao longo do tempo influência e estruturando-se com base no modelo Grego. A Roma Antiga fez-se o momento histórico onde foram criadas normas que reconheciam a família como uma sociedade patriarcal, onde o pai é designado como o chefe, comandando os demais membros do grupo.

A desigualdade entre o homem e a mulher era percebida dos mínimos aos grandes detalhes, as damas não contavam com capacidade jurídica ou direito de possuir bens, apenas era permitida a prática dos afazeres domésticos, dependendo da total autorização do marido. Naquele tempo, enquanto algumas atitudes, quando praticados por mulheres, eram tipificadas como crimes, para os homens eram motivo de honra, como o exemplo do adultério.

2.1.2 O Direito Canônico

Diferente do Direito Romano, o Direito Canônico foi marcado pela instituição da família através das cerimônias religiosas, visto que esta época foi caracterizada pelo surgimento do cristianismo.

O casamento passou a ser reconhecido pela sociedade como a união entre o homem e a mulher realizada através da livre e espontânea vontade e de forma indissolúvel, isto é, somente a morte poderia separar a união.

Nesta época houve o fortalecimento espiritual, a igreja passou a interferir em questões familiares como o adultério, onde esta prática passou a ser julgada como errada perante os olhos de Deus, sendo exercida de forma discreta pelos homens, evitando o julgamento da sociedade.

O papel da mulher ainda era limitado aos afazeres domésticos e aos cuidados e educação dos filhos, enquanto a liderança da família era preservada ao marido, assim como cabia a ele o cargo de chefe da religião doméstica, possuindo como atributos vender seus filhos ou matá-los.

No Direito Canônico nasceu o conceito de família como a sociedade formada pelo casamento religioso e pela presença do afeto, mantendo o pai como a figura principal do grupo e a mãe responsável pelos afazeres domésticos e educação da prole.

2.1.3 Pós-Modernidade

Um ponto diferente dos demais momentos históricos é a igualdade entre homens e mulheres no casamento, onde o homem deixou de ter o papel exclusivo de chefe da família. Não há dúvidas quanto às conquistas femininas que já ocorreram com o passar do tempo como o direito de votar e o ingresso no mercado de trabalho, por exemplo.

A família da pós-modernidade possui como principal característica o afeto entre seus membros e a busca constante pela felicidade, pois neste mundo impiedoso, marcado pela ganância e busca pelo sucesso, ter um lar que tenha afeto e amor se torna algo tão importante quanto conquistas financeiras e de status.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O DIREITO DE FAMÍLIA

Segundo Lobo (2013, apud FLÁVIO TARTUCE et al., 2013):

Liberdade, justiça, solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (artigo 3º, I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo, são valores fundamentais da família brasileira atual, como lugar para

concretização da dignidade da pessoa humana de cada um dos seus membros, iluminando a aplicação do direito.

Na Constituição Federal de 1988 estão presentes diversos princípios tangenciando o ápice do sistema normativo, uma vez que estes são apreciados pela capacidade de orientar, condicionar e iluminar a interpretação das normas jurídicas. No ramo do direito de família, o texto constitucional tem por objetivo preservar a família e garantir seus direitos fundamentais.

3.1 PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito de Família é o ramo do Direito Privado com maior intervenção e atuação do princípio da dignidade humana, também denominado como superprincípio ou princípio máximo. Detêm o objetivo de garantir o desenvolvimento dos componentes do núcleo familiar, sendo previsto na Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III:

Artigo 1º/CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Segundo Berenice Dias (2009, p. 61), quanto ao referente princípio:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

A Constituição Federal busca garantir o direito da dignidade perante os institutos sociais, ansiando a igualdade perante a sociedade, tornando esta mais solidária e justa. Desta forma, as famílias possuem condições iguais na criação dos

filhos, ficando assegurados os direitos básicos como saúde, educação, alimentação e moradia.

3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade familiar tem como propósito, conforme artigo 3º, I, da Constituição Federal, constituir uma sociedade livre, justa e solidária. Esta solidariedade

abrange a harmonia entre os membros do núcleo familiar, havendo afeto, cuidado, proteção e cooperação mútua entre eles.

Compete ao Estado, junto com a família, assegurar à criança ou adolescente um ambiente familiar e psicológico saudável, através de dispositivos que responsabilizam qualquer tipo de violência, e incentivar a cooperação entre os membros do núcleo familiar, estes dispositivos estão fundamentados nos artigos 226e 227 da Constituição Federal.

Artigo 3º/CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

[...]

Artigo 227/CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

A Carta Magna determina que não exista desigualdade entre a filiação, seja ela havida da relação matrimonial ou adotiva, isto é, os filhos possuirão os mesmos direitos, qualificações e deveres, conforme artigo 227, §6º. Deve ser levado em conta o princípio constitucional da isonomia ou igualdade em sentido amplo, previsto no artigo 5º, *caput*, o qual assegura que todos são iguais perante a lei, sendo a única diferença entre os filhos é o modo como passaram a ser reconhecidos juridicamente.

Artigo 227, §6º/CF: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[...]

Artigo 5º/CF: 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.

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS

Da mesma forma que existe a igualdade entre os filhos, a lei reconhece a igualdade entre os cônjuges como uma sociedade convivencial instituída a partir do casamento ou reconhecimento da união estável, conforme os artigos 226, §5º que menciona “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” e 5º, I, da Constituição Federal que alude “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

O reconhecimento da igualdade entre cônjuges é uma conquista social, uma vez que a mulher vem buscando autonomia antes mesmo da Roma Antiga, quando foi reconhecido pela primeira vez o conceito de família. A figura de um cônjuge acima do outro some, dando lugar à cumplicidade, direitos e deveres iguais quanto aos assuntos referentes ao lar.

3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR

Este princípio surge da premissa de igualdade entre os cônjuges e companheiros, podendo ser exercido tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, tornando-se possível a participação dos filhos no opinado. Este regime possui como característica o companheirismo e colaboração, excluindo a figura do chefe de família.

No Código Civil Brasileiro, este princípio é encontrado nos incisos III e IV do artigo 1.566, mencionando os direitos do casamento e a assistência mútua, junto com o respeito e consideração. A forma desse exercício igualitário está presente no artigo 1.634, onde é apresentado um rol taxativo.

Artigo 1.566: São deveres de ambos os cônjuges:

- III – Mútua assistência.
- IV – Sustento, guarda e educação dos filhos.[...]

Artigo 1.634: Compete a ambos os pais, qualquer que seja sua situação, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I – dirigir-lhes a criação e a educação;

- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casamento;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição;

3.5 PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO OU DA LIBERDADE

O princípio da não intervenção ou da liberdade está relacionado ao princípio da autonomia privada, conhecida como liberdade, uma das principais características do ser humano, encontra-se previsto no artigo 1.513 do atual Código Civil Brasileiro, que lega “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Neste princípio, deve-se observar a presença do Estado, uma vez que este não pode intervir coativamente nas relações familiares, mas poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar, por exemplo, onde Este proporciona recursos científicos e educacionais para a prática desses direitos.

4. A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Sempre houve a presença da alienação parental na sociedade, porém esta prática nunca foi vista como uma violência psicológica, já que anteriormente os papéis parentais eram bem divididos quando tratava-se da separação e guarda dos filhos. Não havia um estudo aprofundado ou uma preocupação com a integridade psicológica dos envolvidos, situação esta que veio a mudar com a evolução da sociedade e seus costumes.

A alienação parental tem início com a ruptura da vida conjugal e no momento em que um dos cônjuges não a supera emocionalmente de maneira adequada, resultando em sentimentos como rejeição, raiva e traição por exemplo. Desse modo, o cônjuge alienante passa a comprometer a imagem do ex-parceiro, levando o filho a criar memórias falsas ou rejeição ao genitor alienado.

Os estudos aprofundados destas consequências psicológicas, na vida da criança ou do adolescente, passaram a ter a devida seriedade na década de 1980, pelo professor psiquiatra infantil Richard Alan Gardner, onde foram realizados seus primeiros estudos sobre o tema nos Estados Unidos e através deles, estabeleceu parâmetros para solucionar questões que envolvem esse tipo de violência psicológica.

Deve-se observar que a comunidade científica não reconhece este fato como uma verdadeira “síndrome”, o que leva a necessidade de realização de mais pesquisas na área. A Lei nº 12.318 de 2010 trata da alienação parental e não da síndrome em si, nomeando uma série de sinais e sintomas que estão presentes na criança ou no adolescente que está programado para repudiar ou rejeitar um dos genitores ou membros da família.

4.2 CONCEITO

A criança e o adolescente têm o direito de um convívio familiar saudável, antes ou depois da separação dos pais, todavia quando ocorre esta separação de maneira conflituosa e a guarda do menor, quando conferida a um dos genitores, não satisfaz o outro genitor, resulta na intervenção na convivência com o menor. Assim sendo, a Alienação Parental é o ato do pai alienante ou responsável legal, de moldar a criança ou adolescente para que este odeie um de seus genitores sem justificativa eminente.

A Lei nº 12.318 de 2010, no artigo 2º, conceitua o ato da alienação parental:

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

Segundo Jorge Trindade (2007):

Trata-se de um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante

diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança que odeie um dos seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa natrajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

A Alienação Parental desperta de um lado um voto de cumplicidade e aceitação do comportamento do genitor alienante, de outro, estas posturas são caracterizadas com chantagem e manipulação, causando sentimentos de culpa e de revolta, quase sempre de forma inconsciente. Como resultado desta violência psicológica, estão presentes as vocações a atitudes antissociais, violentas ou criminosas e a psicológicas como depressão ou suicídio e quando atingido a maturidade, o remorso pelo desprezo do genitor ou parente.

A lei 12.318/10, em seu artigo 3º, afirma que a alienação parental fere o direito fundamental à convivência familiar, garantia a qual, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 226, assim como no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.3 ATOS QUE CARACTERIZAM A ALIENAÇÃO PARENTAL

Estes atos, apesar de deterem o mesmo objetivo de vingança, são silenciosos e de difícil identificação, uma vez que variam conforme a personalidade do genitor alienante. Com a finalidade de evitar lacunas, o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 12.318 de 2010 menciona formas de identificar atos praticados diretamente por qualquer guardião que caracterizem a alienação parental:

- I- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II- Dificultar o exercício da autoridade parental;
- III- Dificultar contato de criança ou adolescente com o genitor;
- IV- Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - Apresentar falta denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Dentre outros modos de manifestação da Alienação Parental, são frequentes os xingamentos, insultos, menções de defeitos no modo de criação e educação do genitor alienado, apresentação do novo cônjuge ou companheiro como “novo pai/mãe”, proibição o filho de usar roupas ou presentes ofertados pelo genitor alienado, culpar o genitor pelo comportamento dos filhos e ameaças frequentes com mudança drástica de residência.

5. A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL – LEI 12.318/2010

A Lei de Alienação Parental foi promulgada no dia 26 de Agosto de 2010, tendo origem do Projeto de Lei nº 4.053/08, de autoria do Deputado Federal Regís de Oliveira, vindo alterar o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Esta Lei, como cita em seu artigo 1º, refere-se “sobre a alienação parental”, prática da implantação das falsas memórias e a tentativa de rompimento do vínculo afetivo entre a criança ou adolescente e o pai alienado, interferindo negativamente nas relações de filiação.

5.1 COMENTÁRIOS À LEI

O primeiro passo é conceituar e identificar os sujeitos da Alienação Parental no artigo 2º da Lei que e no seu parágrafo único apresenta o rol exemplificativo de condutas que configuram a alienação. O legislador inclui ao conceito de alienação parental qualquer tipo de conduta que prejudique o relacionamento da criança ou adolescente com um de seus genitores.

Neste mesmo artigo são determinados também os sujeitos da alienação parental, divididos em genitor alienante, genitor alienado e menor alienado. Há uma falha na legislação quanto à abrangência dos genitores alienados, uma vez que deixam de considerar a figura de um pai adotivo ou detentor do poder familiar como vítimas desse ato.

A convivência familiar como direito fundamental da criança, aquela garantia prevista na Constituição Federal, em seu artigo 226, e no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, em seu artigo 19, está previsto no artigo 3º desta Lei. Segundo este artigo, qualquer

descumprimento dos deveres atribuídos ao poder familiar, resulta em abuso moral perante a criança e o adolescente.

A necessidade da proteção da criança e do adolescente quanto à convivência familiar, possui foco no desenvolvimento de valores éticos, morais e cívicos, para melhor encaminhamento a vida adulta. Como se sabe, o laço afetivo criado no âmbito familiar é de grande importância para o desenvolvimento da personalidade da criança, motivando que ao longo do tempo fossem criadas diversas normas que assegurassem o direito à criança ou adolescente, a um lar.

Deve-se considerar que a concepção da instituição familiar se limita à unidade de pais e filhos, mas engloba parentes próximos que possam ter laços de afinidade com a criança ou adolescente. Com isso, aquele que prejudica a relação entre menor e algum dos pais ou com o grupo familiar, está praticando abuso moral contra a vítima, além de descumprir os deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente do exercício da guarda ou tutela, exemplo que ocorre nas famílias substitutas.

Perante a seriedade da violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, foram criados procedimentos e instrumentos processuais com a finalidade de preservar a integridade do menor e visar a reaproximação com seu genitor. O artigo 4º traz o princípio da proteção integral, atuado através do Ministério Público, pois há o interesse do menor, utilizando-se caso necessário de medidas urgentes para preservação da integridade psicológica do alienado, garantindo a mínima visitação.

Para que seja designado o caráter de urgência, deve haver demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para que, através deste ato, ocorra a reaproximação da criança ou adolescente com o pai alienado.

Fumus boni iuris é o sinal ou indicio de que o direito pleiteado existe de fato, com isso, não há a necessidade de provar a sua existência, bastando a mera suposição de verossimilhança; enquanto o *periculum in mora* se caracteriza com o receio que a demora da decisão judicial cause um dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado, neste caso, o vínculo afetivo entre a criança e o adolescente com seu pai ou mãe vítima da alienação parental, não deixando de mencionar a integridade psicológica destes. Tais requisitos são indispensáveis para a proposição de medidas com caráter de urgência.

Art. 4º Declarado indicio de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive

para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Após o momento de urgência, o juiz, se julgar necessário, determinará uma perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme menciona o artigo 5º da lei de alienação parental.

O laudo pericial será baseado na avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme solicitado pelo juiz, compreendendo de entrevista pessoal com as partes, exame de documento dos autos, análise do histórico de relacionamento do casal e da separação, montagem do quadro cronológico de incidente, realização da avaliação de personalidade dos envolvidos e exame da maneira como a criança ou adolescente se comporta acerca da eventual acusação contra o genitor.

Esta perícia deve ser realizada por um profissional ou por uma equipe multidisciplinar certificados, exigindo aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental, previstos no artigo 2º da lei, já mencionada anteriormente. O laudo deve ser apresentado em até 90 dias, podendo ser prorrogado somente via autorização judicial com sua referida justificativa.

Art. 5º. Hâvendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Conforme menciona o artigo 6º da lei de alienação parental, com o presente laudo psicológico ou biopsicossocial, o juiz realizará pronúncia a respeito da configuração ou não da alienação parental. Caso seja confirmada, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo de responsabilidade civil ou criminal, tomar as seguintes condutas:

Artigo 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - Estipular multa ao alienador;
- Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão.
- Determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - Declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

O artigo 7º estabelece a imputação da guarda e sua possível modificação, levando em consideração o melhor interesse do menor. É determinado que no momento em que a guarda compartilhada for inaceitável, a mesma deva ser concedida ao genitor que mostre ser mais flexível à possibilidade de facilitar o convívio da criança com o outro genitor.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Há ainda a possibilidade de alteração do domicílio da criança, conforme menciona o artigo 8º da lei, assegurando ser irrelevante para a determinação de competência relacionada às acusações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de uma decisão judicial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal reconhece a família como instituto essencial para o convívio em sociedade para a criança e adolescente, aqueles que não possuem personalidade e capacidade de discernimento formados, dependendo da família e do Estado para terem seus deveres e direitos fundamentais assegurados, ocasionado a criação da Lei nº 12.318 de 2010.

Após compreender a existência de entidades familiares e sua possível dissolução, esse rompimento nem sempre ocorre de forma amigável, o que resulta no nascimento de sentimentos como vingança, abandono e rejeição, por exemplo. Com isso, a dificuldade em lidar com uma separação, favorece a incidência da Alienação Parental.

A Síndrome caracteriza-se com o sentimento de repulsa do menor pelo pai alienado, havendo falta de interesse em manter o vínculo afetivo. A presença dos pais na vida dos filhos é de suma importância para o desenvolvimento saudável de sua personalidade, uma vez que os pais são vistos como exemplos para sua prole.

Esta Alienação possui graus que classificam a gravidade que se encontra a criança ou adolescente, a partir deste pressuposto surge a necessidade do zelo da integridade psicológica do menor alienado.

Ao reconhecer a presença desta violência psicológica, são adotadas medidas para a preservação dos aspectos emocionais, psicológicos e físicos, como por exemplo, a mudança da guarda unilateral para a compartilhada e o estabelecimento de visitas regulares.

A criança é a principal vítima da Alienação Parental, uma vez que esta é caracterizada como objeto de vingança para afetar o genitor alienado. Com isso, há a tentativa de rompimento do vínculo familiar, o que causaria ao menor consequências como a baixa autoestima, pouco rendimento escolar, rebeldia, fugas de casa, presença de condutas antissociais e isolamento social, como por exemplo, o que resultaria a necessidade de acompanhamento profissional para reverter esta condição.

Pode-se concluir que, com o passar do tempo, conforme os casais dissolviam a sociedade conjugal, não havia a preocupação com o bem estar do menor, permanecia o

entendimento que por se tratar de crianças e adolescentes e não terem caráter e personalidade formados, não influenciava na formação destes quanto aos aspectos psicológico e moral.

O estudo da Alienação Parental despertou o devido cuidado quanto à integridade do menor, passando a reconhecer a importância da família como protetora e instrutora das crianças e adolescentes, mesmo após a dissolução da entidade familiar.

O reconhecimento de alguns sintomas da alienação parental resulta no cuidado referente ao bem estar psicológico do menor, uma vez que, caso ignorados desenvolvem problemas permanentes ou de difícil reparação, dependendo do acompanhamento profissional para tratamento específico.

No decorrer desta pesquisa, foi possível responder à pergunta realizada na introdução desta monografia: De que maneira a Alienação Parental viola os aspectos morais e psicológicos do menor, isto é, da criança ou do adolescente?

Além de romper um importante vínculo familiar entre o menor e o genitor alienado, resultando em traumas emocionais e psicossociais, gera a mudança de comportamento, baixo rendimento escolar, dificulta na formação saudável da personalidade do menor, trazendo como consequência a violação dos princípios constitucionais básicos garantidos ao menor pelo Estado.

7 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União Estável**. Artigo publicado na revista advogado nº58, AASP, São Paulo, Março/2000.

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/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Nº 8.069 de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 20 de junho de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei de Alienação Parental. Nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em 20 de junho de 2021.

DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – Princípios do Direito de Família. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**. Conteúdo Jurídico, 10 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. 20 de junho de 2021.

DUNCAN, Isadora. **Famílias Monoparental**. Disponível em: <<http://isadoraduncan.es/pt/node/153>. 2005>. 20 de junho de 2021.

GARDNER, Richard Alan Gardner. **O DSM tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. VII. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. **Alienação Parental**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2221, 31 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Saraiva, São Paulo 28ª edição, volume 6, 2004.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO PRINCÍPIO E FONTE DE OBRIGAÇÕES

ELIANA PAULA CARETI: Graduanda do Curso de Direito da Universidade Brasil

ROBERTA FAVALESSA DONINI.

(orientadora)

RESUMO: Trata-se da análise do enriquecimento sem causa no direito brasileiro como fonte de direito das obrigações e como princípio informador do direito. O enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, visto que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé-objetiva, previstas na cláusula geral do Código Civil Brasileiro de 2002. O presente trabalho tem por objetivo analisar seus aspectos históricos, observando a sistematização doutrinária e legislativa em relação ao tema, assim, no decorrer dos capítulos será exposto o que é enriquecimento sem causa, uma breve comparação em relação aos seus diversos entendimentos, serão expostos ainda os requisitos do instituto e por fim será feita uma análise de enriquecimento sem causa como fonte obrigacional e como princípio. Destarte, foi utilizada uma abordagem qualitativa, se fundando em bibliografias pertinentes ao respectivo instituto, abrangendo também a legislação e a doutrina (brasileira e estrangeira). Ao final pode-se concluir que a subsidiariedade prevista no Código Civil não afasta a autonomia do instituto, servindo como meio de proteção da justiça no caso concreto em relação ao direito das obrigações.

Palavras-chave: Enriquecimento sem causa. Fonte de obrigações. Princípio geral.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA; 3 AS ELOQUENTES RAÍZES HISTÓRICAS; 3.1 Enriquecimento sem Causa no Direito Romano; 3.2 Enriquecimento sem Causa no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 4 REQUISITOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA; 4.1 Enriquecimento do Accipiens; 4.2 O Empobrecimento do Solvens; 4.3 Nexo Causal; 4.4 Ausência de Justa Causa; 5 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE DE OBRIGAÇÃO; 6 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO PRINCÍPIO; 7 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa aprofundar o conhecimento sobre o enriquecimento sem causa, uma vez que tanto a doutrina brasileira quanto a estrangeira vedam sua utilização como uma forma de recomposição patrimonial.

O enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, posto que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé-objetiva, previstas na cláusula geral do Código Civil Brasileiro de 2.002.

A respeito deste instituto foram criadas diversas teorias em vários ordenamentos jurídicos, principalmente na Alemanha, França e Itália, visto que o direito romano não criou uma teoria una e absoluta acerca do tema, o que abriu margem para diversos entendimentos.

Através da análise de doutrinas brasileiras, pode-se notar que tal tema ainda não é largamente difundido no panorama jurídico nacional, deixando perfeitamente claro que até mesmo entre os juristas ainda não há uma concepção genericamente aceita e compartilhada a respeito do enriquecimento sem causa. No entanto, no direito comparado pode-se notar que existe um importante estudo doutrinário a respeito deste princípio.

Partindo desta premissa, o objetivo do trabalho é analisar a sistematização doutrinária e legislativa em relação ao tema, visando colaborar no entendimento técnico e principalmente em relação à aplicação do instituto nas situações concretas do cotidiano.

Portanto, por ser a pesquisa descritiva e explicativa, buscou-se firmar uma reflexão sobre os diversos conhecimentos sobre o instituto do enriquecimento sem causa, sistematizando e observando o direito como um sistema uno.

Assim, no decorrer dos capítulos será examinado o que é enriquecimento sem causa, sua evolução histórica no Brasil e no exterior, será feita também uma breve comparação em relação aos seus diversos entendimentos, serão expostos ainda os requisitos do instituto e por fim será feita uma análise de enriquecimento sem causa como fonte obrigacional e como princípio.

Para atender a finalidade da pesquisa foi utilizada uma abordagem qualitativa, se fundando em bibliografias pertinentes ao respectivo instituto, abrangendo também a legislação e a doutrina (brasileira e estrangeira), visando firmar um entendimento concreto sobre a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico.

2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

2.1 Conceito de Enriquecimento sem Causa

Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é todo o aumento patrimonial indevido, sem causa jurídica, ou seja, aquele que se enriqueceu a custas de outrem mesmo que não tenha tido má-fé deve restituir o indevidamente auferido.

No mesmo sentido é o entendimento do Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, ao expor que enriquecimento sem causa é o “acréscimo de bens que, em detrimento de outrem, se verificou no patrimônio de alguém, sem que para isso tenha havido fundamento jurídico”.

No presente trabalho optou-se por utilizar a denominação “enriquecimento sem causa”, pois tal expressão é utilizada nos países latinos (*enriquecimiento sin causa, enrichissement sans cause e arricchimento senza causa*) e também é utilizado na legislação brasileira no Capítulo IV, Título VII do Código Civil Brasileiro (artigos 884 a 886).

A doutrina conceitua enriquecimento sem causa como de natureza dúplice, uma vez que ora pode atuar como fonte de direito sendo aplicada ao caso concreto, ora como princípio informador de todo o direito das obrigações, utilizando-se tanto na análise dos demais preceitos no caso concreto quanto nas hipóteses em abstrato.

Ao se tratar do instituto do enriquecimento sem causa como fonte de direito ou fonte autônoma das obrigações, refere-se a um sentido mais restritivo e específico, representando um paradigma característico de obrigações para aquele que se enriqueceu sem justa causa, o que se diferencia de outras categorias presentes no ordenamento jurídico, tais como o negócio jurídico e a responsabilidade civil.

Seguindo este ponto de vista, ao se falar de enriquecimento sem causa como fonte autônoma das obrigações, pode-se dizer que:

Não é a lei que, direta ou indiretamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é a vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecimento, mas assim é para todas as obrigações que se dizem legais” (GOMES, 1996, p.250).

Tal instituto cria para o enriquecido a obrigação de devolver a parcela do patrimônio que foi retirada de outrem, sem uma justificativa justa. Diante disso, considera-se que o principal efeito do enriquecimento sem causa é gerar uma obrigação de restituir, sendo muito difundida na doutrina moderna a linha de pensamento de que o instituto do enriquecimento sem causa é uma fonte de obrigação.

No entanto, quando aplicado como princípio refere-se à aplicação da ideia de equidade, ou seja, do que é considerado correto na análise do caso concreto, de acordo com os princípios gerais informadores de todo o direito das obrigações, ultrapassando as fronteiras do direito civil. Assim, tem-se uma acepção ampla, no entanto, nem sempre corresponde ao utilizado na prática.

Deste modo, entende-se que tanto as normas constitucionais, quanto os princípios, têm normatividade real, carecendo de serem aplicadas na maior extensão possível, principalmente quando se refere a princípios fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil), o princípio da liberdade, justiça e solidariedade (artigos 3º, I e 170, caput da Constituição da República Federativa do Brasil).

Destarte, o referido instituto busca tutelar as relações jurídicas mantendo o equilíbrio, garantindo a pacificação e a comutatividade das relações jurídicas, de forma a evitar o locupletamento ilícito de coisa alheia.

3 AS ELOQUENTES RAÍZES HISTÓRICAS

Existem entre os doutrinadores muitas controvérsias a respeito da origem do enriquecimento sem causa, no entanto pode-se dizer que a origem do instituto está no direito natural, posteriormente aplicado ao direito romano e inspirado na filosofia grega.

Há doutrinadores que defendem que a origem do instituto está ligada a preservação e proteção dos valores básicos necessários para a conservação e manutenção da vida em sociedade, isto é, o respeito ao próximo, ao seu patrimônio, valores e princípios que eram praticados na época das Leis de Hamurabi.

Sobre a origem do enriquecimento sem causa neste período, pode-se dizer que:

A darmos crédito ao testemunho de P.Sabino (*Ulpiano*, S. XII, 5, *De condictio ob turpem*, 6), os princípios de direito natural, nos quais a teoria se filia, já eram conhecidos dos veteres, contemporâneos de Quintus Mucius Scaevola, o que aliás não repugna aceitar porque a Regra áurea, que consiste em não fazer aos outros o que não queremos que façam a nós, com os corolários do respeito à pessoa e ao patrimônio do próximo daí emergentes, já era praticada ao tempo da promulgação das leis de Hamurabi, podendo dizer-se que existe desde que o homem adquiriu a consciência de sua racionalidade (ALMEIDA,2000, p. 16).

Destaca-se que o instituto do enriquecimento sem causa não proveio de uma reunião única de ideias de caráter uniforme, visto que desde os primórdios até atualmente, é plausível dizer que a criação de seu conceito ocorreu por várias aplicações no decorrer da história, o que será exposto nos tópicos abaixo.

3.1 Enriquecimento sem Causa no Direito Romano

Apesar do enriquecimento sem causa ter sua origem no direito romano, nasceu como instituto e se desenvolveu teoricamente apenas na modernidade. Neste sentido Negreiro (1995, p. 786) afirma que: “A construção de uma teoria do enriquecimento sem causa é trabalho do direito moderno, vez que no direito romano não logrou a sistematização do princípio, em termos genéricos e acabados”.

Assim, no direito romano o enriquecimento sem causa não era considerado fonte geral de obrigações. No entanto, não havia nesta época um instituto unitário, uma vez que podem ser identificadas várias origens a respeito de tal instituto, sobretudo destacam-se *as condictiones* (condições), a *actio de in rem verso* (ação sobre o proveito obtido) e a *actio negotiorum gesti* (ação de gestão de negócios).

No direito romano as *condictiones* caracterizavam a base da teoria do enriquecimento sem causa de onde deram origem aos conceitos fundamentais, representando a principal fonte histórica do instituto. Desta forma, neste período as ações que buscavam evitar o locupletamento de coisa alheia, sem causa jurídica, obtinham o nome de *condictiones*, dando oportunidade para que as pessoas pudessem reverter o prejuízo por pagamento errôneo.

O gênero *condictiones* integrava diversas espécies, destacam-se as principais delas: a) *condictio indebiti* (condição desproporcional, ou seja, o direito de exigir o que se pagou indevidamente); b) *condictio causa data causa non secuta* (direito de devolução de coisa dada em troca de alcançar um fim e que não se realizou); c) *condictio ob injustam causam* (aplicada para a restituição de coisa que foi concedida por uma causa contrária ao direito); d) *condictio ob turpem causam* (utilizada para exigir o reembolso de aquisições com final imoral ou vedadas pelo bom costume); e) *condictio sine causa* (utilizada nos casos de pagamento efetuado sem causa).

Destarte, em todos os casos não há um título justo, ou seja, no direito romano a ausência de causa (*sine causa*) diz respeito à ausência de um título juridicamente reconhecido para servir de base à aquisição. Diante disso, os romanos exigiam uma causa real e lícita para a conservação de um bem ou de um valor. Dava-se a *condictio* (condição) quando inexistia essa causa, ou seja, quando o propósito visado pela transferência era impedido ou censurado pela comunidade.

No direito romano também foi utilizado a *actio in rem verso*, podendo ser traduzido por “ação sobre o proveito obtido”, que era utilizado originalmente quando se tratava da transferência de bens realizadas pelo filho ou escravo do *pater familias* (pai de famílias). Assim, cabia ao *pater familias* retribuir ao terceiro na proporção em que seu patrimônio fora beneficiado, mesmo não ficando vinculado pelo negócio jurídico realizado anteriormente.

Posteriormente, após diversas alterações foi criada uma conexão entre o negócio jurídico com os filhos ou servos do *pater familias*, criando responsabilidades pelos atos praticados por seus *alieni iuris* (dependentes dos pais de famílias), ou seja, se o negócio era realizado com autorização do chefe de família, este se obrigava a responder pela administração dos bens cedidos. No entanto, se o chefe de família tivesse lucrado, a parte lesada poderia pleitear a ação contra o *pater familias*, visando à obtenção da quantia lucrada no negócio.

Outra ação utilizada no direito romano era a *actio negotiorum gestorum* (ação de gestão de negócios), que era usada quando uma pessoa administrava negócios de outra pessoa sem que para isso houvesse recebido dela procuração. Esta ação foi criada para equilibrar juridicamente as relações entre o dono do negócio e o gestor, com o intuito de impedir o enriquecimento do dono do negócio em desvantagem do gestor.

Dessarte, no direito romano não foi produzida uma norma geral versando sobre o enriquecimento sem causa, no entanto como fora demonstrado, haviam diversas ações que, direta ou indiretamente solucionavam o imbróglio do instituto, atestando que sua prática sempre ocorreu, considerando que as ações supra citadas eram vistas como verdadeira ação de enriquecimento.

3.2 Enriquecimento sem Causa no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Código Civil de 1.916 não trouxe expressamente o enriquecimento sem causa como instituto autônomo, apesar de suas regras terem sido incorporadas implicitamente no sistema como princípio do direito civil no que diz respeito ao pagamento indevido.

Clóvis Beviláqua (1954, p.100) autor do anteprojeto do referido Código não considerava imprescindível a previsão do instituto no diploma Civil, uma vez que de acordo com suas palavras: “Por mais que variemos as hipóteses, veremos que o direito e a equidade se podem plenamente satisfazer, sem criarmos, nos Códigos Civis, mais esta figura de causa geradora de obrigação, ou seja uma relação obrigacional abstrata”.

Diante disso o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira preleciona que o Código Civil de 1916 não deu a devida atenção ao andamento da teoria do enriquecimento sem

causa, já que naquela época a previsão expressa do instituto no Código não era considerada indispensável. Nesta linha, é o entendimento do autor:

Daí não se conclua que o legislador brasileiro tenha admitido possa alguém enriquecer-se com a jactura de outrem. Apenas não procedeu, como na sistemática suíço-germânica, à unificação do enriquecimento sem causa, o que não impediu que a doutrina e a jurisprudência realizassem a soldadura das várias incidências, e acabasse por estruturar em termos de generalidades a teoria respectiva (PEREIRA, 2004, P. 289-290).

No período de vigência do Código Civil de 1.916 alguns doutrinadores indagaram sobre a sistemática da lei civil, pugnando por uma disciplina autônoma para o instituto do enriquecimento sem causa. Diante disso, em 1.965 o Anteprojeto do Código de Obrigações, previu expressamente em seus artigos 889 e 890 a aplicação do instituto de forma autônoma, como se pode observar:

130. O Anteprojeto adotou critério de sistematização do instituto do enriquecimento sem causa. Enunciou o princípio geral da indenização do que se enriquece à custa do sacrifício alheio, ainda que a causa venha a faltar depois de obtido o proveito. A o contrário de outras legislações, para as quais a ação de locupletamento é secundária, no sentido do que somente cabe quando faltar outro meio de reparação, entendi que não devia consignar tal restrição, somente geradora de recursos processuais inúteis de exceções desnecessárias, e de eternização dos litígios. Quem tiver outro meio de restaurar o direito lesado poderá usa-lo. Mas nenhum dano social existe no fato de tomar rumo, desde logo, pela ação que visa a esta indenização.

131. O Anteprojeto, dentro do título enriquecimento indevido, disciplina a restituição do pagamento, acompanhando o Código de 1.916, cujas impropriedades emendou, como por exemplo a referência à obrigação natural, substituída por "obrigação judicialmente inexigível" (PEREIRA, 2004, p. 417).

Por sua vez, o Novo Código Civil de 2.002 inseriu expressamente o enriquecimento sem causa em seus artigos 884 a 886, demonstrando maior preocupação com a abrangência do tema, passando assim tal instituto a ser considerado como cláusula geral do Novo Código. Diante disso sua aplicação passou a ser com base na análise do caso concreto, sempre observando os limites impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.

O Código Civil de 2.002 ao contrário do Código de 1.996 inseriu em seu conteúdo normas de caráter genérico e abstrato, instituindo as cláusulas gerais como forma de integrar ao corpo da lei valores e princípios presentes na sociedade.

Dessa forma as cláusulas gerais serviram como uma conexão entre os valores existentes na sociedade e a legislação, dando maior abertura ao sistema jurídico para que o juiz ao aplicar a lei, também possa complementá-la de acordo com os princípios presentes na sociedade.

Destaca-se que o novo diploma superou as barreiras dos códigos anteriores, uma vez que os mesmos estabeleciam apenas enunciados rígidos e com formas definidas. Tal modificação ocorreu devido à aplicação das cláusulas gerais e a abertura que as mesmas apresentam, visto que o direito privado é considerado um sistema em contínua mudança, possuindo essas normas de caráter "aberto" que permitem ao magistrado fazer a análise do caso concreto complementando e desenvolvendo normas jurídicas que não estejam expressamente previstas na lei.

Ressalta-se que por mais que as cláusulas gerais permitem ao magistrado a utilização de valores éticos e princípios ao caso concreto, devem sempre ser respeitados os princípios constitucionais norteadores do direito brasileiro, principalmente o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

No Brasil o fundamento do enriquecimento sem causa é constitucional emergindo dos preceitos do Estado Democrático de Direito, com fundamentação na dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil e observando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária conforme expresso no artigo 3º, inciso I, do referido diploma legal. Sobre esses preceitos constitucionais diretivos e de posição hierárquica superior, escreve José Augusto Delgado:

Indiscutível a supremacia dos princípios explícitos e implícitos, das regras programáticas e das disposições concretas adotadas pela Constituição Federal sobre o ordenamento jurídico. Essa vinculação é de natureza imperativa. A

adaptação realiza-se pelo hierárquico da estrutura legislativa aprovada pela própria Constituição Federal, formando um sistema destinado a reger todas as relações jurídicas públicas ou privadas que se desenvolvem em qualquer parte do território nacional.

As regras assumidas pelo Código Civil de 2002 deverão, em consequência do afirmado, sem interpretadas de conformidade com a vontade contida na Carta Magna (DELGADO, 2003, p. 393).

Portanto, os preceitos constitucionais deram maior fundamento as novas diretrizes do direito civil, sendo denominado por alguns doutrinadores como “constitucionalização do direito civil”. Assim, tais princípios constitucionais servem como parâmetro para a vedação do enriquecimento sem causa, mantendo sempre o equilíbrio entre os sujeitos da relação obrigacional através do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo uma sociedade livre, justa e solidária.

4 REQUISITOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Tendo exposto a origem do enriquecimento sem causa sob a ótica da doutrina e suas respectivas controvérsias, ao se tratar dos requisitos, nota-se igual desuniformidade.

Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 205) entende como sendo cinco os requisitos do enriquecimento sem causa segundo a doutrina francesa, são eles:

a) o empobrecimento de um e correlativo enriquecimento de outro; b) ausência de culpa do empobrecido; c) ausência do interesse pessoal do empobrecido; d) ausência da causa; e) subsidiariedade da ação de locupletamento (de in rem verso), isto é, ausência de uma outra ação pela qual o empobrecido possa obter o resultado pretendido.

No entanto, classicamente, verificam-se na doutrina os seguintes requisitos para a caracterização do instituto, no qual o presente trabalho seguirá em conformidade: (i) enriquecimento do *accipiens* (o que recebe); (ii) o empobrecimento do *solvens* (o que paga); (iii) nexos causal com o correspondente prejuízo patrimonial de outra pessoa; (iv) ausência de justa causa (ausência de fato a que o sistema jurídico justifique a vantagem econômica de uma pessoa em relação à outra).

4.1 Enriquecimento do *Accipiens*

O caput do artigo 884 do Código Civil de 2.002 não apresenta limitação quanto à definição de enriquecimento, devendo este ser aferido de forma casuística e, conforme destaca José G. do Valle Ferreira (1949) “trata-se de elemento com dupla importância, afinal fundamenta o direito de repetição da perda sofrida ao mesmo tempo em que viabiliza a medida para o cálculo da restituição devida pelo aumento da riqueza”. Fernando Noronha escreve sobre o elemento em questão, que pode ocorrer sob diferentes modos, observa-se:

O enriquecimento por ganho patrimonial efetivo tanto pode ser devido ao aumento do ativo, pelo ingresso de novos valores, como pode ser devido à redução do passivo, por se extinguir uma dívida que onerava o patrimônio. O enriquecimento por poupança de despesas traduz-se na pura manutenção do ativo, em circunstância que deveria ter diminuído, e só não diminuiu porque a pessoa utilizou coisas alheias, beneficiou de serviços não remunerados de outrem, ou simplesmente deixou de fazer despesas que normalmente seria obrigado a fazer (NORONHA, 1991, p.51-78).

Na perspectiva de Leonardo Brandelli, enriquecimento é a diferença para mais no patrimônio do beneficiado, na situação atual, em relação à que ele se encontraria não fosse o aproveitamento do bem que estava juridicamente destinado a outrem, seja mediante um acréscimo patrimonial propriamente dito, seja mediante poupança de dispêndios, onde tal diferença deve ser líquida deduzida as despesas para a obtenção do ganho.

4.2 O Empobrecimento do *Solvens*

Tomando os elementos cuja doutrina emprega para a caracterização do instituto em questão, não basta, contudo, o enriquecimento, é necessário que ele tenha ocorrido à custa de outrem. O empobrecimento pode significar diminuição patrimonial, no caso de transferências patrimoniais – o bem sai de um patrimônio e ingressa em outro -, mas, pode não significar, no caso de exploração de bens, trabalho ou direitos alheios. Nestes casos o empobrecimento significaria o não aumento do patrimônio, que deveria ter ocorrido; significaria o não ingresso no patrimônio de bens que a ele estão destinados pelo ordenamento. Fernando Noronha, consoante à doutrina tradicional, conclui que:

É que mesmo dentro da orientação tradicional o dano ou 'empobrecimento' há de ser entendido no âmbito da teoria da destinação de bens e, assim, consistirá na privação daquele valor econômico que estava destinado ao titular prejudicado. Portanto, ele não significará que haja sempre um dano patrimonial, uma efetiva diminuição, uma diferença para menos na situação patrimonial atual do prejudicado, em relação àquela que existiria se não tivesse havido o enriquecimento da outra parte.

Se [...] a noção de enriquecimento deve ser dada em termos patrimoniais, medindo a diferença entre a situação atual e uma situação hipotética em que o patrimônio estaria, já a noção do dano, para efeitos do enriquecimento sem causa, há de ser dada em termos reais, não patrimoniais: o dano, agora, não é diferença para menos no patrimônio do prejudicado, é dano real, é frustração de um valor que de direito lhe devia pertencer (NORONHA, 1991, p. 51-78).

4.3 Nexo Causal

O nexos causal é o terceiro elemento classificado pela doutrina para a caracterização do enriquecimento sem causa. Neste sentido, José G. do Valle Ferreira (1950, p. 141) traz que "a relação causal é indispensável para que se possa decidir se o aumento de um patrimônio foi devido à diminuição do outro", isto significa dizer que deve haver uma relação de causa e efeito entre o enriquecimento e o empobrecimento.

Diego Leite de Campos (1974, p.261) escreve que "as palavras "à custa" não tem um significado literal unívoco, pois estabelecem apenas a necessidade de imputação do enriquecimento a um certo patrimônio, sendo tarefa do intérprete fixar que nexos de imputação deve ser este, para determinar que parte do patrimônio do enriquecido foi alcançada em virtude do gozo de bens jurídicos alheios".

Diante disso, percebe-se que o liame causal entre o enriquecimento e o empobrecimento é o locupletamento em relação a um fato específico.

4.4 Ausência de Justa Causa

Dentre os elementos caracterizadores do enriquecimento sem causa, a ausência de justa causa se faz de difícil concepção, dada a impossibilidade de uma teoria una e genérica que leve a um rol taxativo de causas do enriquecimento sem causa. Sendo assim, Giovanni Ettore Nanni (2.004, p.256) ao estudar o tema se baseia na premissa da diferenciação entre causa como componente do contrato e causa como justificação que impede a formação do enriquecimento sem causa.

Assim, o autor confronta as alegações causalistas e anticausalistas para chegar a conclusão de que não se trata da mesma causa no caso do enriquecimento sem causa, mas sim devem ser considerados que por muitas vezes o enriquecimento sem causa se dá por questões não patrimoniais ou morais. O Autor ainda afirma que “seja possível, mesmo que em tese, discutir acerca da causa como elemento do negócio jurídico, ela, no enriquecimento indevido, não se liga a um negócio, mas a um fato a ser aferido na hipótese concreta”.

Portanto, bastaria uma apreciação simples que levaria ao motivo, tornando-se motivação fático-hipotética, longe do estrito negócio. Ainda acerca do tema, aponta Orlando Gomes:

Indispensável, afinal, que o enriquecimento se dê sem uma causa que o justifique, quer porque falte, quer porque seja reprovada pelo Direito. Este último requisito não é de caracterização fácil, em virtude da confusa sinonímia da palavra causa. Não possui, no particular, o significado que tem como um dos requisitos dos contratos, mas sentido próprio, restrito, que melhor se define acrescentando-lhe a qualificação própria, como fazem os alemães. Trata-se, com efeito, de causa de atribuição patrimonial. Para se saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por título legítimo, por um motivo lícito. A própria expressão enriquecer à custa de outrem dá a ideia do que se encerra na locução sem causa. Na doação, por exemplo, o donatário enriquece à medida que o doado empobrece, mas esse

enriquecimento é justo, tem causa legítima, merece a aprovação do Direito (GOMES, 2005).

Venosa, em ponto de vista semelhante a Orlando Gomes, elucida o quarto requisito: “deve ser entendido como sem causa o ato jurídico desprovido de razão albergada pela ordem jurídica. A causa poderá existir, mas, sendo injusta, estará configurado o locupletamento indevido”.

Portanto, trata-se de conceito visto sob o prisma negativo, que se remete à ausência de título jurídico válido (lei, decisão judicial, ato jurídico, fato jurídico) de legitimidade. É a não conformação ao direito, a antijuridicidade.

5 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE DE OBRIGAÇÃO

Por fonte de obrigação, entende-se como o elemento gerador da relação obrigacional. Diferentemente de outros sistemas estrangeiros, o Código Civil brasileiro não dispôs de forma expressa sobre a fixação das fontes de obrigações, o que ficou a cargo da doutrina.

Na explicação de Orlando Gomes (2008, p. 33-34) “fonte de obrigação é o fato jurídico ao qual a lei atribui o efeito de suscitá-la [a obrigação]”. Portanto, fonte imediata, ou seja, causa eficiente das obrigações, seria unicamente a lei. Por outro lado, as fontes mediatas podem ser várias. Para o autor, as fontes mediatas seriam o negócio jurídico, os negócios unilaterais, os atos ilícitos, abusos de direito e as situações de fato. E continua:

(...) das situações que condicionam o nascimento das obrigações, oferece particular relevo, a ponto de ser destacada como fonte autônoma, aquela em que se encontra alguém que, sem causa legítima, obteve vantagem patrimonial à custa de outrem. Diz-se que, nesse caso, há enriquecimento sem causa. A lei o condena, obrigando quem tirou o proveito a restituí-lo (GOMES, 2008, p.42).

A opção legislativa em situar o enriquecimento sem causa no Capítulo IV do Título VII do Código Civil de 2.002, que trata dos atos unilaterais é criticada na doutrina. Pois, na teoria dos fatos jurídicos, os atos unilaterais considerados pelo Código estariam inseridos na categoria negócio jurídicos, manifestações de vontade que geram efeitos queridos e conformados pela parte. Neste sentido, pontua Nanni:

Deve-se levar em consideração que os institutos citados — promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa — possuem diferenças em suas bases e não são oriundos da mesma natureza, razão pela qual o agrupamento entre os atos unilaterais é um foco de incidência de conflitos conceituais. (...) Nos atos unilaterais propriamente ditos, em regra, como na promessa de recompensa ou na gestão de negócios, há uma manifestação de vontade ou um comportamento do agente que dá ensejo à obrigação, o que difere do enriquecimento sem causa que nem sempre decorre de ato volitivo do enriquecido (NANNI, 2012, p. 170).

Sob esta percepção, Fernando Noronha divide as obrigações em categorias, à luz de suas funções específicas, cada uma com um regime jurídico próprio. Neste aspecto, as obrigações podem ser negociais ou não negociais, e, dentro deste gênero, de responsabilidade civil ou de enriquecimento sem causa.

Portanto, no que tange a opção legislativa em situar o enriquecimento sem causa como ato unilateral, trata-se, então, de fonte autônoma de obrigações, conforme explica Nanni:

Outrossim, não se pode esquecer que sendo o art. 884 do Código Civil de 2002 uma cláusula geral que proíbe o enriquecimento sem causa, preceito com ampla ocupação no direito obrigacional, merece uma posição de fonte autônoma na legislação, justamente pela circunstância de ser aplicável, em princípio, em qualquer relação jurídica (NANNI, 2012).

Neste sentido, o verifica-se o instituto, essencialmente, como fonte de obrigações, no qual a lei há de condenar aquele que tirou proveito à custa de outrem.

6 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO PRINCÍPIO

Primeiramente, faz-se necessário expor um breve registro sobre a origem das cláusulas gerais no Código Civil de 2.002 para que então, se faça uma análise a respeito da natureza jurídica do instituto.

Diferentemente do Código Civil de 1.916 no qual adotava regime jurídico fechado à inserção de elementos valorativos em seu conteúdo, o Código Civil de 2.002 introduziu em seu conteúdo normas de caráter genérico e abstrato, no qual admite a agregação de valores e princípios que surgem na dinâmica da vida social. Através das cláusulas gerais, possibilita-se uma ligação entre os valores presentes na sociedade e a lei expressa codificada, dando liberdade ao juiz não só de aplicar as leis, mas de complementá-las conforme for.

A doutrina traz o conceito de natureza dúplice sobre o enriquecimento sem causa, sendo ora como fonte de direito, ora como princípio informador de todo o direito das obrigações. Para Agostinho Alvim (*apud* NANNI, 2004, p. 88) “o enriquecimento sem causa estava presente no ordenamento jurídico e, destarte, partilha da ideia que o mesmo se trate de um princípio geral de direito”.

Deste modo, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa já existia e era aplicado no direito civil antes do surgimento do Código Civil de 2.002, que passou a disciplinar expressamente o instituto. Isto posto, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa tem sua origem no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio geral de justiça, que possui o objetivo de construir-se uma sociedade livre e justa, conforme dispõe o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, que visa preservar a boa-fé e a equidade.

Com a inclusão expressa do enriquecimento sem causa no Código Civil, o princípio que veda o enriquecimento sem causa passa a ser norma positivada. Entretanto, em razão de suas peculiaridades, continua a representar a categoria de princípio geral de direito civil. Conforme escreve Diogo Leite de Campos, é princípio geral e aspecto da noção de direito:

O princípio que proíbe o locupletamento injusto à custa de outrem é um dos mais gerais do sistema jurídico. O problema da compensação do locupletamento à custa alheia é um aspecto da noção de direito, entendido como ordem justa, uma das suas manifestações. Impedir o enriquecimento injusto constitui uma das finalidades gerais do Direito das Obrigações, que, no seu conjunto, tende a obter uma

equilibrada distribuição dos bens jurídicos nas relações intersociais (CAMPOS, 1982, p.260).

Neste aspecto, quanto ao enriquecimento sem causa, nota-se a natureza de princípio informador de todo o direito das obrigações e pode ser considerado uma cláusula geral prevista pelo Código Civil. Luiz Edson Fachin e Giovanni Ettore Nanni posicionam-se sob o que se escreve a seguir:

O enriquecimento sem causa implica, como sustenta Luiz Edson Fachin, uma base informativa do direito obrigacional. Essa circunstância, segundo prossegue os autos, resulta em comportamentos jurídicos valorados, que são abarcados e ligados às chamadas cláusulas gerais, cuja finalidade é trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado válvula para exigências ético-sociais.

O art. 884 do novo Código Civil brasileiro pode ser considerado uma cláusula geral, da mesma forma como, segundo Luís de Menezes Leitão, o art. 473 do Código Civil português e, consoante Enrico Moscati, o art. 2.041 do Código Civil italiano. E, nessa ordem de ideias, não se pode olvidar que a Comissão elaboradora do novo Código Civil levou justamente em conta essa metodologia, preferindo a utilização de modelos jurídicos abertos (NANNI, 2010, p. 168).

Portanto, as cláusulas gerais e sua semântica aberta, garantem ao legislador base mais efetiva e maior abertura ao sistema no que tange aos conflitos sociais, ou seja, dão ao julgador subsídios éticos e sociais para a solução do caso que é submetido.

7 CONCLUSÃO

O enriquecimento sem causa teve sua origem no direito natural e posteriormente fora adotado no direito romano. Ao longo dos anos o instituto veio passando por diversas transformações de forma dispersa, visto que não havia uma sistematização geral nos ordenamentos jurídicos.

No que se refere ao enriquecimento sem causa no Brasil, pode-se dizer que pode ser indicado como fundamento de equidade e justiça nas relações jurídicas, sendo fundamentado com base nos preceitos do Estado Democrático de Direito, ou seja, no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil) e baseado no objetivo de uma sociedade justa, livre e solidária (artigo 3º, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil), além do disposto nos artigos 884 a 886 do Código Civil Brasileiro de 2.002.

O enriquecimento sem causa somente teve previsão expressa no Código Civil de 2.002, possuindo natureza jurídica de princípio informador do sistema jurídico e também de fonte de obrigações. Ao se tratar do enriquecimento sem causa como princípio informador do direito refere-se ao seu caráter de equidade, ou seja, aplicar na decisão do caso concreto um caráter de justiça, vedando assim o enriquecimento sem causa.

Não obstante, não se pode desassociar o enriquecimento sem causa de seus limites de fonte de obrigação para ser aplicado em todo e qualquer caso, sob o fundamento de justiça, devendo aquele que se enriqueceu a custa do patrimônio de outrem restituir o auferido indevidamente.

Conclui-se que a subsidiariedade prevista no Código Civil Brasileiro de 2.002 não afasta a autonomia do instituto, pois serve como meio de proteção da justiça no caso concreto em relação ao direito das obrigações. Assim, só poderá se falar de enriquecimento sem causa quando presentes os pressupostos legais.

Destarte, é de suma importância que o aplicador do direito ao analisar o caso concreto, cumpra com a finalidade protetiva do instituto para amparar direitos que ficariam desamparados de proteção jurídica, não podendo utilizar-se deste como mero empecilho para que a reparação/restituição devida seja fornecida no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Nathália. O Enriquecimento sem Causa no âmbito da Invalidez dos Negócios Jurídicos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília – DF, 21 nov. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38144/o-enriquecimento-sem-causa-no-ambito-da-invalidez-dos-negocios-juridicos>> Acesso em: 10 out. 2020.

ALBUQUERQUE, L. C. V. C. **Do enriquecimento ilícito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43010/do-enriquecimento-ilicito#:~:text=Segundo%20o%20Dicion%C3%A1rio%20Jur%C3%ADdico%20da,utilizadas%20as%20express%C3%B5es%20enriquecimento%20ind%C3%A9bito>> Acesso em: 20 set. 2020.

ALVAREZ, F. O. C. R. **Responsabilidade Civil X Enriquecimento sem causa**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/67733/responsabilidade-civil-x-enriquecimento-sem-causa> > Acesso em: 23 ago. 2020.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pág. 219.

BRANDELLI, Leonardo. O enriquecimento sem causa no direito brasileiro. **Cadernos Jurídicos (EOM)**, São Paulo, v.2, 2001. Disponível em: <http://fm.cartorios.net/plugins/filemanager/files/1jundiai/artigos/O_enriquecimento_sem_causa_no_direito_brasileiro.pdf> Acesso em: 10 out. 2020.

*DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.*

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 250.

HENZ, Cléya Aparecida. Enriquecimento sem causa. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3416>> Acesso em: 20 set.2020.

HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro**. Dissertação Mestrado. São Paulo: USP, 2010.

LEITE, A.P. **O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro**. 2008. 142 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

NANNI, Giovanni Etori. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, v. 56, 1991.

ROMANO, Rogério Tadeu. Enriquecimento ilícito e pagamento indevido. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5578, 9 out. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68761>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

SOUZA, S.N. **Um novo olhar sobre o enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. 19 p. Artigo científico (Conclusão de Curso Pós-Graduação Lato Sensu) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

MULTIPARENTALIDADE: OS EFEITOS DA SUCESSÃO APÓS A CONCOMITÂNCIA DAS FILIAÇÕES

GABRIELA ANDRADE RIBEIRO:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA de Belo Horizonte/MG, já atuou na área de Direito Penal na Delegacia Regional de Polícia Civil/Barreiro.

JULIANA SILVA AMORA¹⁴⁶

(coautora)

BÁRBARA HELEN ABREU VALADARES¹⁴⁷

(Orientadora)

RESUMO: A multiparentalidade surgiu no sistema jurídico em 2016, a partir da repercussão geral 622 do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu o instituto da multiparentalidade, após haver vários pedidos de reconhecimento nos cartórios de todo o Brasil. Com isso, é possível reconhecer um vínculo estabelecido a partir da relação afetiva, para além da biológica. Portanto, o fenômeno da multiparentalidade permite que o menor tenha em seu registro civil, dois pais, duas mães ou ambos. Não obstante, a regulamentação no campo do registro civil, outras importantes questões jurídicas, decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade, não foram devidamente enfrentadas e criaram uma lacuna jurídica, como é o caso da sucessão. Pensando nisso, o objetivo central desta pesquisa, é discutir a viabilidade de dupla sucessão em famílias que se enquadram no determinado instituto reconhecido. Nesse sentido, adotando-se Flávio Tartuce (2017 e 2019), como referencial teórico, tem-se o afastamento de qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos biológicos e socioafetivos. A partir da metodologia de revisão bibliográfica, a pesquisa teórica foi desenvolvida por meio de método científico hipotético-dedutivo, apresentando conceitos gerais e hipóteses. Conclui-se com o presente trabalho que o filho será sucessor de seus pais e, estes, serão sucessores do filho, não havendo hierarquia entre os pais biológicos e socioafetivos. Sendo assim, percebe-se como resultado, que o reconhecimento da multiparentalidade trouxe

¹⁴⁶ Juliana Silva Amora. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. juliana@contudojuridico.com.br

¹⁴⁷ Bárbara Helen Abreu Valadares. Orientadora. Doutoranda em Educação pela PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Educadora. Professora de Direito do Centro Universitário UNA. Professora da Pós-Graduação da PUC Minas Virtual. Presidente da Comissão OAB Diversidade, Gênero e Vulnerabilidades da 197ª Subseção da OAB/MG, na qual também é membro do Conselho Deliberativo. Advogada.

para o ordenamento jurídico uma modalidade diferente de família, mas com os mesmos procedimentos sucessórios que os demais tipos de família.

Palavras-chave: Direito de Família. Multiparentalidade. Sucessão. Filiação.

ABSTRACT: Multiparentality emerged in the legal system in 2016, from the general repercussion 622 of the Supreme Federal Court (STF), which recognized the multiparentality institute, after several requests for recognition in registries all over Brazil. With this it is possible to recognize a bond established from the affective relationship, in addition to the biological one. Therefore, the phenomenon of multiparentality allows the minor to have two fathers, two mothers or both in their civil registry. Despite regulations in the field of civil registration, other important legal issues, arising from the recognition of multiparentality, were not properly addressed and created a legal gap, as is the case with succession. With this in mind, the central objective of this research is to discuss the feasibility of double succession in families that fall within the recognized institute. In this sense, Flávio Tartuce (2017 e 2019), as a theoretical reference, demonstrates the departure from any interpretation capable of giving rise to the hierarchy of biological and socio-affective bonds. Based on the literature review methodology, the theoretical research was developed through a hypothetical-deductive scientific method, presenting general concepts and hypotheses. It is concluded with the present work that the son will be the successor of his parents and, these, will be successors of the son, with no hierarchy between biological and socio-affective parents. As a result, it is perceived as a result that the recognition of multiparentality has brought a different type of family to the legal system, but with the same succession procedures as other types of family.

Keywords: Family Rights. Multiparentality. Succession. Filiation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito evolução de direito de família. 2. Tipos de famílias. 2.1 Família monoparental. 2.2 Família anaparental. 2.3 Família matrimonial/Tradicional/Nuclear. 2.4 Família informal/União estável. 2.5 Família unipessoal. 2.6 Família reconstituída/Multiparental/Mosaico. 3. A concomitância familiar. 4. Sucessão familiar. 4.1 Efeitos da sucessão após a concomitância das filiações. 5. Reconhecimento do ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A multiparentalidade é uma modalidade de família, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) mediante repercussão geral n.º 622, devido à alta demanda de pedidos para o registro de outros pais em concomitância com os já registrados em cartório, visando o direito à convivência familiar, a afetividade e a dignidade humana.

Pelo fato de a legislação não apresentar dispositivo específico sobre a multiparentalidade, há muito que ser analisado e sanado pela doutrina e pela jurisprudência, quanto aos direitos e às obrigações no presente instituto, principalmente quanto aos efeitos sucessórios, para que sejam evitadas eventuais divergências.

Entretanto, não tendo o legislador previsto, expressamente, a sucessão em tal situação, pretende-se analisar a possibilidade de os direitos e obrigações na multiparentalidade serem duplicados, no que diz respeito aos efeitos sucessórios.

Destarte, este estudo adotará como marco teórico a compreensão de Flávio Tartuce (2017 e 2019), exposta no livro “Direito Civil: Direito de Família”, a qual contribuirá para o estudo da multiparentalidade, em seu conceito e reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Sobre o reconhecimento da multiparentalidade, o autor esclarece:

A multiparentalidade está limitada a quatro pais no total, sendo apenas vedado que o reconhecimento bilateral ocorra de uma só vez. [...]Por fim, a norma estabelece que o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, para os fins jurídicos próprios, inclusive familiares e sucessórios, na linha da tão comentada decisão do STF (Art.15 do Provimento 63 do CNJ). (TARTUCE, 2019, p.483).

Deste modo, a respeito da citação supracitada, resta claro que, ao ser reconhecida a paternidade ou maternidade socioafetiva, de forma livre e espontânea, não haverá problemas no que toca à verdade biológica, para os fins jurídicos.

Outrossim, ainda sobre o reconhecimento e a hierarquia na multiparentalidade, o STF, ao julgar o recurso extraordinário n.º 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. (TARTUCE, 2019, p.231).

Ademais, pode-se citar a questão suscitada por Flávio Tartuce, no dia 22/09/2016, a respeito da decisão do STF acima mencionada, na esteira do julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e da análise da Repercussão Geral 622, em que foi aprovado o reconhecimento da multiparentalidade.

Como se sabe, a corte decidiu, por maioria, que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o

reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.[1] De uma só tacada, o STF (a) reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro – tema que ainda encontrava resistência em parte da doutrina de direito de família –; (b) afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e (c) abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada “multiparentalidade”. (TARTUCE, 2016, s.p.).

Destarte, é possível afirmar que, o reconhecimento do STF no que tange ao instituto da paternidade socioafetiva, ainda que sem registro, não representa uma paternidade inferior à biológica. Deste modo, surgiu a oportunidade de discutir, no ordenamento jurídico brasileiro, a respeito da multiparentalidade.

Além disso, Tartuce (2019) aborda ainda sobre a sucessão de pais biológicos e socioafetivos, o qual expõe que, “*É possível que alguém herde de dois pais e uma mãe ou de um pai e duas mães. Dois pais – o biológico e o socioafetivo – também podem herdar concomitantemente de um mesmo filho, não tendo o nosso legislador previsto tal situação expressamente.*” (TARTUCE, 2019, p.230)

Diante o exposto, entende-se que a sucessão será feita conforme os ditames jurídicos já estabelecidos no ordenamento, portanto, o filho herdará tanto dos pais biológicos quanto do socioafetivos e, estes, herdarão simultaneamente do mesmo filho.

Importante destacar, como se vê, que o tema proposto neste trabalho conduz a um caminho reflexivo analítico alicerçado ao seguinte problema de pesquisa: Os direitos na multiparentalidade serão duplicados, quanto aos efeitos sucessórios?

Desse modo a presente investigação se dedicará a: (i) analisar se há eventual hierarquia entre o vínculo socioafetivo e o biológico; (ii) examinar os efeitos para a sucessão, no caso de ausência de hierarquia; e (iii) apresentar o conceito de multiparentalidade e parentalidade socioafetiva.

Para tanto, no capítulo 2 apresenta-se o conceito e a evolução do Direito de Família, no capítulo 3 são caracterizados os tipos de família existentes, em seguida, o capítulo 4 dispõe sobre o entendimento acerca da concomitância familiar, no capítulo 5 são expostas as características e os requisitos para a sucessão familiar, adiante, no capítulo 6 são apresentados os efeitos da sucessão após a concomitância das filiações, no capítulo 7 explana-se sobre o reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim a conclusão.

Insta salientar que o tema objeto deste projeto é recente e ainda necessita de pesquisas que explorem a matéria. Dessa forma, dada à incipiência de pesquisas sobre a temática, o presente trabalho se justifica e poderá servir como mais uma fonte para ampliação dos debates no campo do Direito das Famílias. Além das doutrinas referenciadas, serão analisadas as legislações pertinentes e julgados de tribunais de justiça, os quais poderão iluminar a pesquisa proposta.

1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família sofreu diversas mudanças no decorrer dos anos, diante do reconhecimento de vários direitos que antigamente não eram recepcionados pela Constituição Federal Brasileira, e devido ao surgimento de outros tipos de relações familiares.

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.[...] A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo. (GONÇALVES, 2012, p. 23)

Segundo o entendimento de Gonçalves, não há uma definição expressa do conceito de Direito de Família no ordenamento jurídico, pelo fato de haver mudanças sociais frequentes que trazem com sigio uma extensa variedade de concepção de família.

De outro modo, para Flávio Tartuce, o Direito de Família pode ser conceituado como:

O ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda. Como se pode perceber, tornou-se comum na doutrina conceituar o Direito de Família relacionando-o aos institutos que são estudados por esse ramo do Direito Privado.[...] Além desse conteúdo, constante do atual Código Civil, acrescente-se a investigação contemporânea das novas manifestações familiares (novas famílias).[...] (TARTUCE, 2017, p. 01).

Portanto, o conceito de Direito de Família se faz através da abrangência de diversos institutos jurídicos correlacionados, que demonstram a concepção da relação familiar conforme as mudanças sofridas.

Antes da década de 80, quando se falava em família, as pessoas se referiam logo ao modelo de família patriarcal, de caráter econômico.

O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal, cujos membros representavam força de trabalho. Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. (VIEGAS; POLI; SILVA, 2019, p. 4)

Entretanto, a partir da evolução social, em que ocorreram mudanças no núcleo familiar, foram surgindo outros tipos familiares no ordenamento jurídico, como, por exemplo, a família monoparental, homoafetiva, socioafetiva, dentre tantas outras.

Desta forma, ainda que cada um desses modelos familiares possuam características distintas, há entre eles um grande ponto em comum, qual seja, a afetividade. O afeto é a nova referência no âmbito familiar, e o que se pode observar é que o conceito de família se amplia cada vez mais, trazendo consigo este vínculo afetivo e excluindo outros vínculos que, com o passar dos anos, importam menos, como o vínculo sanguíneo.

Além do mais, no que se refere ao processo de evolução de família na contemporaneidade, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias mencionam que:

A travessia para o novo milênio transporta valores totalmente diferentes, mas traz como valor maior uma conquista: a família não é mais um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser muito mais um espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor, e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito. (PEREIRA; DIAS, 2003, p. 14).

Destarte, de acordo com o entendimento dos doutrinadores supracitados, resta clara a evolução e transformação das famílias contemporâneas, em especial, no que tange à distinção de deveres e tarefas entre o homem e a mulher. Isto é, no decorrer dos anos, o companheirismo entre o casal se tornou cada vez mais presente, minimizando o que se pode chamar de superioridade masculina.

Nesse sentido:

A Constituição Federal, ao eleger como princípio a liberdade de planejamento familiar e o pluralismo das entidades familiares, sem distinção ou hierarquia, todas merecedoras de proteção estatal, alargou o conceito de família, que não ocorre mais apenas no modelo jurídico do casamento, que se constitui previamente pela celebração, ou na filiação biológica. Também se constitui pela situação de fato, consistente na convivência socioafetiva, no querer recíproco de seus membros nucleares em ser família, de desenvolver um projeto de vida comum, independentemente de qualquer ato formal de constituição. (CARVALHO, 2015, p. 54).

Deste modo, devido às inúmeras mudanças sociais, houve a adequação no ordenamento jurídico em relação à família tradicional. Ou seja, é possível observar que, com o passar dos anos, funções hierarquizadas e patriarcais, começaram a dar lugar para a afetividade, deixando de lado quaisquer distinções ou discussões no que diz respeito a sexo ou consanguinidade.

É válido mencionar ainda, a respeito deste assunto, um breve comentário feito por Maria Berenice Dias: “(...) o princípio da afetividade é hoje o norteador do direito das famílias” (2016, p.56). Isto é, atualmente, a afetividade se faz cada vez mais presente no âmbito familiar, excluindo qualquer diferença ou preconceito.

Ademais, outro fator considerado de grande evolução nas famílias é que, no Código Civil de 1916, a família tradicional era conceituada pelo parentesco consanguíneo e reconhecida pelo casamento formal, o qual possuía um sistema patriarcal e era considerado como unidade de produção. Vejamos:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962.)

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (BRASIL, 1916).

Todavia, diferentemente da conceituação exposta, o conceito de família, segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/1988), passa a englobar maior número de possibilidades para a formação de entidade familiar, tendo em vista a valorização jurídica das relações unidas com base no afeto.

Salienta-se que, além da igualdade entre homem e mulher, a Constituição Federal expõe em seu artigo 227, §6º, a igualdade entre filhos biológicos e socioafetivos, todos com os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

Logo, o sistema jurídico reconheceu outros tipos de família, além da matrimonial heteroafetiva, como a homoafetiva, a união estável, a anaparental, que serão investigadas em tópico próprio, mas apenas três são explícitas na Constituição Brasileira de 1988, sendo estas: o casamento; a união estável; e a família monoparental.

Em suma, a falta de inclusão das outras modalidades na Carta Magna não prejudica a aplicação das demais entidades, devendo ser consideradas, pois pautam-se na afetividade, sendo este, deveres impostos aos pais em relação aos filhos e podendo ser,

também, os laços criados entre os familiares; na estabilidade, tempo de convivência de durabilidade extensa e; na ostensibilidade, que é o intuito de formar uma família.

Como se vê, portanto, há, na contemporaneidade a possibilidade de diferentes tipos de entidade familiar.

2 TIPOS DE FAMÍLIA

Há diversos tipos de família reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, que possuem vínculos estruturados a partir do afeto. O que se pode observar, é que as famílias da atualidade se amplificaram para além dos preceitos constitucionais, tendo em vista que os novos modelos de família encontram-se sob o pilar da afetividade.

A respeito dessa temática, Rolf Madaleno:

A família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias de núcleos familiares construídos com suporte na aquisição de patrimônio. [...] E, se a família tem atualmente outro perfil que se alargou para além das fronteiras enlaçadas pela Constituição Federal com o casamento (CF, art. 226, § 1º); a união estável (CF, art. 226, § 3º) e a família monoparental, representada pela comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF, art. 226, § 4º), cumpre então localizar essas famílias denominadas plurais e concluir sobre suas formações e seus efeitos. (MADALENO, 2017, p. 3)

Portanto, com a evolução das famílias no ordenamento jurídico brasileiro, explica-se, a seguir, os principais tipos familiares existentes, quais sejam: família monoparental; família anaparental; família matrimonial, tradicional ou nuclear; família informal ou em união estável; família unipessoal e família reconstituída, multiparental ou mosaico.

2.1 Família monoparental

A família monoparental está fundamentada no artigo 226, §4º, da Constituição Federal de 1988: "*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*". (BRASIL, 1988).

A monoparentalidade tem origem a partir do falecimento do pai ou da mãe, ou na separação ou divórcio dos pais. A respeito desse assunto, o autor Rolf Madaleno expõe:

[...] é fruto, sobretudo, das uniões desfeitas pelo divórcio, pela separação judicial, pelo abandono, morte, pela dissolução de uma estável união, quando decorrente da adoção unilateral, ou ainda da opção de mães ou pais solteiros que decidem criar sua prole apartada da convivência com o outro genitor. (MADALENO, 2015, p.36)

Contudo, existem ainda diversas situações em que podem ser consideradas como monoparentalidade, quais sejam: a inseminação artificial pela mulher solteira, ou a fertilização artificial, quando ocorre o falecimento do marido; a adoção por pessoa solteira; a entidade familiar orientada por parente que não seja o pai ou a mãe; e as estruturas de convívio formadas por uma pessoa que não seja parente, mas que tenha sob sua guarda crianças ou adolescentes.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º, determinou os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não do casamento e proibiu qualquer tipo de discriminação.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

Visto isso, pode-se dizer que todos os filhos são iguais perante a lei, independentemente da forma de aquisição destes. Além disso, não se faz necessária a consanguinidade para constituir a família monoparental, tendo como requisito, que haja a presença de um dos pais e seu filho.

A respeito deste assunto, o autor Rolf Madaleno expõe o seguinte:

Outro fator responsável pela disseminação do modelo monoparental de família certamente origina do reconhecimento constitucional da igualdade da filiação, encerrando o execrável ciclo da legitimidade da prole em razão do casamento e discriminando os filhos do amor,

porque adotivos, naturais, incestuosos ou extraconjugais. (MADALENO, 2021, p.39)

Deste modo, de acordo com Madaleno, deve haver um reconhecimento igualitário na filiação, sem qualquer distinção ou discriminação.

Insta salientar que, para que uma família seja considerada monoparental, é necessário que exista uma distinção de gerações entre um de seus membros e os demais, contanto que não haja relacionamento de forma sexual entre eles. Ademais, é válido ressaltar que não é a existência de menores de idade que permite o reconhecimento da família como monoparental, uma vez que a maioria dos descendentes não interfere nesse modelo familiar.

2.2 Família anaparental

A família anaparental, embora não encontrada na letra da lei, é reconhecida como entidade familiar pelo ordenamento jurídico, através da seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (STJ. REsp 159851/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 22/06/1998 p. 100).

Deste modo, de acordo com a jurisprudência supracitada, é válido salientar que uma família pode ser composta por dois irmãos solteiros que residem em um mesmo imóvel, constituindo entidade familiar, sendo esta, uma modalidade de família anaparental.

Ademais, o Supremo Tribunal de Justiça determinou ainda: “[...] Nessa senda, a chamada família anaparental sem a presença de um ascendente, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status [...]” (STJ, REsp 1217415 RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, 3^a T., publ. 28/06/2012).

Portanto, foi reconhecida a constituição de entidade familiar entre irmãos solteiros, para que possam gozar dos direitos estabelecidos em lei, como, por exemplo, a impenhorabilidade do bem de família, uma vez que estes possuem vínculos subjetivos.

Ainda, a respeito desse modelo familiar, é importante mencionar uma reflexão feita por Maria Berenice Dias:

Mesmo que a Constituição tenha alargado o conceito de família, ainda assim não enumerou todas as conformações familiares que existem. A diferença de gerações não pode servir de parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. Não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica. No entanto, olvidou-se o legislador de regular essas entidades familiares. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família parental ou anaparental. (DIAS, 2015, p. 140)

Destarte, pode-se dizer que um núcleo constituído por irmãos ou primos que vivem em família, compõe uma família anaparental. Ainda, pode-se definir a família anaparental como o ente familiar que decorre da convivência entre pessoas, ainda que não sejam parentes, unidas por vínculo de afetividade. Sendo assim, uma família anaparental pode incluir primos, irmãos e até mesmo amigos que vivem juntos, compondo uma estrutura familiar.

Conclui-se, então, que esse tipo de família consiste na falta da figura dos pais, em que os filhos são criados por parentes colaterais ou outro indivíduo que tenha a finalidade de manter uma relação familiar e que tenha como base, a afetividade.

2.3 Família matrimonial/Tradicional/Nuclear

O tipo de família matrimonial, também chamado de família tradicional ou nuclear, é o modelo familiar mais conhecido no país e foi o primeiro a surgir na sociedade após secularização do casamento, pelo Decreto n. 181, de 1890 que dispunha de lei sobre o casamento civil.

Logo, foi regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1891, o qual expunha em seu artigo 72, § 4º, tal entidade como a única forma de família:

Art. 72- A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade dos direitos concernentes à

liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes:

A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita." (BRASIL, 1891)

Em seguida, foi regulamentado pelo Código Civil de 1916 os aspectos para a formalização da família matrimonial, sendo determinado em um de seus artigos o seguinte: "*Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos*". (BRASIL, 1916)

Ademais, o ordenamento jurídico passou por diversas modificações devido às alterações no seio da sociedade e o modelo de família matrimonial, consiste a partir da oficialização da união, através do casamento civil entre duas pessoas. Assim, sobre o conceito de família, o autor Rolf Madaleno determina suas alterações:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental. (MADALENO, 2015, p.36)

Na atualidade, esta modalidade abrange tanto casais heterossexuais, quanto casais homoafetivos, conforme o determinado pela Resolução Nº 175 de 14/05/2013: "*É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo*". Além disso, visa a igualdade de direitos e responsabilidades sem nenhuma distinção, gerando efeitos jurídicos de sucessão e de regime de bens.

Com isso, sendo a modalidade mais comum de família, a partir do matrimônio, ambos devem contribuir na administração da família, como a educação, a vivência, o sustento, de forma que prevaleça a igualdade de todos.

2.4 Família informal/União estável

Antes da chegada da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, não havia disposição legal para a união estável, fato este que pode ser observado no Código Civil de 1916, em que nada se falava sobre o tema, a não ser a respeito de normas restritivas impostas aos concubinatos, expressão que se referia a uma situação em que o homem ou a mulher mantinham, fora do casamento, um outro relacionamento, e esta terceira pessoa envolvida denominava-se concubina ou concubino.

A respeito do concubinato, o autor Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

Malgrado a impropriedade da expressão utilizada, deve-se entender que nem todos os impedidos de casar são concubinos, pois o Parágrafo 1º do art. 1.723 trata como união estável a convivência pública e duradoura entre pessoas separadas de fato e que mantêm o vínculo de casamento, não sendo separadas de direito. (GONÇALVES, 2008, p. 606)

Destarte, a união estável é constituída por casal sem oficialização da união, tendo em vista a convivência contínua e duradoura para sua formação e reconhecimento, requisito este, previsto no artigo 1.723 do Código Civil 2002, em que *"é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família"*. (BRASIL, 2002).

Outrossim, sobre esse tipo familiar, é válido mencionar que a Constituição Federal de 1988 inovou ao reconhecer, em seu artigo 226, §3º, a *"união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"*. (BRASIL, 1988).

Ainda, pode-se dizer que é requisito para a caracterização da união estável a diversidade de sexo entre os companheiros, de acordo com o artigo 226, §3º da Constituição Federal e artigo 1.723 do Código Civil, supracitados. Ademais, o autor Carlos Roberto Gonçalves comenta a respeito do tema: *"por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de não exigir a formalidade da celebração, a união estável só pode decorrer de relacionamento de pessoas de sexo diferente"*. (GONÇALVES, 2008, p. 552)

Além disso, para que a união estável seja reconhecida, não se faz necessário estar o casal morando na mesma casa, assim como estabelece o enunciado da Súmula nº 382 do STF, que diz: *"A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato (expressão que, à época, era entendido como sinônimo de união estável)"*. Ainda, é válido mencionar que não será reconhecida a união estável apenas em razão do nascimento de um filho.

Deste modo, salienta-se que o tipo de família informal ou união estável, é semelhante à família matrimonial, inclusive em relação aos direitos, porém, não há a oficialização, o registro legal da união entre o casal.

2.5 Família unipessoal

A família unipessoal apesar de não possuir o requisito da afetividade para se caracterizar como entidade familiar, é reconhecida pelo ordenamento jurídico como família, visando a proteção dos bens e moradia da pessoa que vive sozinha, ou seja, tornando-os impenhoráveis.

Tal entendimento foi acolhido pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), que editou a Súmula nº 364, determinando que *"o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas"*; portanto, os bens necessários para a subsistência da família unipessoal, equiparam-se ao dos demais tipos de família. Ainda, o autor Álvaro Villaça Azevedo expõe sobre o bem de família: *"Assim, o bem de família unipessoal protege a pessoa que vive solitariamente. Todo ser humano necessita de proteção, no seu lar, não podendo ficar excluído porque optou por viver sozinho."* (AZEVEDO, 2019, p. 353)

Destarte, é importante ressaltar que, a constituição da família unipessoal possui sua origem em fato jurídico. Isto é, ela começa em um grupo familiar, bem como os previstos nos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil de 2002. Entretanto, ela se transforma, em razão de um fato jurídico, como o falecimento de um ou mais membros que antes faziam parte dela, em uma família unipessoal, por passar a existir somente com uma pessoa.

Além disso, é válido acrescentar o conceito de família unipessoal feito pelo autor Cleyson de Moraes Mello:

[...] aquela composta por apenas uma pessoa; apesar do uso da expressão "família unipessoal" é necessário esclarecer que inexistente família monolítica, ou seja, família de uma só pessoa. O termo família é plural, não se concebendo que uma pessoa sozinha possa ser família de si mesmo. O que se pode entender é que as pessoas que moram sozinhas tenham a mesma proteção estatal que as entidades familiares. (MELLO, 2017, p.139)

Desta forma, insta salientar que este tipo familiar é composto por uma pessoa que, sozinha, representa a memória de uma família, sem que haja a necessidade de se relacionar com outras pessoas.

2.6 Família reconstituída/Multiparental/Mosaico

Por fim, esta modalidade, objeto da pesquisa, se trata de família constituída a partir da união de um casal, em que pelo menos um deles possui filho de outro relacionamento.

Ademais, pelo fato da convivência regular com o enteado, alguns pais socioafetivos criam laços afetivos fortes, o que faz com que passem a considerá-los como se filhos biológicos fossem. Visto isso, esses pais querem fazer parte do registro civil da criança ao lado dos pais biológicos.

Outrossim, o ordenamento jurídico através da repercussão geral 622 do STF (Supremo Tribunal Federal) determinou: "*a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*" (Recurso Extraordinário 898.060/ SC, 2016, publicado no seu Informativo n. 840), ou seja, decidiu reconhecer esta modalidade de família, visando o direito à convivência familiar, a afetividade e a dignidade humana, sendo possível o reconhecimento do vínculo estabelecido a partir da relação afetiva, além da biológica.

Assim, o autor Flávio Tartuce expõe, sobre o reconhecimento da entidade familiar:

[...] passou a ser admitida pelo Direito brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai biológico. Ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Quanto aos efeitos sucessórios, na VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em abril de 2018, aprovou-se o Enunciado n. 632, segundo o qual, "nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos". Sem dúvida, teremos grandes desafios com essas afirmações, mas é tarefa da doutrina, da jurisprudência e dos aplicadores do Direito resolver os problemas que surgem, de acordo com o caso concreto. (TARTUCE, 2020, p.511)

Portanto, a multiparentalidade não depende de interesse da parte biológica, sendo reconhecida a partir da análise da convivência e afeto entre as partes. Contudo, o filho reconhecido por mais de dois pais, terá direito a participação na herança de todos os pais registrados no assento de registro civil, sem exceção.

Além disso, é importante mencionar, conforme o teor do artigo 14 do Provimento 63/2017, "*o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento*".

Ainda, sobre a o reconhecimento da multiparentalidade, Flávio Tartuce entende que:

A multiparentalidade está limitada a quatro pais no total, sendo apenas vedado que o reconhecimento bilateral ocorra de uma só vez.

Por fim, a norma estabelece que o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, para os fins jurídicos próprios, inclusive familiares e sucessórios, na linha da tão comentada decisão do STF (art.15 do Provimento 63 do CNJ). (TARTUCE, 2019, p.483-484)

Em síntese, há na multiparentalidade a possibilidade de o menor ter em seu registro civil, pais socioafetivos em concomitância com os biológicos, mas com registro máximo de 04 (quatro) pais, mantendo intacto seus fins jurídicos próprios com relação a todos os pais, sejam biológicos ou socioafetivos.

3 A CONCOMITÂNCIA FAMILIAR

Conforme citado anteriormente, a multiparentalidade, também conhecida como pluriparentalidade, é formada pela paternidade estruturada pela presença de dois representantes paternos e ou duas representantes maternas. Normalmente, consiste na presença concomitante de uma mãe ou um pai biológico e de uma mãe ou um pai socioafetivo, tendo o limite de 04 (quatro) registros por pessoa, estabelecido pelo artigo 14 do Provimento 63/2017: *“Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento”*. (BRASIL, 2017).

É importante ressaltar, que a multiparentalidade é um fato social que ocorre quando o filho ou a filha reconhece como seu pai ou sua mãe, mais de uma pessoa. Isso acontece em razão dos vínculos afetivos que resultam de determinados modelos familiares, em concomitância com os biológicos.

Neste sentido, a respeito da multiparentalidade ou pluriparentalidade, Maria Berenice Dias relata: *“Pluriparentalidade é reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação em que todos os pais assumem os encargos decorrentes do poder familiar e o filho os direitos em relação a todos, no âmbito do direito das famílias e sucessões”*. (DIAS, 2015, p. 31).

Sobre este assunto, no dia 22 de setembro de 2016, o STF considerou uma tese prevendo a possibilidade de registro da paternidade biológica, sem repulsão da paternidade socioafetiva e igualando o reconhecimento dos efeitos patrimoniais

acarretados por esse registro. Destarte, a tese foi determinada em julgamento ao Recurso Especial n. 898.060/SC e expõe que: *“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”* (BRASIL, 2016).

Ademais, é válido expor a opinião da autora Silvana do Monte Moreira, que apresenta projeções para o futuro das famílias e das decisões judiciais provenientes de avanços:

Nada impedirá que, em breve, uma criança tenha dois pais e duas mães, pois, a diversidade dos modelos familiares não parará em apenas 3 membros. Nada impede que essa comunidade viva e plural continue a alterar-se constantemente, agregando, cada vez mais, componentes pelo afeto. (MOREIRA, 2015, p. 359)

Além disso, é importante mencionar que, com a multiparentalidade, surgem novos e diversos tipos de relações. Onde os cônjuges ou companheiros passam a ter novos parentes por afinidade, os filhos passam a ter novos irmãos, novos pais, dentre outras variadas situações. Diante dessas relações e entre os integrantes dessas relações, são desenvolvidos novos vínculos que nem sempre são biológicos, mas também, afetivos, onde o amor e o cuidado fazem nascer uma relação de parentalidade socioafetiva.

Por fim, ressalta-se que a relação consanguínea não mais é suficiente para assegurar a maternidade e a paternidade, ou até mesmo um vínculo jurídico, uma vez que o sustento está, em primeiro lugar, no afeto.

4 SUCESSÃO FAMILIAR

A sucessão é o procedimento pelo qual se faz a transmissão dos bens de uma pessoa à outra, no caso de seu falecimento, tendo em vista, as relações de parentesco entre pessoas que mantêm entre si um vínculo familiar e, principalmente, de afetividade, devendo-se observar a ordem de vocação hereditária, conforme se expressa o artigo 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.(BRASIL, 2002).

Além da ordem de vocação elencada no Código Civil, é levado em consideração ainda três tipos de parentesco, quais sejam, consanguíneo, civil e por afinidade, sendo todos equiparados no momento da sucessão. Assim, o parentesco consanguíneo, se caracteriza pelo vínculo biológico ou de sangue, diferente do parentesco por afinidade, que tem em vista os ascendentes, descendentes e os irmãos do cônjuge ou companheiro, segundo estabelece o artigo 1.595, §1º do Código Civil.

Ainda, há o parentesco civil, que conforme o artigo 1.593 do Código Civil, resulta de outra origem, como por exemplo, a multiparentalidade, em razão do reconhecimento de filiação socioafetiva, bem como, a adoção e à técnica de reprodução assistida heteróloga, os quais têm como princípio o melhor interesse do filho.

Ademais, de acordo com o entendimento de Cristiano Chaves de Farias juntamente com Nelson Rosenvald, sobre o termo filiação:

Sob o ponto de vista técnico jurídico, a filiação é a relação de parentesco, estabelecidas entre pessoas que estão em primeiro grau em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 543)

Em síntese, a filiação é designada de acordo com o grau de parentesco em linha reta, em que se têm por base o afeto e a solidariedade entre as pessoas. No mais, para suceder uma pessoa não se faz necessário ser parente de sangue, podendo também, haver um parentesco por afinidade ou civil.

4.1 Efeitos da sucessão após a concomitância das filiações

Por certo, em relação a sucessão em famílias caracterizadas pela multiparentalidade, esta não há distinção quanto aos direitos e procedimentos utilizados em famílias tradicionais, tendo em vista que a Constituição Federal proíbe a discriminação dos filhos em seu artigo 227, §6º: *“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*. (BRASIL, 1988).

Ainda, tratando-se de família multiparental constituída por um vínculo familiar, com base na afetividade e na posse de estado do filho, este vínculo gerará relações de

parentesco, assim como Maria Berenice Dias relata: *“A paternidade deriva do estado de filiação independentemente se sua origem é biológica ou afetiva. A ideia de paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos”* (DIAS, 2015, p. 363).

Portanto, os pais da criança não serão indicados apenas pelo vínculo sanguíneo, mas sim, em razão daquele que exerce a paternidade com amor e cuidado, tendo em vista a busca pela felicidade e o melhor interesse da criança, bem como, a dignidade da pessoa humana.

Visto isso, sendo a multiparentalidade apenas reconhecida pelo STF, a partir de uma Repercussão Geral, como mais um tipo de família, este não há, até o momento, normas específicas quanto à sucessão e demais direitos. Porém, é previsto pelo Enunciado n. 632, da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em abril de 2018, que, *“Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”*. Outrossim, sobre a hierarquização dos vínculos, o Supremo Tribunal Federal proferiu nos termos de sua ementa:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. (STJ - REsp 1.618.230/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data do Julgamento: 28/03/2017, Data da Publicação: 10/05/2017)

Desta forma, não havendo nenhuma hierarquização entre as paternidades biológicas e socioafetivas, os efeitos da sucessão após a concomitância das filiações, serão os mesmos obtidos nas sucessões decorrentes de famílias tradicionais, devendo ser seguido as normas de sucessão estabelecidas pelo Código Civil. Contudo, deve-se contrariar certas partes do Código Civil de modo a equiparar os quinhões dos ascendentes, tendo em vista que todos os pais e mães, por estarem em mesmo grau de linha sucessória, estes herdarão igualmente. Assim, estabeleceu o Enunciado 642 do Conselho Federal de Justiça na VIII Jornada de Direito Civil:

Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores (CONSELHO FEDERAL, Enunciado 642, 2018).

Visto isso, caso ocorra concorrência entre múltiplos ascendentes de mesmo grau e o cônjuge ou companheiro do falecido, este deverá ter sua quota parte preservada de acordo com o artigo 1.837 do Código Civil, ou seja, *“Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”* (BRASIL, 2002), já os demais ascendentes, terão a partilha de forma igualitária.

Neste sentido, Christiano Cassettari, expõe que, *“Acreditamos que nesse caso a divisão igualitária se impõe, devendo a lei ser flexibilizada em razão do caso específico, já que as regras sucessórias não estavam preparadas para a multiparentalidade”*. (CASSETTARI, 2017, p. 264), ou seja, deve ser observado sempre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, a herança também deverá ser igualitária entre os filhos, conforme posicionamento de Tartuce a respeito deste assunto, em que expõe: *“[...] Com isso, preserva-se, para ele, a igualdade entre os filhos, consagrada no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e no art. 1.832 do Código Civil em relação à divisão igualitária entre os descendentes”*. (TARTUCE, 2019, p. 211).

Portanto, a respeito dos efeitos da sucessão após a concomitância das filiações, Flávio Tartuce expõe também: *“É possível que alguém herde de dois pais e uma mãe ou de um pai e duas mães[...]. Dois pais – o biológico e o socioafetivo – também podem herdar concomitantemente de um mesmo filho, não tendo o nosso legislador previsto tal situação expressamente.”* (TARTUCE, 2019, p. 230).

Em suma, pode-se afirmar, então, que a sucessão será feita conforme os ditames jurídicos já estabelecidos no ordenamento, sendo o filho herdeiro de seus pais, e estes serão herdeiros de seus filhos, sejam eles biológicos ou afetivos, não havendo quaisquer distinções ou hierarquia entre eles.

5 RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já mencionado anteriormente, não há atualmente uma legislação especial sobre a multiparentalidade ou pluriparentalidade. Porém, ainda que não haja esta legislação específica, há entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e dispositivos legais já existentes sobre o presente assunto, em que são utilizadas algumas normas do Código Civil Brasileiro de 2002 e da Constituição Federal de 1988, de forma a defender este tema.

O reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, mostra uma grande evolução do Direito de Família no país, uma vez que legitima o

princípio da dignidade da pessoa humana, e demonstra respeito pelo princípio da afetividade.

Além disso, é importante que sejam analisados os efeitos da multiparentalidade, para que a sua legitimidade seja reafirmada, sendo esta, uma maneira justa de determinação do elo de filiação, onde o elo biológico e o afetivo estão pareados e que, diversas vezes, é priorizado o elo construído na essência pela afetividade.

Nesta senda, a CF/88, em seu artigo 227, caput e parágrafo 6º, dispõe a respeito do dever da família em relação à criança, ao adolescente e ao jovem:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Deste modo, o artigo 1.596 do Código Civil possui uma grande relação com o artigo da Constituição Federal supracitado, que estabelece o seguinte: *“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*. (BRASIL, 2002)

Nesta perspectiva, é válido acrescentar um julgado que menciona o dispositivo legal supracitado, o qual, trata-se de um recurso de apelação cível e refere-se a uma ação de investigação de paternidade, onde há a presença da relação de socioafetividade.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de

parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. APELO PROVIDO. (TJRS; APELAÇÃO CÍVEL 70029363918; OITAVA CÂMARA CÍVEL; REL. DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA; J. 7.5.2009).

Em resumo, a respeito do referido julgado, foi reconhecida a multiparentalidade, pelo Juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude de Recife, ao invés de admitir a adoção unilateral da madrasta, autorizando que uma criança de 4 (quatro) anos fosse registrada no nome dos pais biológicos e no nome da companheira do pai, que o criava desde o seu nascimento, em razão da falta da mãe biológica.

Desta forma, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança, ficou determinado pelo juiz, que o menor teria duas mães jurídicas e um pai, por não enxergar razões para que o vínculo com a mãe biológica fosse destruído.

É importante mencionar ainda, que a Lei nº 6.015, de 1973 (Lei de Registros Públicos), em seu artigo 54, itens 7º e 8º, dispõe que deverão constar no registro do filho, os nomes e prenomes dos pais e dos avós. Deste modo, constará os nomes dos pais biológicos, do pai e ou da mãe socioafetivos, e ainda, constarão como avós todos os ascendentes destes. Sendo assim, o filho poderá utilizar o nome de todos os pais.

Outrossim, o artigo 47, § 4º da Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), determina que, a respeito da adoção, não constará quaisquer observações no registro sobre o ato. Desta maneira, o filho continuará com as relações de parentesco com a família dos pais biológicos, e passará a ter relações de parentesco com a família dos pais socioafetivos.

Por outro lado, foi determinado um limite referente a quantidade de registros parentais permitidos por pessoa, assim como explica Flávio Tartuce:

Restou esclarecido pelo então Corregedor-Geral de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, que a multiparentalidade está limitada a quatro pais no total, sendo apenas vedado que o reconhecimento bilateral ocorra de uma só vez. Por fim, a norma estabelece que o

reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, para os fins jurídicos próprios, inclusive familiares e sucessórios, na linha da tão comentada decisão do STF." (art.15 do Provimento 63 do CNJ). (TARTUCE, 2019, p. 483)

Destarte, o artigo 14 do provimento 63 da Corregedoria Nacional de Justiça prevê o limite máximo de quatro pais no campo filiação, ou seja, poderá ocorrer o registro de apenas um pai e uma mãe socioafetivos, e um pai e uma mãe biológicos. Entretanto, deve-se observar a regra do reconhecimento ser realizado apenas de forma unilateral, bem como maiores de 12 (doze) anos promoverão o registro por via extrajudicial, enquanto os que possuem idade inferior, deverão se utilizar da via judicial.

Ademais, o reconhecimento da multiparentalidade surgiu a partir do Supremo Tribunal Federal no dia 22/09/2016, que ao julgar o Recurso Extraordinário n. 898.060, fixou em repercussão geral de nº 622 a seguinte tese: *"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."*

No mais, a multiparentalidade tornou-se uma realidade jurídica da filiação, o qual produz efeitos na vida cotidiana da família, bem como efeitos jurídicos. Portanto, o reconhecimento deste tipo de família apenas regularizou o que já existia na realidade fática, incluindo apenas efeitos jurídicos como os da sucessão, alimentos, entre outros, tratando-se de igualdade de direitos e deveres parentais.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente artigo, pode-se afirmar, então, que a Multiparentalidade prevê a igualdade de direitos e deveres, tanto no que concerne aos pais biológicos quanto aos socioafetivos, inclusive no que diz respeito à prestação alimentícia e ao direito sucessório, não havendo, portanto, hierarquia entre eles.

Assim, devido à ausência de hierarquia entre os pais, quanto aos efeitos da sucessão após a concomitância das filiações, o filho será sucessor de ambos os pais e estes seriam sucessores do filho, não havendo distinção quanto aos direitos e procedimentos utilizados em famílias tradicionais, devendo ser seguido as normas de sucessão estabelecidas pelo Código Civil. Entretanto, o ordenamento entende que se deve contrariar uma parte do Código Civil, de modo a equiparar os quinhões dos ascendentes, pois todos os pais e mães se encontram no mesmo grau de linha sucessória.

Outrossim, com base na pesquisa realizada, afirma-se que a parentalidade socioafetiva, em sentido literal, trata-se da afetividade criada em um âmbito social. Em

suma, é a constituição de uma sociedade familiar baseada no afeto, sendo este, capaz de construir vínculos entre as pessoas.

Agora, a multiparentalidade, refere-se à paternidade constituída pela presença de dois pais e ou duas mães, normalmente, a presença concomitante de um pai ou mãe biológico (a) e de um pai ou mãe socioafetivo (a), ressaltando que só é possível o registro com até 4 (quatro) pais. Essa situação é comum nos casos em que o casal que gerou o filho, deixam de ter um convívio juntos e cada um forma uma nova família, concedendo ao filho a oportunidade de conviver com um novo pai ou nova mãe, isto é, o pai ou mãe socioafetivo (a).

Ademais, sobre os assuntos analisados, ficou perceptível a importância do afeto como elemento principal a ser considerado em cada caso. Destarte, o presente artigo visou, especialmente, convidar à reflexão a respeito de uma temática contemporânea, ainda que já existente há décadas, conforme exposto nas pesquisas aqui presentes.

Além disso, foi possível concluir sobre a importância, para toda sociedade, em entender um pouco mais sobre um tema tão relevante como a Multiparentalidade, tendo em vista que engloba as questões jurídicas, bem como as questões particulares da vida do ser humano, uma vez que trata-se de um ponto relacionado ao interior de uma pessoa, que é o afeto, elemento esse que une as pessoas e vai além do vínculo sanguíneo.

Viu-se, também, de acordo com alguns julgados apresentados no decorrer da pesquisa, que é possível a coexistência dos nomes do pai e da mãe biológicos, bem como do nome do pai e da mãe socioafetivos, no registro de nascimento do filho ou da filha. Vale ressaltar que esses pais podem fazer parte de relações matrimoniais, união estável, homoafetivas, socioafetivas, dentre outras.

Por fim, sobre a os efeitos sucessórios, após minuciosa pesquisa, pode-se afirmar que tal direito será duplicado, podendo o filho ser sucessor de todos os pais presentes no assento de registro civil, bem como, ambos os pais, biológicos ou socioafetivos, podem herdar concomitantemente do mesmo filho, sem nenhuma hierarquia entre estes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil** : direito de família. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609727/>>. Acesso em: 30/04/2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça, provimento 63 de 2017**. Pedido de providências nº 0006194-84.2016.2.00.0000. Ministro João Otávio de Noronha, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 10/04/2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 06/04/2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 27/04/2021.

_____. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Disponível em: <Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br)> Acesso em 27/04/2021.

BRASIL, **Enunciado n. 632 da VIII Jornada de Direito Civil**. Conselho Federal de Justiça. Disponível em : <Consulta de Enunciados (cjf.jus.br)> Acesso em: 31 de março de 2021.

_____. **Enunciado n. 642 da VIII Jornada de Direito Civil**. Conselho Federal de Justiça. Disponível em : <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1181>> Acesso em 01/04/2021.

BRASIL. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil Brasileiro. Disponível em : <L3071 (planalto.gov.br)> Acesso em 06/04/2021.

_____. **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em 06/04/2021.

_____. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 06/04/2021.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 06/04/2021.

BRASIL. **Súmula 364**. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <STJ - Súmulas do STJ>. Acesso em 06/04/2021.

_____. **Súmula 382**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <Pesquisa de jurisprudência - STF>. Acesso em 06/04/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 898.060/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22/09/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70029363918**. Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda. Julgado em 07/05/2009. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19947488/apelacao-civel-ac-70040612079-rs/inteiro-teor-19947489>> Acesso em: 06/04/2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**, 4^a. Ed. Ver., Atual., e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. [livro eletrônico] 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed.rev. atual. E ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

_____. Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 10. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 11^o ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

_____. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Carlos Roberto, **Direito Civil brasileiro**, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: Famílias**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MOREIRA, Silvana do Monte. Famílias. In: ZAGAGLIA, Rosângela Alcantara. et al (Coord.). **Criança e Adolescente**. 1.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha e DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3ª.ed. ver. Atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TARTUCE, Flávio, **Direito Civil: direito de família** - 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Flávio, **Direito Civil: direito de família** - 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Flávio, **Direito Civil: direito das sucessões** - 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Flávio, **Direito Civil: direito das sucessões** - v. 6 / Flávio Tartuce. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Flávio. **Direito Civil : Direito de Família** - Vol. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>>. Acesso em: 01/04/2021.

_____. Flávio, **STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos**. Disponível em: <STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos (jusbrasil.com.br)> Acesso em 10 de abril de 2021.

VIEGAS; POLI; SILVA, Cláudia; Leonardo; Mirelle. **A validade do testamento em favor do filho socioafetivo da concubina**. Revista do Tribunais, vol. 1003/2019 | p. 211 - 235 | maio / 2019.

QUESTÕES RELEVANTES SOBRE A PRESCRIÇÃO PENAL: UM ESTUDO SOBRE A PRESCRIÇÃO PENAL, SEUS ASPECTOS MAIS RELEVANTES A PARTIR DE ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS.

TIAGO GONÇALVES VENTIM:

Bacharel em Direito formado pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro, Advogado Criminalista, estudioso das ciências criminais;

Sumário: 1. Introdução; 2. Prazos prescricionais; 3. Momentos em que a prescrição é interrompida; 4. Incomunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão executória da pena; 5. Comunicabilidade de algumas causas de interrupção da prescrição da pretensão punitiva da pena 6. Lapso temporal da prescrição punitiva. 6.1. Propriamente dita. 6.2 Intecorrente; 6.3 Retroativa; 7. Prescrição da pretensão executória da pena; 8. Suspensão do curso do prazo prescricional antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; 9. Considerações finais; 10. Referências.

1) INTRODUÇÃO:

A prescrição é a perda, em face do decurso do tempo, do direito de o Estado punir ou executar uma punição já imposta. Trata-se de um limite temporal ao poder punitivo do Estado, em suma, o estado não pode eternizar o direito de punir, eis a finalidade da prescrição (SANCHES).

A natureza jurídica da prescrição penal é causa extintiva da punibilidade da pena. Por conta disso, tecnicamente é correto afirmar o crime teve e pena prescrita e não que o crime prescreveu (MASSON).

Temos dois tipos de prescrição penal, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado para ambas as partes. Impede qualquer efeito de eventual condenação (restando a vítima procurar reparação no cível) e divide-se em quatro espécies: Em abstrato (artigo 109 do Código Penal), retroativa (artigo 110, parágrafo I do Código Penal), superveniente (Artigo, 110 parágrafos I do Código Penal), em virtual (não reconhecida pelos tribunais superiores).

Por sua vez, na prescrição da pretensão executória, prevista no artigo 110, caput do Código Penal, o estado perde o direito de executar a punição já imposta, ocorre após o trânsito em julgado para ambas as partes, impede apenas a execução da pena (os demais efeitos penais e extrapenais permanecem).

Essas duas modalidades de prescrição penal (prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória) irão respeitar os prazos prescricionais estipulados pelo Código Penal Brasileiro e sobre esses prazos incorrerão algumas regras estipuladas no próprio Código Penal como as causas de interrupção do prazo prescricional, as causas de suspensão do prazo prescricional antes do trânsito em julgado e após o trânsito em julgado, as regras para o início do prazo prescricional, dentre outros regras que serão a seguir comentadas.

É importante destacar que em relação ao início da contagem do prazo prescricional, o Código Penal Brasileiro adotou como regra (exceto alguns casos, como por exemplo nos casos de tentativa, nos crimes permanentes, e nos de bigamia e assentamentos do registro civil) a teoria do resultado, ou seja, o termo inicial da prescrição começa quando se consumou o crime, conforme o artigo 111 do Código Penal:

Artigo 111 do Código Penal:

A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

2. PRAZOS PRESCRICIONAIS:

O prazo prescricional está contido no artigo 109 do Código Penal e terá por base a pena máxima aplicada em abstrato ao crime, senão vejamos:

Art. 109 do Código Penal:

A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Esses são os prazos prescricionais penais, sobre esses prazos é que serão calculadas as modalidades das prescrições da pretensão punitiva (propriamente dita, intercorrente e retroativa) e executória.

É importante observar que, segundo o Código Penal, são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. Segundo entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (STF), a verificação do critério dos 70 (setenta) anos de idade, para fins de redução pela metade dos prazos prescricionais, ocorre na data da publicação da sentença condenatória ou acórdão originário (decisão do juízo a quo), e não quando o título condenatório se torna imutável, ou seja, não serve a interposição de recurso, com exceção do embargo de declaração

(Se o réu opor embargo declaratório e esses são acolhidos, poderá se beneficiar se completar setenta anos antes da decisão).

3. MOMENTOS EM QUE A PRESCRIÇÃO É INTERROMPIDA:

O Código Penal traz no seu artigo 117 as causas de interrupção do prazo prescricional, irei analisar cada uma dessas causas de interrupção do prazo prescricional

de acordo com o entendimento doutrinário de Cléber Masson, Rogério Sanches Cunha e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

a) Recebimento da denúncia ou da queixa:

A interrupção ocorrerá no momento da publicação do despacho que recebe a denúncia ou a queixa. Essa publicação não precisa ser veiculada na

Imprensa oficial para ocorrer. Ele ocorre quando o juiz devolve os autos ao cartório, em mãos do escrivão.

No entanto, se a denúncia for rejeitada, o Ministério Público pode recorrer da decisão mediante recurso em sentido estrito, no caso de o tribunal dar provimento ao recurso, a sentença estará interrompida na data da sessão de julgamento pelo tribunal, independentemente da publicação oficial, esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Uma outra questão importante sobre o recebimento da denúncia ou queixa e o caso de o juiz receber a denúncia ou queixa, e aquele despacho ser posteriormente anulado, aquele despacho não vale mais como recebimento, pois o ato nulo não produz efeito jurídico.

Por fim, no caso de recebimento da denúncia por juízo incompetente, dependerá de duas hipóteses a validade do recebimento da denúncia ou da queixa.

Se por juízo absolutamente incompetente, não valerá como recebimento da denúncia a fim de interromper o prazo prescricional. Nesse caso aplica-se o artigo 567 do Código de Processo Penal e os autos serão remetidos ao juízo competente (aí sim valerá como recebimento da denúncia).

Art. 567 do Código de Processo Penal:

A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

No entanto, se a denúncia ou queixa for recebida por juízo relativamente incompetente, valerá como recebimento da denúncia a fim de interromper o prazo prescricional.

b) Pronúncia:

A interrupção do prazo prescricional pela pronúncia ocorre com a sua publicação oral em audiência. Caso ela não seja prolatada em audiência, a prescrição estará

interrompida quando o juiz entregar os autos em cartório (da mesma forma que ocorre com a denúncia ou queixa).

Se ocorreu recurso, a prescrição estará interrompida na data da sessão de julgamento pelo tribunal (da mesma forma que ocorre com a denúncia ou queixa).

Importante ressaltar que mesmo que haja desclassificação da pronúncia no plenário do Tribunal do Júri, esta (a pronúncia) continuará valendo como causa interruptiva da prescrição, conforme a súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça.

Súmula 191 do STJ:

A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.

c) Decisão confirmatória da pronúncia:

Quando o juiz pronunciou o réu, o réu recorre mediante recurso em sentido estrito, a decisão do tribunal que confirma a decisão de pronúncia também vale como causa interruptiva da prescrição.

d) Publicação da sentença ou do acórdão condenatório recorríveis:

Todo o acórdão condenatório recorrível interrompe a prescrição. Ou seja, tem que ser recorrível. Por exemplo, crimes julgados originalmente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, onde não é possível recurso de mérito para recorrer da condenação, não valem para interromper a prescrição (MASSON).

O acórdão condenatório recorrível interrompe a prescrição no momento da publicação se feita em audiência (da mesma forma que as hipóteses anteriormente explanadas).

Quando se tem tecnicamente acórdão condenatório? Em duas situações. Em primeiro lugar, quando a sentença foi absolutória, o Ministério Público recorreu, o tribunal deu provimento ao recurso, a sentença penal é condenatória. E a segunda hipótese é no caso de sentença penal condenatória originária dos tribunais.

Polêmica se dá com o acórdão confirmatório da condenação. Vamos a um caso prático, a polêmica ocorre quando a sentença foi condenatória e as partes recorrem dessa sentença condenatória, no caso o tribunal confirma essa sentença, através do acórdão. Para o Supremo Tribunal Federal, o acórdão confirmatório da condenação interrompe a prescrição (pouco importa se ele diminuiu, se ele aumentou ou se ele manteve a sentença).

Esse assunto é muito debatido na doutrina e o Superior Tribunal de Justiça tinha um entendimento contrário, por ora o tema está pacificado pela mais recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal.

e) Início do cumprimento da pena:

Essa hipótese de interrupção do prazo prescricional ocorre quando o réu foi condenado e foge para não cumprir a pena. Cumprido o mandado de prisão e sendo capturado, a prescrição é interrompida com o início do cumprimento da pena pelo condenado.

f) A continuação do cumprimento da pena:

Por exemplo, o réu tinha 10 (dez) anos de pena a cumprir, já cumpriu 8 (oito) anos, e no oitavo ano do cumprimento da pena o réu fugiu (faltam dois anos ainda a cumprir). A prescrição continua a correr, no entanto ela é calculada pelo restante da pena, ou seja, no caso em tela em 2 (dois) anos. Ao ser recapturado, no caso do nosso exemplo, a prescrição é interrompida e continua a correr de novo no prazo de 2 (dois) anos.

g) Reincidência:

Duas reincidências influenciam na prescrição da pretensão executória da pena. A reincidência anterior a condenação aumenta em 1/3 o prazo da prescrição da pretensão executória. A reincidência após a condenação interrompe o prazo prescricional.

Por exemplo, o réu fugiu e está foragido a 19 (dezenove) anos. A sua pena por sentença definitiva em São Paulo é de 20 (vinte) anos e já está perto de prescrever. O Promotor de Justiça, no entanto, descobre que o réu praticou outro crime no interior do Amazonas e se tornou reincidente. Nesse caso a prescrição da sua pena é interrompida e ele não mais estará perto de ter sua pena de 20 anos prescrita.

4. INCOMUNICABILIDADE DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA:

Por expressa previsão legal, jamais se comunicam, nem no concurso de pessoas, nem no concurso de crimes, pois as causas interruptivas da prescrição da pretensão executória são personalíssimas, dizem respeito exclusivamente ao condenado e aquele crime que ele praticou (MASSON).

5. COMUNICABILIDADE DE ALGUMAS DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA PENA

As causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva da pena são comunicáveis, tanto nos concursos de pessoas como também no concurso de crime (desde que ele seja conexo e objeto de um mesmo processo).

Artigo 117, § 1º do Código Penal:

Excetuados os casos dos incisos V (pelo início ou continuação do cumprimento da pena) e VI (pela reincidência) deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

6. LAPSO TEMPORAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA:

6.1 PROPRIAMENTE DITA:

A prescrição propriamente dita está disposta no artigo 109 do Código Penal e diz que:

Artigo 109 do Código Penal:

A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (abstrata).

Este é o único tipo de prescrição em que temos a prescrição calculada pela pena em abstrato. Na prescrição propriamente dita há apenas a sentença condenatória, por isso mesmo não se pode falar em pena concreta aplicada, pois a pena é provisória, ou seja, ainda não houve trânsito em julgado para a acusação.

Essa modalidade de prescrição é calculada analisando se entre a data da consumação do fato criminoso e o recebimento da denúncia ou queixa já não se passou o prazo prescricional. Ou mesmo se entre o recebimento da denúncia e o atual estado do processo também já não aconteceu a prescrição. Tudo com base na pena em abstrato.

Importante ter em mente que no cálculo da prescrição da pretensão punitiva em abstrato não se consideram as circunstâncias judiciais nem as agravantes e as atenuantes (leva-se em consideração apenas as qualificadoras e as causas de aumento e diminuição da pena) (SANCHES).

6.2. INTECORRENTE:

Essa modalidade de prescrição da pretensão punitiva ocorre sobre a pena em concreto aplicada na sentença. A prescrição Intercorrente se verifica da data da publicação da sentença até o trânsito em julgado para a acusação, (a acusação não quis entrar com recurso ou não pode mais entrar com recurso).

Em outras palavras, o marco temporal na prescrição intercorrente, é a publicação da sentença (ou acórdão condenatório recorríveis) até o trânsito em julgado para a acusação.

6.3 RETROATIVA:

A prescrição da pretensão punitiva retroativa verifica-se a da data da publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis retroativamente a data do recebimento da denúncia ou da queixa.

Essa modalidade de prescrição penal também leva em consideração a pena fixada na sentença para a constatação do prazo prescricional.

É importante ter em mente que tanto a prescrição da pretensão punitiva intercorrente, como a prescrição da pretensão punitiva retroativa são calculadas pela pena em concreto, pois ocorreu o trânsito em julgado para a acusação, ou seja, só poderá haver recurso do réu, a situação do réu não poderá piorar. (MASSON).

Ambas (intercorrente e retroativa) estão dispostas no artigo 110 § 1º do Código Penal, que assim diz:

Art. 110 § 1º do Código Penal:

A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

7. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA:

O art. 112, inciso I, do Código Penal dispõe que a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional. Ao passo que o inciso II diz que a prescrição executória da pena começa a correr do dia que se interromper a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena, senão vejamos:

Art. 112 do Código Penal –

No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento contrário, para a suprema corte nessa modalidade a prescrição é contada a partir do trânsito em julgado para ambos (tanto para a acusação, quanto para a defesa), pois somente aí é que o estado poderá de fato executar a pena.

A 5ª Turma do STJ chegou a decidir que o termo inicial é o trânsito em julgado para ambas as partes. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (HC 137.924/SP, j. 25/05/2010).

Decisões posteriores, no entanto, voltaram a aplicar o disposto no art. 112: “No âmbito deste Superior Tribunal, prevalece o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, consoante a interpretação literal do art. 112, I, do CP, que, mesmo depois da Constituição Federal de 1988, não foi revogado por não recepção ou declarado inconstitucional e, portanto, permanece vigente no ordenamento jurídico pátrio” (AgRg no HC 536.448/SP, j. 22/10/2019). (SANCHES).

8. SUSPENSÃO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA:

Antes de mais nada é preciso ter em mente que as causas de interrupção da prescrição penal são diferentes das causas de suspensão do prazo de prescrição penal.

Na interrupção (com exceção do início de continuação do cumprimento da pena) o prazo prescricional da pena começa a correr do zero. Ao contrário, nas causas de suspensão do prazo prescricional, o prazo não corre, porém quando começar novamente a correr ele não irá iniciar do zero e sim de onde parou.

Segundo o artigo 116 do Código Penal, antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre (prescrição da pretensão punitiva da pena):

Artigo 116 do Código Penal:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no exterior;

III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e

IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Em relação a suspensão do prazo prescricional da pretensão executória da pena depois trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deve-se ter em mente um importante julgado da Quinta Turma do STJ que reafirmou o entendimento de que o cumprimento de pena imposta em outro processo, ainda que em regime aberto ou mesmo em prisão domiciliar, impede o curso da prescrição executória, nos termos do artigo 116 do código penal.

Em seu voto, o relator do recurso ressaltou que não há influência do prazo prescricional se o réu está em cumprimento de pena relacionada a outros processos; logo, também não há como reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição.

Ademais, também foi destacado que o fato de o prazo prescricional não correr durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo não depende da unificação das penas: "No caso dos autos, o paciente cumpria pena referente a outro processo, situação que obsta o início da contagem do prazo da prescrição executória da sanção que lhe foi cominada no presente feito, e que impede o reconhecimento da extinção de sua punibilidade, como pretendido".

Artigo 116, Parágrafo único do Código Penal:

Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre (prescrição da pretensão executória da pena) durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

9. CONCLUSÃO:

A quantidade de processos que tramitam na justiça criminal vem atrasando as atividades do judiciário e, com isso, a espera por uma decisão definitiva custa vários anos.

Dessa maneira, é fácil notar que o instituto da prescrição penal é de enorme importância, haja vista tratar-se de uma limitação no poder-dever de punição do Estado.

Através da prescrição, são garantidos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, que se dá com o transcurso do tempo legalmente pré-estabelecido para a persecução penal.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal Comentado. Salvador: 12^a ed. JusPodivm, 2019.

MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1^o a 120) - volume 1.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral (arts 1^o a 120). 9.ed. ed. São Paulo: Método, 2015.

Código Penal. Decreto 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 14 out 2020,

Código de Processo Penal. Decreto 689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 out 2020.

POLÍCIA MILITAR: ANÁLISE JURÍDICA DA POSSIBILIDADE DE DESMILITARIZAÇÃO

VINÍCIUS DE AGUIAR NOMINATO:

Graduando de Direito do Centro Universitário Una e Soldado do Corpo de Bombeiros Militar de MG.

MARCO ANTÔNIO DELMONDES KUMAIRA.

(orientador)

RESUMO: A partir dos primórdios da humanidade, os exércitos já se organizavam de forma militar para melhor defender e conquistar territórios. Não foi diferente no Brasil. Desde o período colonial, o militarismo foi se criando e se tornando sólido no país. Até a independência não havia separação clara entre exército e segurança pública, uma vez que a colônia não detinha soberania; foi o que fez o sistema militar tomar forma também na polícia. Deste modo foi possível comparar a finalidade da Polícia Militar com a finalidade das Forças Armadas conforme evoluíam as constituições e legislações infraconstitucionais. Ficou demonstrado que há diferenças significativas nos objetivos e nas atividades conferidas pela lei e pela Constituição a estas instituições. Aborda-se a desmilitarização com base nos poderes da administração pública e na segurança pública enquanto um instrumento de proteção e defesa social, bem como benefícios para o policial em razão desta possibilidade.

Palavras-chave: militarismo; segurança pública; polícia; polícia militar; desmilitarização.

ABSTRACT: From the beginning of the humanity, the armies have organized themselves in a military way to better defend and conquer territories. It was no different in Brazil. Since the colonial period, the militarism was creating and solidifying itself in the country. Until the independence there was not a clear separation between the army and the public safety, once that the colony didn't have sovereignty; it was what did the military system take shape in the police. That way it was possible to compare the finality of the Military Police with the finality of the Armed Forces as the constitutions and the infraconstitutional laws evolved. It has been demonstrated that there are significant differences in the conferred by law and Constitution objectives and activities of this institutions. Demilitarization in addressed based on the public administration powers and the public safety as an instrument of protection and social defense, as well the benefits for the policeman because of this possibility.

Keywords: militarism; public safety; police; military police; demilitarization.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o modelo militar das instituições policiais brasileiras, tendo utilizado como metodologia científica a pesquisa bibliográfica. Também se utilizou da figura do Direito Comparado. O objetivo deste artigo é apresentar o modelo militar vigente e questionar sua aplicação na polícia enquanto um instrumento de proteção social. Justifica-se este artigo na sensação de insegurança que cerca a sociedade brasileira enquanto inclusive em relação àqueles que deveriam defendê-la, bem como a crescente violência policial. O assunto foi abordado com base na história do instituto (militarismo) e a evolução das legislações que o cercam, bem como as consequências mais imediatas da desmilitarização

2. ORIGEM DO MILITARISMO

2.1 No Mundo

É de conhecimento geral que os institutos existentes nos dias atuais são fruto de uma evolução histórica, tanto do ser humano individualmente, quanto da humanidade, coletivamente. Deste modo, é fácil perceber que o que possuímos disponível hoje, nos mais diversos campos, tem como alicerce situações utilizadas no passado e aperfeiçoadas com o passar dos anos.

O militarismo é um instituto antigo na sociedade. Sua história se confunde com a história da própria humanidade; porém seus primeiros registros com mais relevância histórica vêm dos escritos de Tucídides (460 a.C. a 400 a.C.), um historiador grego de grande importância.

Na Grécia já se destacavam exércitos como o de Esparta e o de Atenas, que viveram alguns anos de confronto na Guerra do Peloponeso¹⁴⁸ (TUCÍDIDES, 1987). Mas não é o objetivo centralizar esforços nas guerras e sim no que estes exércitos possuem em comum: hierarquia e princípios militares – mencionados diversas vezes por Tucídides¹⁴⁹ em sua obra.

Qualquer exército que se tem conhecimento que já entrou em guerra pelo mundo possui essas particularidades: são distribuídos em patentes, que possuem funções

¹⁴⁸ Ocorreu de 431 a.C. a 404 a.C., entre a liga de Delos e a liga do Peloponeso.

¹⁴⁹ No seu livro a História da Guerra do Peloponeso, Tucídides faz referências à hierarquia dos exércitos espartanos e atenienses.

específicas e diferentes, pelo qual o subordinado não possui legitimidade para pensar sobre aquilo que lhe é comandado.

Não foi uma exclusividade do mundo grego, mas sim uma forma que se repetiu em tropas pelo mundo, como no Império Romano¹⁵⁰, que segundo Silva (2017), entrou em queda justamente quando diminuiu o seu poderio militar em razão da falta de recursos e dos elevados gastos com o exército; e o Império Mongol¹⁵¹ (SOUSA, 2020), por exemplo.

É possível perceber que este instituto foi criado com a finalidade de defesa do território e da soberania, sendo o regime viável e necessário neste caso específico. Neste sentido:

“Sem poderio militar, o país se tornaria mais vulnerável em todos os sentidos”, afirma o cientista político Oliveiros Ferreira, professor da Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo. Se o Brasil abrisse mão de suas Forças Armadas, passaria a depender de outra nação para defender sua soberania. “Seria como entregar a chave da sua casa para alguém cuidar. Você confiaria?”, questiona Marcos Coimbra, economista da Universidade Candido Mendes, no Rio de Janeiro, e conselheiro da Escola Superior de Guerra. (BONUMÁ, 2003)

Portanto, entende-se o papel fundamental das Forças Armadas enquanto Instituições Militares, necessárias à proteção da soberania e da importância internacional de um país.

2.2 No Brasil

O Brasil não foi na contramão do mundo neste sentido. Desde a chegada da Família Real Portuguesa até a criação oficial das forças armadas em 1822 (Exército e Marinha, sendo a Força Aérea oficializada mais tarde, em 1941), que veio com a proclamação da independência do Brasil, já era possível enxergar o movimento de sua criação, segundo o sítio eletrônico do Exército Brasileiro¹⁵².

O Brasil Colônia fora dividido em três períodos principais que vão desde a chegada de Pedro Álvares Cabral, em 1500, até 1822, com a Declaração de Independência (FAUSTO, 2006). A metade do primeiro século de colonização se encarregou basicamente da

150 O Império Romano aconteceu entre 27 a.C. e 476 d.C., tendo acabado por diversos motivos, entre eles a diminuição do poder do seu exército.

151 Ascensão em 1209 e queda em 1368.

152 O Exército Brasileiro é titular das publicações em seu sítio eletrônico e os endereços encontram-se nas referências.

instalação dos portugueses no território, sobretudo visando a colonização dos nativos, o que não demonstra conflitos relevantes ao surgimento de uma força de defesa; após a instalação do Governo Geral. Apenas no segundo período da era colonial é que surgiram tais preocupações (FAUSTO, 2006).

Para a criação do Exército Brasileiro e instalação do militarismo no país, é importante saber que o sentimento de nação do brasileiro ocorreu pela primeira vez na Batalha de Guarapes, em 1648, quando brasileiros e portugueses se uniram contra as invasões holandesas (GONDIM, 2011, p. 7). Neste contexto, houve reunião de tropas luso-brasileiras pelo litoral nordestino, para conter essas invasões holandesas.

Com estas situações que o Brasil iniciou a criação da sua principal força militar e após a independência, em 1822, o Exército Brasileiro quem venceu a resistência portuguesa, mantendo, assim, o território nacional e garantindo a soberania recém conquistada (EXÉRCITO, 2020), conforme descrito em publicação acerca da história do órgão em seu sítio oficial. Porém, só foi legalmente oficializado com a outorga da Constituição de 1824 (BRASIL, 1824)153.

Esta, que foi a primeira Constituição do Brasil, foi outorgada dois anos após a proclamação da independência (1824), quando Dom Pedro convocou uma Assembleia Constituinte (CABRAL, 2014). Em seu texto, traz de forma clara a finalidade das suas Forças Armadas, passando a regular de forma escrita a sua existência, em seu Capítulo VIII, com a seguinte redação original:

Art. 145. Todos os Brasileiros são obrigados a pegar em armas, para sustentar a Independência, e integridade do Imperio, e defende-lo dos seus inimigos externos, ou internos.

(...)

Art. 147. A Força Militar é essencialmente obediente; jamais se poderá reunir, sem que lhe seja ordenado pela Autoridade legitima.

Art. 148. Ao Poder Executivo compete privativamente empregar a Força Armada de Mar, e Terra, como bem lhe parecer conveniente á Segurança, e defesa do Imperio.

(...)

153 A Constituição de 1824 foi o primeiro documento que institucionalizou um exército nacional para defesa da soberania, que era recém adquirida.

Art. 150. Uma Ordenança especial regulará a Organização do Exército do Brasil, suas Promoções, Soldos e Disciplina, assim como da Força Naval. (BRASIL, 1824).

Com a leitura, é possível perceber que o Exército já fora criado com o objetivo de proteger a soberania nacional. A partir deste documento, que já dispõe sobre a figura do Exército, as Constituições seguintes apenas modificaram e modernizaram sua legislação/organização.

3. ORIGEM DA POLÍCIA MILITAR NO BRASIL

Depois de discorrer sobre a origem do sistema militar e de sua importância para a estruturação da defesa do território e dos bens da nação, é importante ter consciência da origem da Polícia Militar no Brasil de modo a entender o modelo atual.

A Polícia Militar brasileira foi baseada na Guarda Real de Polícia Portuguesa. Com a vinda da Família Real para o Brasil foi necessária a criação de uma Guarda equivalente nomeada de Divisão Militar da Guarda Real de Polícia, no Rio de Janeiro¹⁵⁴ (FARIA, 2007).

Após a independência e a queda de Dom Pedro I, foi extinta a Guarda Real e substituída por um Corpo de Guardas Municipais, que foram criadas com o intuito de conter os avanços de tumultos que aconteciam no Rio de Janeiro (FARIA, 2007)¹⁵⁵.

Deste modo iniciou-se a estruturação militar da polícia tal qual se dá nos dias de hoje, através de movimentos que desejavam conter as revoltas populares e militares que vinham ocorrendo como consequência da emancipação do país e da abdicação de Dom Pedro I (NAÍSA, 2020).

É importante dizer que mesmo com todos estes movimentos históricos que ensejaram a criação da Polícia Militar no Brasil, somente na Constituição Federal de 1946 foi utilizado o nome Polícia Militar¹⁵⁶, bem como citou dispositivos para sua criação, conforme texto extraído *ipsis litteris*.

Art. 183: "as polícias militares instituídas para a segurança interna e a manutenção da ordem nos Estados, nos Territórios e no Distrito

¹⁵⁴ Tal Guarda Real foi criada ainda no Brasil Colônia e tinha por finalidade a segurança da Família Real no Brasil.

¹⁵⁵ Neste contexto, já havia sido criado o Exército Brasileiro, que influenciou gradativamente na militarização destes corpos de guardas municipais.

¹⁵⁶ Até então, não havia dispositivo Constitucional que utilizasse a nomenclatura, ainda que a Lei nº 192/36 já houvesse utilizado.

Federal, são consideradas, como forças auxiliares, reservas do Exército” (...)

Art 5º - Compete à União:

(...) XV - legislar sobre:

(...) f) organização, instrução, justiça e garantias das polícias militares e condições gerais da sua utilização pelo Governo federal nos casos de mobilização ou de guerra; (BRASIL, 1946).

A Constituição anterior, de 1937, trazia apenas a nomenclatura “Forças Policiais dos Estados” (Art. 16, XXVI, CF 1937). Ainda assim, já existia a Lei nº 192/1936, que organizava as polícias militares, utilizando-se inclusive deste termo; embora já existente em legislações infraconstitucionais, desde 1946 tal nomenclatura/característica vem sendo confirmada a nível constitucional, tendo sido incluída inclusive na Constituição de 1988. A lei que dispõe sobre a organização das Polícias Militares até os dias de hoje é ainda anterior à CF/88, sendo o Decreto-lei nº 667/69157.

Compete a União legislar sobre normas gerais de Segurança Pública e Polícia Militar e aos Estados cabe competência complementar a Lei Federal, nos termos do art. 22, XXI e art. 24 XVI, ambos da CF.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Constituição Estadual, por exemplo, demonstra que possui competência residual para a matéria:

Art. 10 – Compete ao Estado:

XIV – complementar as normas gerais da União sobre: a) organização, efetivos, garantias, direitos, deveres, inatividades e pensões da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar; (MINAS GERAIS, 1989).

Deste modo, para uma possível alteração neste sistema, seria necessária Emenda Constitucional, criação de uma nova lei de organização das forças policiais dos Estados por via do Governo Federal, além de Emenda às Constituições Estaduais bem como criação das suas próprias legislações.

157 As modificações mais recentes foram incluídas pela Lei nº 13.954/2019, sendo que antes dessa, a lei havia sido modificada apenas em 1984.

4. POLÍCIA MILITAR X FORÇAS ARMADAS

Para o leigo é comum confundir as Forças Armadas com a Polícia Militar, o que torna necessário dirimir essa dúvida antes de entrar no cerne do trabalho, ou seja, da desmilitarização da polícia.

A título de comparação, a Constituição versa sobre as funções das suas Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), em seu art. 142, que possui a seguinte redação:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições **nacionais permanentes e regulares**, organizadas com **base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à **defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.** (BRASIL, 1988).

Lido o dispositivo, fica clara qual é a finalidade principal das Forças Armadas, que se baseia na defesa da soberania, da lei, dos interesses nacionais. Basear-se na hierarquia e na disciplina são formas de proteger o próprio Estado Brasileiro das mazelas que advém do questionamento em uma situação de guerra¹⁵⁸.

Compara-se, porém, com as Polícias Militares (e Corpos de Bombeiros Militares). Estas instituições já não possuem o objetivo de defesa da soberania, mas sim da proteção da ordem pública, das pessoas e do patrimônio¹⁵⁹, de acordo com a Constituição Federal (1988):

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das **pessoas** e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988)

É possível verificar que a finalidade destes órgãos é diferente, mesmo que compartilhem da mesma forma de organização, com base na hierarquia e na disciplina. Ainda na Constituição do Estado de Minas Gerais, nas atribuições da Polícia Militar, é possível reforçar esta ideia:

158 Quando se trata de defesa, os interesses da Nação se sobrepõem aos interesses dos indivíduos, inclusive enquanto sociedade.

159 Se tratando de polícia, a defesa da sociedade é mais importante, não sendo viável instrumentalizar uma guerra entre o Estado e seus cidadãos.

Art. 142 – A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa do último posto, competindo:

I – à Polícia Militar, a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural(..) (MINAS GERAIS, 1989)

A Constituição do Estado de Minas Gerais traz com mais especificidade as funções da Polícia Militar – funções estas que estão direcionadas à sociedade. Já no caso das Forças Armadas, “destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem” (BRASIL, 1988), o que justifica de plano a estrutura utilizada para sua organização.

A partir da Constituição do Império (1824), outorgada por Dom Pedro II, o Exército foi tratado; neste documento, é comum perceber que os arts. 145 e 147 foram expressos ao citar que o objetivo das forças armadas era a defesa do Império:

Art. 145. Todos os Brasileiros são obrigados a pegar em armas, para sustentar a Independencia, e integridade do Imperio, e defendel-o dos seus inimigos externos, ou internos.

(...)

Art. 147. A Força Militar é essencialmente obediente; jamais se poderá reunir, sem que lhe seja ordenado pela Autoridade legitima (BRASIL, 1824).

Também é possível verificar que à Força Militar era “essencialmente obediente”, o que estrutura a hierarquia e a disciplina institucionais até os dias atuais¹⁶⁰.

Quando há tal comparação, fica inviável a manutenção de um sistema que opera para a guerra em uma Polícia que possui a finalidade de proteção social.

¹⁶⁰ No Decreto-lei nº 667/69 que dispõe sobre a organização das PMs e Bombeiros Militares que ainda está em vigência existem diversos dispositivos acerca da disciplina militar imposta aos policiais estaduais.

Munhoz (2020, p. 73) defende que a polícia militar, pela vedação constitucional aos sindicatos e ao direito de greve, deve manter-se militar, uma vez que com os exemplos da Bahia em 2012 e do Espírito Santo em 2017 foi possível ver as consequências sociais para que tais direitos fossem exercidos por quem deve garantir a ordem¹⁶¹.

Porém, tal entendimento possui um vício já na sua origem, pois a Constituição de 1988 possui uma natureza principiológica, baseada na ponderação de valores, sendo possível a restrição de certas liberdades com base no interesse da sociedade¹⁶² (SILVA, 2013 p. 96-97).

5. POLÍCIA MILITAR: Análise jurídica da possibilidade de desmilitarização

Tratar deste tema requer muito cuidado, afinal, existe pouca produção científica neste sentido; quando se fala em desmilitarizar, foca-se apenas em uma nomenclatura, que esconde por trás milhares de faces desenvolvidas com base em aspectos históricos, culturais, de psicologia e sociologia, além de outras disciplinas que ajudaram a consolidar o sistema como ele é hoje (AIHARA, 2014, p. 86-87).

Neste sentido, ao apresentar o militarismo de forma comparada entre as finalidades das Forças Armadas das Polícias Militares, abrange aquilo que merece atenção principal: desmilitarização.

O sistema das polícias militares existe por causa dessas várias faces, mas pode ser resumido na finalidade da existência do sistema militar - conforme já descrito: defesa da soberania nacional, do território e da lei e da ordem – art. 142, CF/88.

É possível encontrar solução para dirimir tal questão de organização nos próprios poderes da Administração Pública, mais precisamente o Poder Hierárquico, assim definido por Hely Lopes Meirelles:

Poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal. Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos, por serem os sustentáculos de toda organização administrativa. (MEIRELLES, 1998, p. 105).

¹⁶¹ Vale lembrar que nestes casos citados os policiais não fizeram greve pois esta configura crime para o militar, mas foram impedidos de sair dos quartéis por suas famílias, que obstruíam a saída das viaturas.

¹⁶² A restrição ao direito de greve foi estendida, por exemplo, aos policiais civis pelo STF através do ARE nº 654432/GO.

A partir do estudo, infere-se que não há uma perda estrutural relevante com a desmilitarização, uma vez que as instituições policiais vão continuar dispendo de organização hierárquica, que é um poder próprio da administração pública.

Ainda desmilitarizada, a polícia não perde sua responsabilidade perante à sociedade. Sobre o Poder de Polícia, Pietro (2018, p. 194-195):

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do **interesse público**. Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária etc.

Restou claro que o Poder de Polícia é uma prerrogativa da administração pública, não dependendo da organização militar para sua existência. Não é um poder exclusivo das polícias, mesmo possuindo nome correlato. Desmilitarizar não impede que esta prerrogativa seja exercida, já que os órgãos da segurança pública fazem parte da administração pública direta¹⁶³.

Na mesma linha, está o Poder Disciplinar, que segundo Pietro (2018, p. 161) "é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa...", que poderá ser exercido normalmente pelas instituições policiais como forma de investigar e punir os excessos e erros cometidos pelos seus agentes.

É verdade que o Brasil possui um processo legislativo difícil para o caso em questão, pois demanda, além de legislações infraconstitucionais, uma proposta de Emenda à própria Constituição Federal.

Com a aprovação de uma Emenda neste sentido, seria necessária alteração das Constituições Estaduais e legislações de organização das próprias instituições – modernizando suas estruturas. Deste mesmo modo, tal premissa demonstra também um benefício: a capilaridade que possuem as instituições militares – no caso da PMMG, está

¹⁶³ O poder de polícia é exercido de várias formas e em várias fases nos mais diversos órgãos da administração pública, inclusive na administração pública indireta.

presente nos 853 municípios do Estado (BIANCHINI, 2010, p. 64) - que poderá ser aproveitada de forma a construir uma polícia presente e cidadã¹⁶⁴.

5.1 Benefícios para a sociedade

A sociedade também pode se beneficiar de uma possível desmilitarização da polícia. Soares (2017) lembra que a desmilitarização não é uma solução mágica para os problemas sociais relacionados às polícias militares, sendo indispensável, mas não suficiente. É necessário um trabalho na reestruturação da segurança pública.

Deste modo, repensar a segurança pública é um trabalho árduo, já que as polícias militares se desviaram, ao longo dos anos, da sua finalidade principal de defender e proteger a sociedade.

(...)as missões e mandatos das PMs foram ficando cada vez mais distantes das atividades rotineiras e convencionais de uma polícia urbana, uniformizada, não-investigatória e voltada para as atividades civis de policiamento que, um dia, fundamentaram a sua criação. Pelo menos desde o Segundo Império, as PMs começaram a ser exaustivamente empregadas como força auxiliar do exército regular tanto nos esforços de guerra (como no caso da Guerra do Paraguai), quanto nos conflitos internos como as rebeliões, os motins, as revoltas populares, além, evidentemente, das operações de grande porte relacionadas ao controle das fronteiras da nação. Em outras palavras, as PMs foram se transformando paulatinamente em forças aquarteladas "especiais" ou "extraordinárias", que atuavam menos nos serviços de proteção da sociedade e mais nas questões de defesa do Estado. (MUNIZ, 2001, p. 182)

Neste trecho, publicado na revista *Security and Defense Studies Review*, Muniz retrata que o caráter militar da polícia tem afastado a polícia da finalidade para a sua existência, transformando cada vez mais o instrumento de defesa social em instrumento de defesa do território.

Já tramitou no Brasil projeto para reestruturação do sistema de segurança pública do país, que tem como um de seus pilares a desmilitarização; tal instrumento foi a PEC nº 51/2013 de Lindbergh Farias, que visava alterar a Constituição Federal nos arts. 21, 24 e 144 – além de acrescentar quatro novos artigos (143-A, 144-A e 144-B).

¹⁶⁴ A Polícia Militar de Minas Gerais está presente nos 853 Municípios, enquanto a Polícia Civil se encontra em menos da metade destes.

As alterações nos arts. 21 e 24 possuem natureza de atuação conjunta dos entes da federação na segurança pública – cooperação no território nacional; importa para este estudo os arts 143-A, 144-A e 144-B constantes da proposta.

O art. 143-A discrimina princípios para atuação do Estado na Segurança Pública, bem como traz em seu Parágrafo Único o instituto da desmilitarização:

Parágrafo único. A fim de prover segurança pública, o Estado deverá organizar polícias, **órgãos de natureza civil**, cuja função é garantir os direitos dos cidadãos, e que poderão recorrer ao uso comedido da força, segundo a proporcionalidade e a razoabilidade, devendo atuar ostensiva e preventivamente, investigando e realizando a persecução criminal. (PEC nº 51/2013).

Observa-se, portanto, que há também uma ênfase quanto ao uso “comedido” da força, uma estratégia com o fim de conter a atuação policial violenta¹⁶⁵.

O modelo proposto baseia-se em uma “redefinição do papel das polícias e das responsabilidades federativas nesta área, a partir da transferência aos Estados da autoridade para definir o modelo policial” (FARIAS, 2013), de forma que a polícia seja dotada de maior controle social e mais transparência.

Farias, nas justificativas da PEC, dá destaque ao fato de que desmilitarizar não é acabar com a hierarquia; tampouco se perderá o caráter armado e ostensivo da Polícia. Com este dispositivo proposto, o “município é incluído entre os entes responsáveis pela segurança pública, podendo, a depender da decisão tomada em nível estadual, instituir polícias em nível local” (FARIAS, 2013), aumentando os braços da segurança do cidadão.

5.2 Benefícios para o policial

Há também que se pensar nos benefícios que a desmilitarização poderia trazer aos policiais; ainda que se critique a atuação policial, uma melhoria nas condições de trabalho e nos direitos destes profissionais é interessante para iniciar um novo modelo de prestação de serviços. Neste contexto, explica o antropólogo Soares (2016):

Há os que pensam desmilitarização na clave dos direitos dos policiais enquanto cidadãos trabalhadores: o caráter militar das instituições refletir-se-ia em regimentos disciplinares draconianos e

¹⁶⁵ Para tal situação já existe o instituto do uso progressivo da força, que deve ser observado inclusive pelo Policial Militar.

inconstitucionais, que violariam os direitos dos profissionais. Nesse contexto, dar-se-ia a superexploração da força de trabalho policial, calada e domesticada pelo arbítrio punitivo dos superiores sobre os subalternos, em benefício de governos estaduais insensíveis à dignidade do trabalho e aos direitos humanos dos operadores da segurança pública menos graduados. Impedidos de se organizar, criticar, propor mudanças e formular demandas, os policiais seriam as primeiras e principais vítimas de um ordenamento discricionário e autoritário.

A classe militar há muito fora esquecida enquanto sujeito de direitos, sendo-lhes cobrado apenas os deveres; estão inseridos em um regime que não os considera cidadãos comuns¹⁶⁶, justificando-se assim o cerceamento dos seus direitos. Braga (2008) também discorre sobre este assunto:

Se olharmos friamente o texto constitucional atual, o militar brasileiro nem chega a ser considerado um cidadão brasileiro, pelo menos não na proporção devida à peculiaridade de suas atribuições. Muitas condições, garantias e direitos são disponibilizados aos cidadãos civis e servidores públicos, mas vedados aos militares, como se estivessem em outra dimensão política. (BRAGA, 2008).

Como forma de exemplificar, ao policial não é garantido o direito ao adicional periculosidade, visto que a natureza militar do seu trabalho lhe pressupõe dedicação exclusiva, prevista no Art. 142 da CF/88, e o sacrifício da própria vida. A desmilitarização transformaria tais servidores em sujeitos dos direitos já garantidos em lei a outras categorias.

Ainda se tratando da CR/88, vale lembrar que o “caput” do art. 5º prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)” (BRASIL, 1988).

Deste modo a segregação do policial militar em relação à sociedade não encontra uma justificativa plausível.

6. CONCLUSÃO

O militarismo acompanha a história do mundo e, no Brasil, vem acompanhando a Polícia Militar no desde a sua criação. Com este estudo, foi possível perceber que suas

¹⁶⁶ Neste caso, existem os cidadãos civis, sujeitos às regras do ordenamento jurídico pátrio. Os militares também estão sujeitos às demais regras do ordenamento, porém possuem códigos próprios, criando-lhes infrações penais próprias e deveres próprios.

origens complexas criam uma organização que se solidificou com o tempo, ainda que o sistema militar faça a polícia divergir das suas atividades finalísticas.

A modificação estrutural não é a única solução possível para um modelo mais humano de polícia. Foi possível observar que existe uma diferença de objetivo entre a PM e o Exército, ainda que possuam mesma estrutura organizacional, o que acaba criando obstáculos para a concretização do fim previsto.

Após discorrer sobre eventual desmilitarização, foi possível encontrar legislações e justificativas suficientes para entender e demonstrar os seus benefícios, tanto para sociedade como um todo, quanto para os policiais, que acabam sendo privados de direitos que o distanciam da sociedade.

Ainda assim, é difícil concluir quanto às consequências da desmilitarização, já que é escassa a produção científica relacionada ao tema.

7. REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Marco Antônio Badaró. **As Atividades Jurídicas dos Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://monografias.fjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/1908/1/As%20atividades%20jur%C3%ADicas%20dos%20oficiais%20da%20Pol%C3%ADcia%20Militar%20de%20Minas%20Gerais.pdf>>. Acesso em: 12 de março de 2021.

BONUMÁ, Tatiana. **Para que servem as Forças Armadas?** Super Interessante, 2003. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/para-que-servem-as-forcas-armadas/>>. Acesso em 15 de novembro de 2020.

BRAGA, Ronaldo. Da proteção dos direitos sociais dos servidores militares diante das limitações constitucionais. **Âmbito Jurídico**. 31 Dez. 2008. Direito Constitucional. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-protecao-dos-direitos-sociais-dos-servidores-militares-diante-de-limitacoes-constitucionais/>>. Acesso em: 17 de março de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Constituição (1937) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

BRASIL. Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.

BRASIL. Decreto-Lei nº 667/1969. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm>. Acesso em 7 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 192/36. Reorganiza, pelos Estados e pela União, as Policias Militares sendo consideradas reservas do Exército. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L192.htm>. Acesso em 15 de abril de 2021.

CABRAL, Dilma. Constituição de 1824. Memória da Administração Pública Brasileira, 2016. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/305-constituicao-de-1824#:~:text=A%20primeira%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20foi,uma%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20para%20o%20Brasil.>> Acesso em: 16 de abril de 2021.

EXÉRCITO. O Exército no Período de 1822 a 1824. Noticiário do Exército. Disponível em: <http://www.eb.mil.br/exercito-brasileiro?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&101_st_ruts_action=/asset_publisher/view_content&101_assetEntryId=1539555&101_type=content&101_urlTitle=o-exercito-no-periodo-de-1822-a-1824&inheritRedirect=true#:~:text=O%20Ex%C3%A9rcito%20brasileiro%20nasceu%20oficialmente,militares%20tradicionais%20da%20Metr%C3%B3pole%20lusitana.>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

EXÉRCITO. Segunda Batalha de Guarapes. Noticiário do Exército, CCSE, 2020. Disponível em: <<https://www.eb.mil.br/documents/16541/10933968/ALS+Guararapes.pdf/81d5e9c2-4c89-1876-f8c0-494096be68a3>>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

FARIA, Durland Puppim de (Org.) Introdução à história militar brasileira. Resende: Academia Militar das Agulhas Negras, 2015. 392 p.

FARIA, Regina Helena Martins de. Em nome da ordem: a constituição de aparatos policiais no universo luso-brasileiro (séculos XVIII e XIX). Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em História, 2007. Recife, 252 p. 2007.

FARIAS, Lindbergh. Proposta de Emenda à Constituição nº 51. Senado Federal, 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114516>>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 12. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

GONDIM, Amanda Marques de Carvalho. **A Pátria Nasceu Aqui: O Discurso das Batalhas dos Guararapes e a Educação nas Décadas de 1960 e 1970.** Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2011. 133 p. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4858/1/arquivo813_1.pdf>. Acesso em 8 de abril de 2021.

MINAS GERAIS. **Constituição (1989).** Constituição do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa, 1989.

MINAS GERAIS. **Organização da Polícia Militar de Minas Gerais.** Sala de Imprensa, PMMG. Disponível em <<https://www.policiamilitar.mg.gov.br/portal-pm/bpgd/conteudo.action?conteudo=502&tipoConteudo=itemMenu>>. Acesso em: 8 de março de 2021

MUNHOZ, Cristiano. **Desmilitarização: Estratégias contra a Violência Policial.** Porto Alegre: Muruci Editor, 2020. 142 p.

NAÍSA, Letícia. Hierarquia rígida, greves proibidas: a origem da Polícia Militar no Brasil. **Uol.** 27 Jun. 2020. Caderno Tá Explicado. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/27/como-surgiu-a-policia-militar-no-brasil.htm>>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

Proposta de Emenda à Constituição nº 51/13. Projeto de lei do Senado. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114516>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

ROLIM, Hiago Brasil Barros. **Batalha de Guarapes e a Formação do Exército Brasileiro.** Academia Militar das Agulhas Negras. Resende, 2020. 24 p. Disponível em: <<https://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/7697/1/7448%20Hiago%20Barros.pdf>>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

SILVA, Daniel Neves. **"Império Romano".** Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/imperio-romano.htm>>. Acesso em 15 de novembro de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. 934 p.

SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança pública – análise geral do debate.** SINPEFRS. Disponível em: <<https://bit.ly/3tvvy09B>>. Acesso em 17 de março de 2021.

SOARES, Luiz Eduardo. **Por que desmilitarizar a polícia ostensivo-preventiva**. Disponível em: <<https://www.luizeduardosoares.com/por-que-desmilitarizar-a-policia-ostensivo-preventiva/>>. Acesso em 15 de março de 2021.

SOUSA, Rainer Gonçalves. **"A trajetória do Império Mongol"**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/guerras/a-trajetoria-imperio-mongol.htm>>. Acesso em 13 de novembro de 2020.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. 4. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1987. 584 p.

BENEFÍCIOS DA UTILIZAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS PARA RESSOCIALIZAÇÃO DE DETENTOS COMPARADO AO SISTEMA CARCERÁRIO COMUM

LUCAS FELIPE NASCIMENTO: Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA

MARCELO CÉSAR DE CARVALHO FERREIRA JÚNIOR

(coautor)

HÉLIO RENATO MARINI MINODA

MARCELLA PAGANI

(orientadores)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo comparar e verificar os benefícios acarretados pela inserção das parcerias público-privadas (PPP) no sistema carcerário brasileiro, em relação ao sistema prisional convencional. O conteúdo deste trabalho baseia-se em artigos e revisões de literatura cujo propósito é apresentar as vantagens advindas de penitenciárias que adotaram a PPP, dando ênfase a ressocialização do detento. Atualmente faz-se necessário a implementação de novos sistemas penitenciários que proporcionem ao preso algum nível de interação social, como por exemplo, oferta de trabalho e serviços comunitários. Em cadeias comuns, os presos são submetidos a situações de desconforto geradas pela superlotação, além de inatividade, perda de identidade e privacidade, que culminam em distúrbios psicológicos e comportamentais. Diante disso, a inserção de parcerias público-privadas é vista como uma saída para a otimização das prisões e principalmente, para a reabilitação e a ressocialização do detento, uma vez que desta forma é possível cumprir a pena de forma mais digna, e contar com benefícios como: aumento do número de vagas no sistema prisional; cumprimento de pena de maneira íntegra; oferta de trabalho ao detento e conseqüentemente auxílio no seu retorno à sociedade. Dessa forma, o índice de recidivas ao crime reduziria significativamente após o cumprimento da pena, trazendo vantagens para o presidiário, para a população e para o Governo, visto que as vagas em prisões seriam liberadas gradativamente e que haveria melhora na segurança pública do país.

Palavras-chave: Sistema carcerário, parcerias público-privadas, ressocialização, segurança pública.

ABSTRACT: The present study aims to compare and verify the benefits brought by the insertion of public-private partnerships (PPP) in the Brazilian prison system, in relation to

the conventional prison system. The content of this work is based on articles and literature reviews whose purpose is to present the advantages arising from prisons that have adopted the PPP, emphasizing the detainee's re-socialization. Currently, it is necessary to implement new penitentiary systems that provide the prisoner with some level of social interaction, such as job offers and community services. In common jails, prisoners are subjected to situations of discomfort caused by overcrowding, in addition to inactivity, loss of identity and privacy, which culminate in psychological and behavioral disorders. In view of this, the insertion of public-private partnerships is seen as an outlet for the optimization of prisons and, mainly, for the rehabilitation and resocialization of the detainee, since this way it is possible to serve the sentence in a more dignified way, and to count on benefits such as: increase in the number of places in the prison system; serving sentences in full; offer of work to the detainee and consequently assistance in his return to society. In this way, the crime recurrence rate would significantly reduce after serving the sentence, bringing advantages to the prisoner, the population and the Government, since the places in prisons would be released gradually and there would be an improvement in the public security of the country.

Keywords: Prison system, public-private partnerships, resocialization, public security.

1 INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro representa as prisões federais e estaduais empregadas no País, e tem como principal objetivo ressocializar o detento para que o mesmo seja inserido novamente na sociedade com novos valores morais e potencial de mudança comportamental.

Porém, é notório que a tentativa de ressocialização das penitenciárias brasileiras tem sido falha, visto que cada vez mais aumentam os números de rebeliões em prisões superlotadas, além de novas formações criminosas que corroboram para a persistência de delinquência por parte do detento após o cumprimento da pena instituída pela justiça. Isso acontece pois, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2001), é praticamente impossível reabilitar um preso para obter sua liberdade perante a sociedade, privando-o do convívio social e submetendo-o a situações de desconforto, inatividade, perda de identidade e privacidade, que culminam em distúrbios psicológicos e comportamentais.

Atualmente, faz-se necessário a implementação de novos sistemas penitenciários que proporcionem ao preso algum nível de interação social. Penas alternativas como serviços comunitários, acesso à educação, dentre outras oportunidades de trabalho, são opções

favoráveis mencionadas por Rafael Damasceno de Assis (2007) para solucionar alguns dos problemas relacionados à ressocialização.

Diante disso, a inserção de parcerias público-privadas é vista como uma saída para a otimização das prisões e principalmente, para a reabilitação e a ressocialização do detento, uma vez que desta forma é possível cumprir a pena de forma mais digna (MINHOTO, 2000). As parcerias público-privadas consistem em contratos a longo prazo firmados pelo Governo e por empresas privadas, que visa proporcionar serviços de qualidade durante um longo período de tempo (ITÁPOLIS, 2018).

Diversos benefícios foram mencionados por Celia Cristina Muraro (1997), dentre eles: aumento do número de vagas no sistema prisional; cumprimento de pena de maneira digna; oferta de trabalho ao detento e conseqüentemente auxílio no seu retorno à sociedade; redução de gastos provenientes do Estado. Dessa forma, o índice de recidivas ao crime reduziria significativamente após o cumprimento da pena, trazendo vantagens para o presidiário, para a população e para o Governo, visto que as vagas em prisões seriam liberadas gradativamente e que haveria melhora na segurança pública do país.

2 RESSOCIALIZAÇÃO DOS DETENTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO

O art. 1º, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), dispõe que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Assim, a função da pena é ressocializar o detento, tendo como objetivo a reintegração do mesmo na sociedade. Por isso, o objetivo da pena privativa de liberdade é ressocializar o preso retirando-o provisoriamente do convívio social.

Nesse contexto, Cezar Roberto Bitencourt (2001, p.154-155) indica duas premissas que explicam a ineficácia da pena privativa de liberdade no processo de ressocialização do preso, sendo elas:

- a) Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso [...];
- b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo

reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

Na concepção de Cezar Roberto Bitencourt (2001, p.139): “[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos”. Através disso, é possível compreender que o sistema carcerário não reabilita o preso, o que vai contra os princípios e a finalidade da pena privativa de liberdade que é a ressocialização. Além disso, nas prisões atuais, os detentos são humilhados, violentados e passam por diversas situações desagradáveis que induzem a revolta e a persistência no crime após o período de reclusão, fato esse que confirma a falha no sistema carcerário atual.

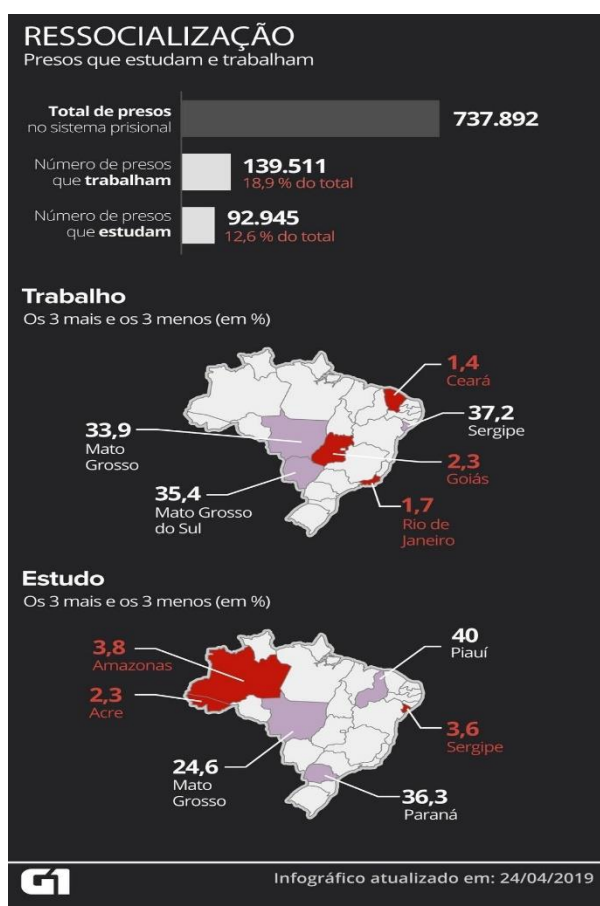
Visando solucionar os problemas encontrados no sistema carcerário brasileiro, Greco (2015, p.691) alega que a resposta não se resume apenas em melhorar a qualidade de vida dos presos, mas que é necessário colocar em prática programas sociais voltados para a prevenção da prática criminal, bem como programas que auxiliem no processo de ressocialização do egresso. O jurista também ressalta que, nos casos em que se mostra imprescindível a aplicação do Direito Penal, deve-se ao máximo ser evitado o encarceramento desnecessário do infrator, aplicando-se penas que não as privativas de liberdade. Dessa forma, é fundamental que se reduza o número de presidiários e evite o contato de presos de baixa periculosidade com presos de facções criminosas.

Pensando no determinado assunto, o criminólogo Juarez Cirino dos Santos (2010) sugere que haja uma redução do sistema penal brasileiro, baseado em mudanças realizadas através de três eixos principais: despenalização, descriminalização e desinstitucionalização. De acordo com Juarez (2010), a despenalização incluiria uma atitude por parte do Poder Judiciário, onde não haveria lesão a bem jurídico, não sendo necessária a aplicação da pena. Isso se dá por exemplo nos crimes patrimoniais com danos de até um salário mínimo.

A descriminalização, por sua vez, consiste na redução da condenação da prática de crimes considerados como insignificantes e que contribuem ainda mais para a lotação dos presídios, podendo ser citado por exemplo os crimes relacionados às drogas. A desinstitucionalização envolve o livramento condicional, mas merece ser repensada, tendo em vista que nos dias atuais seria algo subjetivo. Juarez Cirino dos Santos (2010) sugere o pagamento de um a trezentos salários mínimos do preso para a vítima ou aos seus descendentes como uma justiça restaurativa.

O sistema carcerário brasileiro está saturado e o caos proveniente da superlotação das prisões afetam de uma forma devastadora a taxa de ressocialização do detento. Isso, somado a falta de investimento em projetos sociais e a falta de oportunidades de trabalho dentro da prisão, possibilitam um grande número de detentos em contraste com um baixo índice de ressocialização, como mostra o gráfico a seguir:

Figura 01 - Presos que estudam e trabalham



Fonte: Guilherme Gomes (2019, g1.globo.com)

Conforme demonstrado acima, o número de presos que trabalham e estudam em contraste com o total de presos no sistema carcerário, em 2019, apresenta uma disparidade muito significativa, onde é evidente que a maioria dos detentos não trabalham e não estudam. Isso dificulta a ressocialização e reintegração do indivíduo no meio social, haja visto que na ausência de atividades para estimular o convívio em sociedade, o detento

tende a inclinar para atividades ilícitas dentro das próprias prisões, que muitas vezes são lideradas por facções criminosas que comandam as comunidades mesmo dentro da prisão.

3 ESPECIFICAÇÕES DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Atualmente, no Brasil, existem três tipos de regime penitenciário, sendo classificados em: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.

No regime fechado, a execução da pena é cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, no qual o condenado cumpre sua pena dentro de uma unidade prisional. A pena no regime fechado deverá ser cumprida em penitenciária, nunca em cadeia pública, que se destina ao recolhimento apenas dos presos provisórios, o que infelizmente não ocorre na prática principalmente pela falta de vagas (MARCÃO, 2007).

No regime semiaberto, a execução da pena é realizada em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares. O indivíduo tem direito de trabalhar e estudar durante o dia, regressando à noite para a sua unidade prisional (CAPEZ, 2011).

No regime aberto, a execução da pena é feita em estabelecimentos denominados Casas do Albergado, que são instituições criadas para o cumprimento da pena nesse tipo de regime.

A pena ainda poderá ser cumprida em estabelecimentos adequados para tal, podendo ser a própria casa do indivíduo, caso seja permitido pelo juiz. Neste regime, a pessoa deverá trabalhar durante o dia e, à noite, regressar à casa definida pela Justiça. Contudo, a realidade no Brasil é outra, haja vista que, na maioria das comarcas, não existe a Casa do Albergado, razão pela qual é permitido o regime de prisão albergue domiciliar (MESQUITA JR., 1999).

De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2010), fora das prisões brasileiras, o preso perde seus laços afetivos e seu emprego, e dentro da prisão aprende a viver de acordo com as regras impostas muitas vezes através da violência.

A situação do sistema carcerário, de modo geral, é preocupante e alarmante, levando em consideração todos os problemas acarretados ao longo do tempo, dentre eles: maus tratos verbais; superpopulação; falta de oportunidades de trabalho; higienização precária; abuso sexual; nutrição inadequada; atendimento médico deficiente; acesso às drogas (ARAÚJO JR., 1995).

Os problemas citados levantam um questionamento sobre se, de fato, o sistema penitenciário está cumprindo com o seu papel de ressocialização através da pena privativa de liberdade, tendo em vista que são poucos os benefícios recaídos sobre o apenado (SANTOS, 2017).

4 AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO SISTEMA CARCERÁRIO

Segundo Peixinho (2010), as parcerias público-privadas no sistema penitenciário são acordos bilaterais firmados entre o setor público e o setor privado, onde o setor privado fornece um serviço específico e recebe em troca a remuneração pelo setor público.

Itápolis (2018) afirma que:

As parcerias público-privadas são uma nova categoria de contratos públicos de concessão, a longo prazo, em que o Governo define o que ele quer, em termos de serviços públicos, e o Parceiro Privado diz como e a que preço ele poderá apoiar o Governo. Trata-se, portanto, de uma parceria entre governo e iniciativa privada, com o objetivo de proporcionar à população serviços de qualidade, durante muitos anos.

No final dos anos 80, teve início no Brasil um processo de desestatização econômica, que contava com diversas privatizações e concessões de serviços públicos. Esse processo iniciou-se pois, a situação financeira do Estado brasileiro não permitia que fossem realizados todos os investimentos que a sociedade necessitava no momento.

Nesse contexto, em 2004, surgiu a lei 11.079, conhecida também como a lei das PPPs, que tinha como objetivo trazer diversas inovações para melhorar as prestações de serviços públicos. No Brasil, as parcerias público-privadas são contratos para a prestação de serviços entre o ente público e o privado (MASSUCHETTO, 2017).

O primeiro complexo penitenciário brasileiro instituído pela parceria público-privada foi inaugurado em 18/01/2013, em Minas Gerais, na cidade de Ribeirão das Neves, possuindo 3.040 vagas. O grande diferencial desse modelo é a implementação de uma rotina para o preso, de maneira que possibilite sua ressocialização através de trabalho, estudo e atividades sociais. Além disso, sua estrutura é completamente diferente dos presídios geridos pelo Estado, tendo em vista que todas as suas celas possuem camas,

bebedouro e vaso sanitário, por exemplo, em boas condições de uso, além do material necessário para higienização (SIMÕES, 2016).

A mesma penitenciária situada em Ribeirão das Neves, possui também salas que são destinadas ao atendimento médico e odontológico, bem como refeitório e local adequado para receber visitas. Na prisão, existem 1.240 câmeras de vigilância, além de um sistema eletrônico para a abertura das celas e galerias, permitindo a manutenção e a ordem no estabelecimento penitenciário. Vale ressaltar que desde a sua inauguração, não houve nenhum registro de motim ou desordem de presos, sendo isso um indicativo de sucesso na gestão do complexo penitenciário em questão (SIMÕES, 2016).

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 1º, diz que a execução penal tem como objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Durante o cumprimento de sua pena no sistema prisional em modelo PPP, o preso tem acesso a todos os benefícios firmados contratualmente pelo ente privado gestor do presídio, que estão previstos na LEP (Lei de Execução Penal). Como exemplo, citam-se a assistência médica, psicológica, odontológica, esportiva, social, educacional, dentre outras. Neste escopo, para que o processo de ressocialização seja eficiente, é necessário identificar a função ressocializadora que a pena detém, assim elucida Schecaria (2002, p. 146):

A ressocialização, porém, deve ser encarada não no sentido de reeducação do condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja, mas sim como reinserção social, isto é, torna-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o delinquente retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou sequelas que impeçam uma vida normal. Sem tais condições, o resultado da aplicação da pena tem sido, invariavelmente, previsível, qual seja, o retorno à criminalidade (reincidência).

O Complexo penitenciário público-privado deve ter como objetivo principal a ressocialização do detento. Para isso, é necessário investir não apenas em assistência médica e psicológica, mas também na qualidade das instalações do presídio. De forma distinta aos demais complexos penitenciários, a cela deve ser um ambiente humano, limpo e seguro para que o detento cumpra sua pena objetivando sua reinserção à sociedade com segurança e saúde. A figura a seguir ilustra as celas do CPP-RNS/I (Complexo Público Privado de Ribeirão das Neves):

Figura 02 - Visão interna das celas no Complexo Público-Privado de Ribeirão das Neves - MG



Fonte: Carlos Alberto (2013, <https://www.hojeemdia.com.br/>)

Outro fator muito importante relacionado à ressocialização, é a possibilidade de trabalhar e estudar. De acordo com o IBGE, em 2018, cerca de 11,8% dos adolescentes com idade entre 15 e 17 anos, faziam parte de 20% da população com os menores rendimentos escolares, e abandonaram as escolas sem concluir o ensino básico. A partir disso, as penitenciárias do tipo público-privadas priorizam o acesso à educação aos detentos, preparando-os para o convívio em sociedade e diminuindo a probabilidade de reincidência no crime. Segundo Foucault (1987, p.224): “A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento, ela é a força do pensar”.

O trabalho do preso, durante sua permanência na unidade carcerária, é de suma importância para o cumprimento da pena, já que o mesmo tem um viés ressocializador, ajudando tanto na socialização do preso com os demais detentos evitando a ociosidade, quanto na valorização do trabalho lícito e digno, evitando a reincidência ao crime e preparando o detento para a vida na sociedade.

De acordo com o Art. 28 da LEP (Lei de Execução Penal), o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, deverá ter finalidade educativa e produtiva. Ademais, vale ressaltar que o indivíduo privado de liberdade que trabalha na

penitenciária, possui o benefício de remição de pena que consiste na redução de 1 (um) dia da pena a cada 3 (três) dias trabalhados. Além disso, o detento é remunerado com três quartos do salário mínimo, para uma jornada de trabalho de 44 horas semanais. Porém, não é contemplado pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e não tem vínculo empregatício com o contratante. Além do benefício da remição de pena, o detento tem direito a remuneração prevista na LEP (Lei de Execução Penal), nos seguintes termos:

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

As imagens a seguir, mostram algumas atividades laborais exercidas pelos presos no Complexo Público Privado de Ribeirão das Neves - MG:

Figura 03 - Detentos do Complexo Público-Privado de Ribeirão das Neves - MG trabalhando na fábrica de blocos inaugurada em Dezembro de 2019.



Fonte: Heitor de Freitas (2019, <http://www.seguranca.mg.gov.br/>)

Figura 04 - Detentos do Complexo Público-Privado de Ribeirão das Neves - MG trabalhando na confecção de roupas dentro do presídio.



Fonte: Carlos Alberto (2016, <https://www12.senado.leg.br/>)

Ao analisar as imagens, é possível notar que o trabalho no cárcere é um fator positivo para a ressocialização do detento, pois possibilita o seu reingresso na sociedade, fazendo surgir uma nova perspectiva de cumprimento da pena. É válido dizer, ainda, que,

nesse caso, o preso desenvolve novas habilidades a partir da prática de um novo ofício, possibilitando que o mesmo saia do mundo do crime e trabalhe de forma digna e honesta.

5 DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA CARCERÁRIO

A implantação das PPP's no sistema carcerário brasileiro encara diversas dificuldades. Dentre elas, observam-se as alegações de que a criação de novas parcerias seria de certa forma um investimento essencialmente empresarial, ou seja, com interesse único na obtenção de lucro. O professor de Direito Constitucional da UFMG, José Luiz Quadros de Magalhães, afirma o seguinte na entrevista concedida ao portal G1, no dia 13/01/2017:

Acho muito perigoso, porque está mexendo com uma atividade privada, que envolve lucro, ou seja, o objetivo de uma empresa privada é o lucro, ela vive do lucro. Se não tiver lucro, ela fecha. E esse lucro depende do encarceramento. E encarceramento depende da criminalidade. Nós temos que esvaziar essas penitenciárias de outra maneira. Temos que ter políticas inteligentes de combate à criminalidade, de combate às drogas e outra forma de ressocializar essas pessoas porque o presídio não ressocializa ninguém.

A terceirização dos agentes penitenciários é um tema bastante discutido e que levanta diversas críticas, tendo em vista que estes possuem acesso a informações de grande importância para a segurança pública, principalmente sobre os detentos, sua rotina, suas celas, dentre outras. Conforme expõe Séfora Char, Procuradora do Ministério Público do Trabalho (MPT) na Bahia, em entrevista cedida para o portal Correio 24 horas, no dia 02/02/2017:

A terceirização do cargo de agente penitenciário é ilícita. É um cargo público previsto em lei, logo a administração pública não pode terceirizar. Agentes penitenciários devem ter uma função de segurança pública. [...] A empresa terceirizada tem informações de inteligência de segurança pública. Ela está tendo acesso a informações secretas, para depois poder até 'quarteirizar' esse serviço, o que deixa a situação bem mais vulnerável.

Segundo Marcelo Costa, é importante que o Estado esteja ciente das ações realizadas pelo setor privado. O sucesso das parcerias depende da boa relação entre o setor público e setor privado. Em entrevista concedida ao portal G1, no dia 13/01/2017, ele afirma que:

Parceria público-privada tem aí um ente diferente na gestão prisional, que é o empresário. Nós precisamos melhorar as relações entre o estado e o setor privado. E como é que a gente melhora essas relações? Se você tem regras sólidas, rígidas, que objetivam o sucesso, objetivam realmente trazer aquele resultado, o custo disso é diluído, porque o que acontece na parceria público-privada é que os investimentos a longo prazo são feitos pelo parceiro privado. Então, é uma maneira de o estado ter um investimento a longo prazo, mas, ele não pode se afastar, porque o sucesso depende, exclusivamente, do controle do estado.

É de suma importância ressaltar que apesar das dificuldades de implementação de parcerias público-privadas no sistema carcerário, este método proporciona um avanço considerável na ressocialização do egresso. Esta informação se confirma ao perceber os baixos índices de fugas e inexistência de rebeliões em prisões que adotaram o sistema, proporcionando um tratamento digno para o preso e segurança para a sociedade como um todo.

6 A REINTEGRAÇÃO DO DETENTO NA SOCIEDADE

A taxa de reintegração do detento no sistema penitenciário comum brasileiro é extremamente baixa, pois neste sistema o detento não possui as condições necessárias para a sua reeducação. A maior parte da população carcerária brasileira (cerca de 53%), possui apenas o nível de educação básica, ou seja, ensino fundamental incompleto, enquanto que aproximadamente 1% possui diploma referente a algum tipo de graduação. Vale salientar que a população carcerária brasileira é a 3º maior do mundo, ficando atrás somente da China e dos Estados Unidos (GOMES, 2017).

Uma das soluções encontradas pelos sistemas de PPP's para que ocorresse a redução das taxas de reincidência e o aumento das taxas de ressocialização, ocorreu através da profissionalização dos detentos, através de cursos profissionalizantes, oficinas, aulas de ensino básico e também com o auxílio de profissionais da psicologia, buscando desta

forma a qualificação e o preparo mental do detento para que este esteja apto a ser reinserido na sociedade, de maneira que não volte a cometer novos delitos (GOMES, 2017).

Os cursos profissionalizantes tem grande popularidade dentro das PPP's. São eles os cursos relacionados a barbearia, corte de cabelo, plantio, tecnologia, dentre outros. Esses cursos são feitos em parceria com outras instituições, e cada detento tem a oportunidade de escolher aquele no qual tenha mais afinidade para se aperfeiçoar e conseguir ganhar dinheiro. A renda arrecadada através dos trabalhos prestados pelo detento é depositada em uma conta, sendo que este valor poderá ser acessado pelo preso no momento em que sair da prisão, ou por seus familiares (GOMES, 2017).

As oficinas geralmente oferecem cursos como: crochê, carpintaria e música. Estas oficinas são de grande importância para o detento, pois além de ajudar a aliviar o estresse através da arte, proporcionam ao preso o desenvolvimento de uma nova vocação, para que futuramente, ao serem reinseridos na sociedade, tenham outras oportunidades no mercado de trabalho (GOMES, 2017).

Através das aulas de ensino básico, o detento consegue se atualizar perante os estudos, além de se qualificar e se adequar melhor ao mercado de trabalho. Eles contam com o auxílio de professores especializados, que oferecem aulas para o ensino médio e para o ensino fundamental (GOMES, 2017).

Ressocializar significa reinserir o indivíduo ao convívio social. Reeducar ou educar o detento, de forma que dê a ele uma nova oportunidade de viver em sociedade, respeitando as normas por ela impostas.

7 CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo mostrar a precariedade do atual sistema penitenciário no País, visando principalmente mostrar a ineficiência em sua principal função: a reintegração do detento, bem como mostrar que uma das possíveis soluções para a melhoria deste sistema é através da implementação das Parcerias Público-Privadas, levando em conta que no modelo penitenciário atual a ressocialização é quase inexistente.

No Brasil, este sistema ainda não é muito utilizado, e autoridades alegam que a privatização dos presídios é algo ilegal. Porém, este argumento não possui nenhum tipo de respaldo, tendo em vista que o Estado continuará sendo o responsável pela execução, responsabilidade e, principalmente, a fiscalização da execução da pena, sendo somente a administração do presídio responsabilidade do setor privado.

Portanto, pode-se concluir que o Estado falhou no cumprimento das exigências da lei ao não garantir ao detento a sua ressocialização, fazendo-se necessária a participação da iniciativa privada no sistema prisional brasileiro, com o intuito de solucionar os problemas relacionados à superlotação, falta de higiene, condições inadequadas de sobrevivência, dentre outros, para que assim haja redução da reincidência criminal e aumento das taxas de ressocialização.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Carlos. **Primeiro complexo penitenciário no modelo**. Senado, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/primeiro-complexo-penitenciario-no-modelo>> Acesso em: 12 abril. de 2021.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 26

BEZERRA, Juliana. **Sistema Carcerário no Brasil**. Toda Matéria, 2019. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/sistema-carcerario-no-brasil/>>. Acesso em: 16 out. de 2020.

BLUME, Bruno André. 4 (Quatro) **Tipos de Unidades prisionais no Brasil**. Politize, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/unidades-prisionais-brasil-tipos/>>. Acesso em: 16 out. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, Bernardo. **Unidade prisional de Ribeirão das Neves inaugura fábrica de blocos que abastecerá as ruas do município**. Segurança, 2018. Disponível em: <<http://www.seguranca.mg.gov.br/2018-08-22-13-39-06/lei-de-acesso-a-informacao-lai/story/3756-unidade-prisional-de-ribeirao-das-neves-inaugura-fabrica-de-blocos-que-abastecera-as-ruas-do-municipio>> Acesso em: 28 abril. de 2021.

CIRINO, Juares. **Justiça “Sistema penal precisa ser reduzido”, diz Juares Cirino**. Histórico, Disponível em: <<http://www.historico.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=54455>> Acesso em: 05 fev. 2021.

COSTA, Clara. **Gestão pública e privada: O novo paradigma das parcerias**. Clp, 2019. Disponível em: <https://www.clp.org.br/gestao-publica-e-privada-o-novo-paradigma-para-parcerias-mlg2/?utm_source=google+grants&utm_campaign=%5Bmlg%5D+gest%C3%A3o+p%C3%BAblica+e+privada+-+parcerias&gclid=cj0kcqjwy8f6brc7arisapixojhfgj8arweyintbce8jfyvotppsshqgto7jmrjqii89tbfog2utuiaat9bealw_wcb>. Acesso em: 16 out. de 2020.

FOUCAULT, M. (1979). **Microfísica do poder. Trad. de Roberto Machado**. Rio de Janeiro: Graal.

GOMES, Marcos Antonio. **Ressocialização: papel da sociedade no auxílio ao tratamento penitenciário**. Ipog, 2019. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/desenvolvimento-do-potencial-humano/ressocializacao/>>. Acesso em: 04 maio. 2021.

HD, Portal. **Minas vai inaugurar o primeiro complexo penitenciário construído em PPP, em Ribeirão das Neves**. Hoje em dia, 2013. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/minas-vai-inaugurar-o-primeiro-complexo-penitenci%C3%A1rio-constru%C3%ADdo-em-ppp-em-ribeir%C3%A3o-das-neves-1.90873>>. Acesso em: 13 abril. 2021.

IBGE, Estatísticas sociais. **11,8% dos jovens com menores rendimentos abandonaram a escola sem concluir a educação básica em 2018**. Agencia de notícias, 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25885-11-8-dos-jovens-com-menores-rendimentos-abandonaram-a-escola-sem-concluir-a-educacao-basica-em-2018>>. Acesso em: 15 março. 2021.

JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. **Crise no Sistema Penitenciário e Panóptico**. Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/251816/crise-no-sistema-penitenciario-e-o-panoptico>>. Acesso em: 17 de out. de 2020.

JÚNIOR, S. R. M. **Manual de execução penal** – teoria e prática. São Paulo: Atlas, 1999.

LOPES, Hálisson Rodrigo. PIRES, Gustavo Alves de Castro. PIRES Carolina Lins de Castro. **Organização penitenciária e os tipos de estabelecimentos prisionais no Brasil**. Âmbito Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/organizacao-penitenciaria-e-os-tipos-de-estabelecimentos-prisionais-no-brasil/#:~:text=A%20Col%C3%B4nia%20Agr%C3%ADcola%2C%20Industrial%20ou,pena>>

%20em%20regime%20semi%2Daberto.&text=O%20Brasil%20n%C3%A3o%20disp%C3%B5e%20de,liberdade%20no%20regime%20semi%2Daberto.>. Acesso em: 16 out. de 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MASSUCHETTO, Márcio U. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. Ambito Juridico, 2019. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-gestor-publico-e-as-parcerias-publico-privadas-avancos-e-desafios/>> Acesso: em 21 abril. de 2021.

MEDEIROS. Andrezza Alves. **Sistema Prisional Brasileiro**. Letras jurídicas, 1º edição, 2018.

MENDES, Marcos. **O que são Parcerias Público-Privadas?**. Brasil Economia e Governo, 2012. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/04/09/o-que-sao-parcerias-publico-privadas-ppp/>>. Acesso em: 16 de out. de 2020.

NAGAMINE, Lucas Civile. **Parcerias Público-Privadas (PPP'S)**. Politize, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/parcerias-publico-privadas-o-que-sao/>>. Acesso em: 16 out. de 2020.

NETO, Mac; REIS, Victor; MELO, Jefferson; NETO, Wanderley. **Análise das parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Jus, 2016. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/52633/analise-das-parcerias-publico-privadas-no-sistema-penitenciario-brasileiro>> Acesso em: 15 abril. de 2021.

NOVO, Benigno Núñez. **A EDUCAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL**. Brasil escola, s.d. Disponível em:

<[https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/a-educacao-prisional-no-brasil.htm#:~:text=Foucault%20\(1987%2C%20p](https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/a-educacao-prisional-no-brasil.htm#:~:text=Foucault%20(1987%2C%20p)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

NOVO, Benigno Núñez. **A realidade do sistema prisional brasileiro**. DireitoNet, 2017. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10325/A-realidade-do-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 16 out. de 2020.

PEDROSO, Regina Célia. **Utopias Penitenciárias Projetos Jurídicos e Realidade**

Carcerária no Brasil. Revista de História da USP, 1997. Disponível em:

<<http://www.periodicos.usp.br/revhistoria/article/view/18816/20879>>. Acesso em: 18 de out. de 2020.

PEIXINHO, Manoel Messias; Canen, Dóris. **Âmbito de Aplicação das Parcerias Público Privadas no Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias; Canen, Marco. **Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso.** DireitoNet, 2015. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso#:~:text=Ressocializar%20%C3%A9%20dar%20ao%20preso,daquilo%20que%20aconteceu%20no%20passado>>. Acesso em: 16 out. de 2020.

ROSTIROLLA, Luciano. **A adoção das Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos.** Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, s.d. Disponível em:

<http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf>. Acesso em: 16 out. de 2020.

SANTOS, Maria Alice de Miranda. **A Ressocialização do preso no Brasil e suas consequências para a sociedade.** Revistas unibh, 2010. Disponível em:

<<https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/64/39>>. Acesso em: 16 out. de 2020.

SANTOS, Wilquer Coelho. **Parceria Público Privada no Sistema Penitenciário Brasileiro.** Centro Universitário de Brasília, 2017. Disponível em:

<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11875/1/21339649.pdf>>. Acesso em: 16 out. de 2020.

SCHECARIA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da pena.** São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Paulo Bernardo. **Parceria Público-Privada: desafios e oportunidades.** Revista tcu, 2005. Disponível em:

<<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/544/595>>. Acesso em: 05 maio. 2021.

SIMÕES, Marcos Dias Caetano. **A Ressocialização do Preso à Luz da Contratação de Parceria Público-Privada no Âmbito do Sistema Prisional Brasileiro.** TJRJ. 2016
Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/MarcosDiasCaetanoSimo.es.pdf> Acesso em: 21 abril. de 2021.

TELLES, Lucas. **MPT relaciona crise em presídios com gestão terceirizada e faz alerta na BA.** Correio, 2017. Disponível em:

<<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/bahia/noticia/mpt-relaciona-crise-em-presidios-com-gestao-terceirizada-e-faz-alerta-naba/?cHash=f3016bbd91664533b29bf0aa85db8d0a>>. Acesso em: 22 fev. 2021

VELASCO, Clara; REIS, Thiago; CARVALHO, Bárbara; LEITE, Carolina; PRADO, Gabriel; RAMALHO, Guilherme. **Menos de 1/5 dos presos trabalha no Brasil; 1 em cada 8 estuda.** G1 globo, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml>> Acesso em: 11 de Abr. de 2021.

O CRIME DE PERSEGUIÇÃO OU STALKING NA CONTRAMÃO DA TEORIA DO FUNCIONALISMO PENAL.

PAULA NAVES BRIGAGÃO: Ex Tabeliã pelo TJMG. Especialista em Compliance Contratual, pela Faculdade Pitágoras. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa – Montevideo – UY. Escritora. Advogada.

Resumo: O presente trabalho pontua a inovação legislativa operada pela Lei 14.132/2021 ao artigo 147 do Código Penal c, agora, com nova alínea e parágrafos, com vistas a contemplar o crime autônomo de perseguição/stalking para solucionar questões cotidianas e, igualmente, tutelar o bem jurídico da liberdade individual, objeto de proteção por outros ramos do ordenamento jurídico. Discute-se a eficácia da norma frente ao Direito Penal Simbólico e a sua pertinência temática correlacionada a teoria do funcionalismo penal.

Palavras-Chave: Stalker/ Crime de Perseguição/ Stalking/ Funcionalismo Penal.

Abstract: The present work points to the legislative innovation operated by Law 14.132 / 2021 to article 147 of the Penal Code, now with a new paragraph and paragraphs, with a view to contemplating the autonomous crime of stalking / stalking to solve everyday issues and, furthermore, to protect the legal good of individual freedom, object of protection by other branches of the legal system. The effectiveness of the rule in relation to Symbolic Criminal Law and its thematic pertinence correlated with the theory of penal functionalism are discussed.

Sumário: Introdução. 1.1) Contornos Jurídicos do Crime de Perseguição/ Stalking; 1.2) Perseguição e seu significado; 1.3) Stalking e a Teoria do Funcionalismo Penal; 1.4) Crime de Perseguição/ Stalking e o Princípio da Consunção; 1.5) Crime de Perseguição e suas nuances; 1.6) O crime de Perseguição/ Stalking e a Lei 9.099/95. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

A lei 14.132/21 entrou em vigor no dia da mentira (data de sua publicação), dia primeiro de abril do ano de 2021. Indo ao encontro dos ensinamentos de James Callaghan, ousamos repetir, aqui, que “uma mentira pode correr meio mundo antes que a verdade consiga calçar as botas”. Calcemos, pois, as sandálias da humildade e passemos a discorrer acerca do crime de Perseguição/Stalking.

Apesar da data em que passou a obrigar no cenário jurídico (entrada em vigor), épica, para a edição do diploma normativo, de mentira nada se tem. Ao contrário, a verdade, aqui, correu o mundo e já havia calçado outras botas (estrangeiras), antes de ingressar por nosso solo pátrio.

Reflete a lei 14.132/21, nada mais, nada menos, do que a positivação de condutas cotidianas, e já de muito conhecidas e positivadas em outros ordenamentos jurídicos, tais como Alemanha, Portugal, Reino Unido e, dentre outros, nos Estados Unidos da América, de onde se cunhou a expressão Stalking, muito difundida nas redes sociais da atualidade. O Brasil apenas importou à seara penal o crime, já tipificado e consagrado em outras fronteiras. Em searas Cível e Trabalhista, no Brasil, a conduta já dava ensejo a danos morais e patrimoniais.

Não vamos muito longe. Em caso verídico, vivenciado pela Justiça do Trabalho, um empregador invadiu a privacidade de forma reiterada, controlou os horários, tirou fotografias, vigiou e seguiu os passos da vítima (sua empregada), por motivos que desconhecemos, e, aproveitando-se das fotos da moça em contato com outros rapazes, passou a espalhar a notícia de que ela mantinha relações extraconjugais fora do lar. O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Oitava Região, acertadamente, vislumbrando o assédio moral do empregador (stalker), bem como a sua responsabilidade objetiva, nos termos do art. 932, III do Código Civil, fixou indenização pelos danos morais sofridos. (TRT-18-ROT0010055-78.2019-5.180014 – Relatora: Silene Aparecida Coelho, Terceira Turma, 19/03/2020). A nosso sentir, o TRT, com maestria, aplicou na prática o sábio ditado popular: “Devemos bater onde dói. No bolso”.

1.1) Contornos Jurídicos do Crime de Perseguição/ Stalking

Tal diploma legislativo teve por missão precípua alterar o art. 147 do Código Penal vigente, agregando ao tipo básico a alínea A, acompanhada de seus parágrafos, afinal, já nos ensina o ditado popular “uma andorinha não faz verão.” As causas de aumento reforçam, por conseguinte, o caráter punitivo da norma.

Observe o leitor como ficou a redação do dispositivo, após a modificação legislativa:

Ameaça. Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Perseguição

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

I – contra criança, adolescente ou idoso; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 3º Somente se procede mediante representação. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

Há que se destacar que tal tipo penal, em sua cabeça, traz a tona o crime de ameaça e, agora, em sua alínea a, fora agregado ao dispositivo um novo crime, qual seja, o crime de perseguição. Uma simbiose de crimes que tutelam, como bem jurídico, a liberdade individual.

É importante enfatizar que, por tratar-se de uma *novatio legis* incriminadora, tal norma é irretroativa, passando a produzir efeitos do dia da mentira em diante. É para frente que se olha!

Logo, se Juan da Corneta, detentor de amor platônico, não correspondido, resolveu perseguir Rita Guitarra (objeto do seu desejo), na data de 31/03/2021 (trinta e um de março de dois mil e vinte e um), tirando-lhe o sossego na rua, na chuva e na fazenda, pela internet ou por droni, ou numa casinha de sapê, a sua conduta quando muito, poderia ser enquadrada na contravenção penal de não perturbação de sossego (art. 42. Decreto-lei 3.688/41), ou pela infração penal de perturbação de tranquilidade (art. 65. Decreto-lei 3688/41 – até então vigente!), a depender da hipótese, mas crime não se tinha, pois lei mais gravosa não detém, por ela mesma, o condão de retroagir, para abarcar condutas praticadas antes de sua vigência.

Por oportuno há que se dizer que tipo penal do art. 147, A do CP revogou expressamente o art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais) socorrendo-se, em nosso ponto de vista, do Direito Penal Simbólico, para gerar na população uma sensação de dever cumprido das autoridades e, por conseguinte, enaltecendo o terror e o medo na mente fraca de alguns desavisados com obsessão crônica, que deveriam buscar tratamento psicológico e psiquiátrico para os males da alma, ao invés de receberem respostas do Direito Penal. Data máxima vênia, é o que pensamos!

Perquirindo-se a *mens legislatoris* – vontade preliminar do legislador em um primeiro momento - que não vingou, por sinal - o nome inicial sugerido para o crime era o de perseguição obsessiva. Tal entendimento fora modificado, justamente para que se evitasse que a obsessão fosse considerada um requisito de validade da perseguição – conduta típica. Tal apego exagerado a um sentimento, fora, por certo, descartado pelo legislador, quando da tipificação da conduta penalmente relevante, até por consistir o apego exagerado num ato da psique humana incompleto, em si mesmo, frente a uma realidade que pede e exige mais, na ótica do legislador.

A *mens legis*, vontade da lei, que é o que nos interessa, refere-se tão somente ao delito de perseguição, sem nenhum qualificativo que a acompanhe. Já nos ensina o ditado popular: “Antes só do que mal acompanhado”. E, sem dúvida, a obsessão, por ela mesma é má companhia - e deve restar acompanhada de tratamento psiquiátrico (como já dissemos alhures) e não, de outro modo, de grades carcerárias.

1.2) Perseguição e seu significado

Mas em que consiste essa perseguição, em termos objetivos?

Consiste em perseguir alguém, reiteradamente ou, por qualquer outro meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer outra forma, invadindo ou perturbando a sua esfera de liberdade ou privacidade. É o que nos ensina o novo tipo penal.

O núcleo verbal do tipo é perseguir, importunar uma pessoa, tirar a paz dos outros. É mexer com quem está quieto. Mas não é qualquer perseguição. Perseguição esporádica não é crime, pois o tipo penal exige que essa perseguição seja reiterada. A mesma ladainha de todos os dias. De novo? Mais uma vez? São as perguntas implícitas do tipo penal.

A título de exemplo, Amanda Coração de Manteiga apaixonou-se por Roberto Seringa de Vacina, seu analista. Descobre o endereço do profissional e, num dia desses, saudosa pelo término das sessões, resolve declarar-se por mensagem eletrônica, na internet; e, de plano, coloca-se, no mesmo dia, de prontidão na frente da casa do sujeito, a fim de constatar a reação do moço, ao vê-la. Era tudo ou nada. Longe das ponderações dos princípios, Amanda via o amor como regra e era adepta da lógica do tudo ou nada. É "eita" atrás de "eita"!

A pergunta que não quer calar é a seguinte: A integridade psicológica (bem jurídico penalmente protegido) de Seringa estaria maculada com a insistência da moça apaixonada e de pouco amor próprio?

A realidade nos informa que Amanda está, de fato, insistindo com o seu objeto de desejo, mas esse tipo de ato, passional, foi um ato isolado e, após, o bate papo sincero, em que Roberto Seringa, já "vacinado", com outras experiências, expondo a ela não desejar envolver-se com pacientes (pois "onde se ganha o pão não se come a carne"), Amanda Coração de Manteiga "caiu em si" e não o procurou mais. No popular: a ficha caiu! Foi chorar na cama, que é lugar quente, mas deu sossego ao rapaz. Sua conduta, patética, ficou longe do crime de perseguição, resguardada apenas nos pesadelos de quem amou sozinha. E quem nunca....

Não houve reiteração, mas, no popular, um momento de bobeira, típico apenas na cegueira dos apaixonados. Ser apaixonada, ou trouxa, como preferam, ainda não é crime, no máximo uma contravenção penal de perturbação de sossego alheio (art.42 do Decreto-lei 3.688/41), a depender dos contornos do caso concreto.

No caso por nós, aqui, relatado, não vislumbramos sequer abalo emocional por parte de Seringa, de modo que nem de longe houve abalo à sua integridade psicológica. Também não vislumbramos a contravenção de perturbação de sossego, já que Seringa

sentiu-se lisonjeado com a declaração de amor, proveniente de moça tão bonita. Ao revés, cresceu-se ao seu bem jurídico (integridade psicológica) uma alta dose autoestima.

Logo, no que toca ao crime de perseguição (art. 147, a do CP) estamos diante de crime habitual que exige, pelo menos, dois atos. Ato isolado não o configura. Incabível, pois, a tentativa. Não cabe tentativa em crime habitual porque a consumação exige a reiteração de atos. Dessa forma, ou ocorre à reiteração e o crime de consuma, ou o fato será atípico. De igual modo, não há a previsão da figura culposa.

Mas atente o leitor para o seguinte fato: não é toda e qualquer reiteração que constitui crime. A perseguição operada pelos policiais aos bandidos, embora reiterada, não é crime, pois estão albergados pela excludente de ilicitude revelada no exercício regular do direito. “Dai a César o que é de César”. É Bíblico! E assim o é, pois a lei quem autorizou a licitude de tal reiteração, para o bem da segurança pública (bem comum).

Na mesma toada, o oficial de justiça que cumpre mandado judicial, se dirigindo algumas vezes ao local de residência do citando, não o está perseguindo, embora esse possa se sentir incomodado (estrito cumprimento do dever legal). Mero aborrecimento, sem qualquer relevância para o Direito Penal.

Enquanto, alguns, catalogam o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal como excludentes da ilicitude, outros, os catalogam como excludente da própria tipicidade, pois não poderá ser crime o que a própria lei fomenta (tipicidade conglobante). Fato é que não é crime em nenhum dos dois casos, seja por um raciocínio ou por outro.

1.3) Stalking e a Teoria do Funcionalismo Penal

Atente-se o leitor que a perseguição pode se dar por qualquer meio. O meio pode ser físico, virtual, droni, cartas, bilhetes, telefonemas, faixas e cartazes, próximos ao local da residência da vítima, presentes indesejados, recados nas redes sociais, disse – me - disse, paparazzi, etc. O meio é livre, levando, por conseguinte, a abertura da conduta, mas, embora livre, deve ser conjugada essa com a reiteração e outros requisitos exigidos pelo tipo penal. Vejamos.

Transpondo o parágrafo acima para um caso do dia a dia.

Aí está: Marculino Filé, que até ontem era Marculino Sardinha, após participação em reality show na televisão, de anônimo virou famoso. Dia sim, dia não, é fotografado pelo

jornalista Jurandir Fofoca que, aproveitando-se do glamour do rapaz, quer pegar carona na fama do moçoilo para vender jornal.

Marculino já não tem mais sossego, nem mais para tirar o carro da garagem de casa e a novela da vida real, da qual não é protagonista, já perdura por dois meses. Aquilo é quase tortura psicológica. É todo dia a mesma coisa. Precisa repetir as mesmas palavras para que o jornalista lhe permita prosseguir na retirada do carro. Jurandir Fofoca é incansável e, agora, a partir de 01/04/2021 (primeiro de abril de dois mil e vinte e um), criminoso. É a vida como ela é. O Direito Penal desempenhando, aqui, um papel educativo, para criminalizar a conduta do “sem noção”.

Mas seria a proteção da paz (integridade psicológica) contra a conduta do “sem noção” um bem jurídico indispensável à vida em sociedade?

Já nos ensina Roxin que a função do Direito Penal é a tutela dos bens mais caros ao convívio social. É o que aprendemos com o seu funcionalismo teleológico.

Explicando melhor a teoria funcionalista, que ousamos atribuir o qualificativo de bifurcada:

Trata-se da corrente funcionalista de Jacobs e da corrente funcionalista de Claus Roxin. Jacobs foi discípulo de Niklas Luhmann, sociólogo, que enxergava o Direito Penal como reafirmador dos valores de uma determinada ordem jurídica.

Jacobs sofreu críticas acerca do seu posicionamento, ganhando, até mesmo, a pecha de nazista. Isso porque suas premissas também poderiam ser utilizadas num regime totalitário, embora nem sempre isso se desse.

Como reação às controvérsias que as suas posições suscitaram, Jacobs sinalizou não estar apontando como o Direito Penal deva ser; mas apenas apontando como o Direito Penal foi e é. Em sua mente criativa, oriunda de uma concepção funcionalista extrema ou radical traçou-se o quadro daquele que deveria ser punido, para a estabilidade normativa. Assim, justificava-se a punição do agente pelo fato de ter agido de modo contrário à norma e cupavelmente.

O funcionalismo radical também albergava o conceito tripartido de crime e, diversamente do funcionalismo moderado, que previu a responsabilidade; o funcionalismo radical manteve em seu alicerce a culpabilidade, embora desse a ela feições menos flexíveis.

De outra banda, apresentamos Claus Roxin, grande expoente do funcionalismo moderado. Procurou o Mestre dos Mestres dar um conteúdo a essa ideia funcionalista; ou

seja, o Direito Penal teria por função reafirmar os valores da ordem jurídica. Recuperação e punição são consequências, efeitos possíveis e previsíveis no Direito Penal. Não há como negar ou fugir dessa realidade. Reafirmação essa dos valores da ordem jurídica, embasada por razões de política criminal, para a colmatação de postulados fundados na dignidade humana - que irão culminar na proteção aos bens jurídicos mais caros ao convívio social. É a posição a qual nos filiamos!

O núcleo fundamental do sistema formulado por Roxin apresentou-se como a mais singela necessidade de que a política criminal pudesse penetrar na dogmática criminalista. (Roxin, Claus, Tratado de Derecho Penal – Parte General, Tomo I, Civitas, 1997).

A diferença entre as correntes funcionalistas, em palavras miúdas, reside no fato de que Jacobs se limitava a explicar o que o Direito Penal tinha sido, reafirmando os valores de uma ordem jurídica. Roxin foi além; reafirmou os valores do ordenamento jurídico, fundados na dignidade da pessoa humana e acrescidos de uma política criminal, como consectários lógicos da função do Direito penal. A política criminal consiste em uma diretriz. E é justamente nesse campo em que o intérprete e aplicador da norma trabalham com a proporcionalidade no que toca à aplicação das penas. É do que estamos tratando ao redigirmos esse artigo e, em específico, no caso concreto por nós idealizado do personagem Jurandir Fofoca (o jornalista “sem noção” e ganancioso).

Após essa digressão aos estudos do funcionalismo penal voltemos os nossos olhos ao crime de perseguição/Stalking.

Acreditamos que a paz, direito fundamental de quinta dimensão, é sim, bem jurídico reputado da mais alta magnitude, mas que, em nosso sentir, data máxima vênua, é bem jurídico que encontra efetiva proteção em outros ramos do Direito, o que nos leva a refletir acerca do princípio da subsidiariedade do direito penal, devendo, para tanto, serem chamados, a solucionar o caso, os demais ramos do Direito (Civil, Administrativo, etc.), a fim de zelar pela harmonia sistêmica que efetiva, na prática, o princípio da intervenção mínima.

Imagine, a título de exemplo, seguindo em nosso raciocínio, o Jurandir Fofoca perdendo o posto de jornalista (cassada a sua carteira profissional) ou o seu jornal interdito pelo Poder Público (Direito de Intervenção) ou mesmo o seu bolso “doendo”, com uma indenização vultosa a Marculino Filé ou a toda a sociedade que se sentisse atingida (dano moral coletivo). Certamente, venderia a cama, por não conseguir dormir a noite. Já nos ensina o ditado popular: “os incomodados que se retirem”, mas poderiam se retirar, longe dos olhos do Direito Penal. Para nós, o Direito Penal, que deveria ser o último

(e não o primeiro!) ramo a ser chamado, foi palco, repisemos, do direito penal simbólico (como já refletido alhures). Assim pensamos! E, aqui, não estamos fazendo pouco caso dos delitos de feminicídio e de violência doméstica, mas esses já encontram guarida em outros diplomas normativos. Não estão desguarnecidos.

Contudo. Voltemos à vida real, pois as nossas digressões são apenas digressões. Retornemos os nossos olhos ao novo tipo penal.

1.2) Crime de Perseguição/ Stalking e o Princípio da Consumção

O primeiro modo de perseguição é ameaçar a integridade física da vítima. A famosa frase: “- vou cortar-lhe a cabeça, se não me deres o seu coração”, nos dizeres dos obcecados de plantão - é um dos modos de se raciocinar o tipo penal no tocante a integridade física.

Ocorre, que muitas vezes, a perseguição não vem sozinha. Vem acompanhada de uma ameaça.

Um perseguinte, reiterado com ameaça verbal, ou conduta que induza um mal físico ao sujeito, poderá leva-lo a responder por dois crimes distintos ou é hipótese de crime único?

Assim, a título de exemplo: Um sujeito que segue o outro, diariamente, quando esse último vai levar seu filho na escola, próxima de casa, dizendo que vai ceifar a vida dele, pelo simples fato de ter sido preterido no emprego, no passado, pelo chefe da vítima, mais amigo da vítima do que dele (perseguidor/ stalker). Para tanto, vale-se da ameaça na perseguição, para aplacar o seu sentimento de inveja. O invejoso persegue e ameaça. A pergunta que não quer calar é a seguinte: esse sujeito, que persegue e ameaça, responde em concurso formal de crimes ou aplicaríamos, a ele, o princípio da consumção?

A nosso sentir, em regra, não haverá concurso de crimes. O tipo total do art. 147 do CP prevê crimes autônomos no caput e na alínea a. Contudo, não responderá o sujeito pelo art. 147 e pelo art. 147, a do CP – em concurso de crimes.

Acreditamos ser o caso de aplicação do princípio da consumção, pois a ameaça fora utilizada como crime meio para a consumação do crime fim, qual seja, a perseguição – tido por crime de maior gravidade. A ameaça deu colorido à perseguição. Deu credibilidade à perseguição. Assim, a ameaça restaria absorvida pela perseguição, por ser tida como um meio para se atingir a perseguição, em uma premissa invertida de que os fins justificariam os meios, em raciocínio quase “maquiaveliano”, parafraseando Maquiavel. Pensamos, porém, que essa não é e não será uma questão pacífica na doutrina. Ofertamos o nosso

ponto de vista por puro amor ao debate! E, por óbvio, quando os contextos fáticos forem distintos vislumbramos o concurso de crimes. O caso concreto irá ditar a solução jurídica.

1.3) Crime de Perseguição e suas nuances

Outra maneira de se praticar o crime reside na burla à integridade psicológica, que provoca insegurança na vítima, e, para tanto, exige o dolo do perseguidor. São condutas que causam dano emocional em sentido lato. A conduta, repita-se, exige o dolo de dano emocional.

Logo, a pessoa diagnosticada esquizofrênica, que acha perseguição em tudo (o famoso “cismado”), possui uma patologia clínica que, a depender do cenário fático, poderá tornar a conduta do sujeito ativo atípica. Se não há dano emocional, mas a pessoa tem sensibilidade exacerbada, a ponto de enxergar problema onde não existe, não há que se falar em perseguição.

Outra característica do crime de perseguição é a restrição à capacidade de locomoção da vítima - que fica paralisada, literalmente falando, diante da perseguição. Não se exige o sequestro ou cárcere privado, mas a mera restrição de capacidade de locomoção da vítima que, por medo, da perseguição, renuncia suas atividades do cotidiano. Deixa de frequentar uma academia, de fazer uma caminhada no parque, na praia. Tudo isso para não ser molestada, afinal, a paz não tem preço!

Outro modo de perseguição que o tipo encabeça é: perseguição, de qualquer forma, burlando a liberdade ou privacidade da vítima. Assim: Um droni que, para satisfazer a curiosidade alheia, capta um momento íntimo de um casal de namorados numa residência é um tipo de perseguição. O tipo é por demasiado amplo e mitiga o princípio da taxatividade, consectário do princípio da legalidade, mas até que venha, se vier, a ser declarado inconstitucional, é o que temos para hoje!

1.4) O crime de Perseguição/ Stalking e a Lei 9.099/95

A pena do crime de perseguição/stalking, em seu tipo básico, é de seis meses a dois anos e multa. Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, tal qual o crime de ameaça, com a aplicação dos institutos despenalizadores da lei 9.099/95, na sua modalidade simples (art. 147, a do CP).

Se houver o aumento, entabulado no parágrafo primeiro do tipo penal, não há que se falar em aplicação da Lei 9.099/95, pela singela razão de a pena ultrapassar o permissivo legal. Contudo, cabível, em tese, a suspensão condicional do processo (desde ausentes

condutas ensejadoras de violência doméstica e familiar contra a mulher), embora incabível a transação penal.

Há que se pontuar que o crime de Stalking, em sua modalidade simples, será crime de menor potencial ofensivo, mas não admitirá medida despenalizadora se estiver atrelado a alguma situação configuradora de violência doméstica contra a mulher. Logo, incabível a transação penal ou a suspensão condicional do processo, caso a perseguição se dê contra a mulher, em um contexto de violência doméstica e familiar.

O Tribunal de Justiça do Paraná já se posicionou sobre o stalking, quando ainda em vigor o art. 65 do Decreto-lei 3.688/41, inadmitindo o instituto despenalizador da transação penal (TJPR- Processo Nº 0040408-48.2015.8.16.0014). A contravenção penal do art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41 foi revogada pelo art. 147, A do CP, sendo que a transação penal é incabível na hipótese, não por analogia, mas por uma interpretação extensiva ao art. 41 da 11.340/2006. (Lei Maria da Penha). Esse é o nosso entendimento!

Dessa forma, embora a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná se refira a revogada contravenção penal de perturbação da tranquilidade, o Superior Tribunal de Justiça, através de o Enunciado Sumular 536, já bateu o martelo no sentido de que não cabe suspensão condicional do processo, tampouco transação penal no cenário que envolva a Lei Maria da Penha. "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha" (Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça).

Uma observação importante no que toca a tipificação deve, aqui, ser mencionada: A forma majorada do crime (a pena aumenta-se da metade) dá a ele as vestes de crime de médio potencial ofensivo, longe da ótica de institutos despenalizadores, a exceção da suspensão condicional do processo, cuja pena mínima não ultrapasse um ano, desde que, desacompanhada, por óbvio do cenário de violência doméstica e familiar contra a mulher. É o cenário de violência doméstica e familiar contra a mulher que presente ou ausente ditará a possibilidade de suspensão condicional do processo ao stalker. Assim pensamos.

Conclusão

Durante décadas as mulheres vêm lutando por igualdade, por melhores condições de trabalho, por igualdade na sua condição de mulher frente aos homens. Nessa luta desmedida, muitas delas se expõem e pagam um preço altíssimo, revestido, no mais das vezes, em assédio moral, perseguições na rua, na família, no trabalho. A verdade é os seres humanos cresceram muito tecnologicamente falando, mas emocionalmente continuam

imaturos. Em virtude disso, foram chamar o Direito Penal para as doenças da alma (obsessões, esquizofrenia, psicopatia) exercendo o papel de Pai Repressivo.

Casos sérios, que deveriam e poderiam ser solucionados pela Medicina e por outros ramos do Direito, agora, integram o palco do Direito Penal, na contramão do funcionalismo teleológico, defendido por Roxin, que apregoa a proteção dos bens jurídicos essenciais à vida humana.

A paz, direito fundamental de quinta geração, tem magnitude ímpar, mas encontra tutela na ciência médica e em outros ramos do ordenamento jurídico que não o Direito Penal (princípio da subsidiariedade) que deveria ser o último e não o primeiro ramo a ser chamado. Grades não ressocializam mentes obsessivas. É o que pensamos.

Referências Bibliográficas

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad.: Cláudia Vianna Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997.

CONTRATO *BUILT-TO-SUIT*: ESTUDO DA MODALIDADE E SUA APLICAÇÃO NO MERCADO BRASILEIRO

GLÁUCIA RAMOS MAYRINK FARIA:
Acadêmica do curso de graduação em
Direito na Cidade Universitária UNA.

MARCELLA PAGANI

(orientadora)

RESUMO: O objetivo deste estudo é desenvolver uma análise sobre a modalidade dos contratos *Built-to-Suit*, expondo o que é e quais as principais características. Os contratos *Built-to-Suit* já eram amplamente utilizados em outros países no setor imobiliário. *Built-to-Suit* é um termo em língua inglesa que significa “construído para servir”. Trata-se de uma locação não residencial cujo imóvel é encomendado pelo locatário, tendo o proprietário-locador que adequar tal imóvel para atendimento do negócio do locatário e segundo as exigências deste. Desta forma, o locador investe na aquisição ou obra substancial no imóvel pretendido. No Brasil, surgiu no mercado brasileiro devido ao crescimento econômico. Esta modalidade de negócio envolvendo a locação, ou seja, contrato de “construção ajustada” foi regulamentada em 2012 pela Lei 12.744. No estudo será abordada a alteração do artigo 4º e inserção do art. 54-A na Lei 8.245/91, pela Lei 12744/12, o qual trouxe maior segurança jurídica aos contratos desta modalidade, bem como, verificar os dois problemas pontuais, sejam: a revisão do valor a título de locação mensal e da multa por devolução antecipada.

ABSTRACT: This study's goal is to develop an analysis about the Built-to-Suit contracts modality, presenting what it is and what are the main characteristics. Built-to-suit contracts were already widely used in other countries in the real estate sector. Built-to-Suit is an English term which means built to serve or custom-made-contract. It is a non-residential lease whose property is ordered by the tenant, the owner-lessor having to adapt such property to meet the tenant's business necessities and according to the tenant's requirements. Therefore, the property owner invests in the acquisition or substantial work in the intended property. In Brazil, it appeared on the Brazilian market due to economic growth. This type of business involving leasing, that is, an “adjusted construction” contract was regulated in 2012 by Law 12,744. The study will discourse about the alteration of article 4 and insertion of art. 54-A in Law 8,245 / 91, by Law 12,744/12, which brought greater legal certainty to contracts of this type, as well as verifying the two specific problems, called: the value's revision as a monthly lease and the fine for early return.

Keywords: Built-to-Suit Contract. Contract Features. Rental Law. Penal Clause.

Palavras-chave: Contrato *Built-to-Suit*. Características do Contrato. Lei de Locação. Cláusula Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contrato *Built-to-Suit*. 2.1 Conceito e vantagens. 3. A Lei de Locação. 3.1 Análise do Art. 54-A da Lei 8.245/91. 3.2 Renúncia e revisão de aluguel. 3.3 Penalidade. 4. O *Built-to-Suit* e a sua aplicação no mercado brasileiro. 5. Conclusão. Referências.

1 – INTRODUÇÃO

Ultimamente, o setor imobiliário brasileiro tem crescido, fazendo com que os investimentos e transações no mercado de capitais firmem como área-alvo. Assim, com essa expansão, necessário é que os contratos acompanhem a demanda. Outro motivo de, também, os contratos *Built-to-Suit* estarem sendo cada vez mais utilizados como produto de investimento, pois além da liberdade contratual conferida por estes, se tornaram interessantes e viáveis no mercado imobiliário.

O *Built-to-Suit* é uma modalidade contratual de origem norte-americana, atípico e com operação comercial complexa, onde envolve tanto características de empreitada, como de locação. O foco deste é oferecer ao locatário um imóvel pronto para uso, de acordo com as características previamente ajustadas no contrato.

Baseado no conceito de Rodrigo Gasparetto (2009, p. 58), a definição de contrato *Built-to-Suit* é o resultado de uma operação financeiro-imobiliária, onde o locador projeta e constrói um imóvel nos termos desejados pelo locatário que, por outro lado, remunerará o locador por meio de um contrato de longo prazo.

Assim, o objetivo geral deste artigo é expor o que é e quais as principais características dessa modalidade contratual, possibilitando a melhor compreensão do objeto de estudo e dos problemas tratados. Seus objetivos específicos são a análise do artigo 54-A na Lei nº 8.245/1991 (Lei de Locação) inserido pela Lei nº 12.744/2012, que regulamentou sumariamente o *Built-to-Suit* e seus parágrafos, os quais abordam a viabilidade quanto a revisão do valor a título de locação mensal e da multa por devolução antecipada, bem como sua aplicabilidade no mercado brasileiro.

2 – CONTRATO *BUILT-TO-SUIT*

O *Build-to-Suit* (construído para servir) é uma modalidade contratual, surgida nos Estados Unidos, na década de 1950 e após nos países da Europa e Ásia, muito utilizada pelas indústrias.

Galvão e Oliveira (2013, s/p) aduzem que, como não era praticada esta modalidade no mercado financeiro americano e devido à demanda, tornou-se essencial para o país, pois o traço característico da modalidade é mais do que a separação entre o capital e a mão de obra nos empreendimentos. No entanto, o país com um mercado financeiro ativo e aberto desenvolveu-se visando as oportunidades nos negócios e investindo em todas as modalidades de empreendimentos que surgiam.

Por ser o *Built-to-Suit* uma modalidade de contrato bastante recente e com informações ainda desconhecidas, devido ao universo de lacunas em branco, é impossível informar seu exato surgimento.

A relação contratual do *Built-to-Suit* é extremamente complexa, uma vez que envolve a busca de um imóvel com qualidades específicas, elaboração de projeto específico a ser desenvolvido em prazo determinado, contratação de construtora, mobilização de capital, gerando assim, obrigações e deveres nos quais se diferenciam da simples relação locatícia.

E devido a essas dificuldades de encontrar imóveis com qualidades específicas para determinados fins, surgiram investidores no mercado financeiro imobiliário para atender a esse tipo de demanda.

No Brasil, o *Built-to-Suit* está sendo muito utilizado no ramo imobiliário, estando suas principais regras e características descritas no art. 54-A da Lei nº 8.245/91.

Todo e qualquer contrato tem requisitos indispensáveis como objeto lícito, agente capaz e forma prescrita ou não proibida pela lei, bem como, a presença das cláusulas e princípios gerais do Direito. Além dessas, o contrato *Built-to-Suit* possui também características específicas importantes, com traços peculiares, próprios de sua identificação, sendo:

- a) locatário pré-determinado;
- b) imóvel exclusivo construído ou reformado, de acordo com a necessidade do locatário;
- c) contrato firmado por prazo determinado, qualquer que seja;
- d) impossibilidade de denúncia pelo locador;
- e) possibilidade de renúncia ao direito de pedir revisão do aluguel por ambas às partes;

- f) possibilidade de denúncia antecipada pelo locatário, mediante o pagamento da multa convencionada, não excedendo a soma dos valores referente a aluguéis vincendos até o término da locação;
- g) aplicabilidade da Lei 8.245/91 e Códigos Civil e Processo Civil.

Existem, também, outras características e cláusulas específicas, que dependerão da natureza contratual pactuada, que determinarão a execução e o cumprimento do contrato pelas partes.

Em suma, numa operação *Built-to-Suit*, a princípio considerado um contrato atípico, identificamos características de várias outras modalidades contratuais, tais como: empreitada, locação, compra e venda incorporação imobiliária, espécies estas peculiares já aprovadas no Código Civil brasileiro, de acordo com o artigo 425 do Código Civil: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas.”

2.1 – Conceito e vantagens

Contrato *Built-to-Suit* é um contrato de locação onde o proprietário constrói ou reforma um determinado imóvel de sua titularidade, para que possa ser utilizado pelo locatário de acordo com suas necessidades empresariais preestabelecidas no contrato, ou seja, é um tipo de contrato que busca construir, regular ou extinguir, entre as partes, uma relação patrimonial.

A definição de Figueiredo (2009, p. 161):

É um contrato pelo qual um investidor torna viável um empreendimento imobiliário de acordo com os interesses de um futuro usuário, que o utilizará por um período já estabelecido, no qual garantirá a remuneração pelo uso do imóvel e o retorno do investimento.

Marcelo Valença (2005, p. 329) diz que:

“Built to Suit um modelo de negócio imobiliário onde a parte contratante ocupa um imóvel para o desenvolvimento de uma atividade empresarial, contrata com um empreendedor a aquisição de um imóvel em uma localização estrategicamente selecionada por ele e a construção ou reforma de um edifício no imóvel que atenda as suas necessidades empresariais e a locação deste imóvel com sua construção.”

Baptista e Prado (2011, p. 33) definem *Built-to-Suit* como “uma modalidade de operação financeira imobiliária onde a construção é por encomenda, sob medida ou realizada nos padrões indicados por um usuário específico”.

Já para Gasparetto (2009, p. 31) a definição de *Built-to-Suit* é:

Um negócio jurídico onde uma empresa contrata um empreendedor, geralmente do ramo imobiliário ou de construção, para encontrar um imóvel e nele construir o comércio ou indústria que atenda às exigências específicas da empresa contratante, tanto no que diz respeito à localização, como nas características físicas da unidade a ser construída. Tão logo construída a unidade será disponibilizada, através de locação à empresa contratante, por tempo ajustado no contrato.

São de importância relevante as vantagens proporcionadas por essas operações consideradas tanto sob a visão do locatário, como a do locador, pois o locatário será beneficiado com o uso de imóvel personalizado para o exercício de suas atividades e o locador comercializará o imóvel antes mesmo do desenvolvimento do projeto.

Atesta Daniel Boulos (2008, s/p):

‘(...) a principal vantagem dessa operação é que as partes atendem seus interesses sem se desviar do foco do seu negócio, uma vez que, geralmente, a parte que faz o empreendimento pertence ao ramo imobiliário, e/ou da construção civil e a parte que loca, geralmente pertence ao ramo do varejo que se beneficiará do empreendimento feito sob medida para atender suas necessidades.

Assim, no que tange ao locatário, além de existir uma locação pactuada onde evita a imobilização de seu capital, não fica obrigado a se adequar um imóvel aos seus interesses quanto à espaço, localização e tipo de construção, pois o mesmo foi construído sob medida para atender suas necessidades, além de poder direcionar seus recursos para outras atividades diferentes de seu objeto social, que seria adquirir ou reformar o imóvel. Ainda, no âmbito tributário, será deduzida a despesa mensal gerada pelo pagamento de aluguel como despesa operacional.

Para o locador, é garantida a locação imediata, após o término da obra, afastando o risco deste assumir despesas com conservação, impostos e taxas, além de um prazo longo de contrato, no qual o lucro obtido será calculado com o uso do imóvel para que cubra os gastos no empreendimento. Sem falar no fato de que o valor dos aluguéis pagos

pelo locatário que solicitou o desenvolvimento do projeto garante maior retorno ao investidor do que em uma locação convencional.

Resumindo, *Built-to-Suit* é o negócio jurídico onde uma das partes, no caso, a locatária, acerta a construção ou reforma de imóvel atendendo as necessidades específicas da sua atividade empresarial, remunerando a locadora através de pagamento de aluguéis fixados em valores condizentes com o retorno dos investimentos realizados na construção ou reforma e, também, o uso do bem imóvel por meio da locação fixada por um longo período previamente ajustado. E como principais vantagens para locatário e locador é que o primeiro não imobilizará seu capital na compra de um ativo, pois este será construído de acordo com as suas necessidades e alugará um imóvel do segundo que fará um contrato por um longo prazo.

3 - A LEI DE LOCAÇÃO

A lei 8.245/91, lei de locação ou lei do inquilinato, como é conhecida, é o documento que regula o mercado de aluguéis residenciais e comerciais no Brasil. Ela trouxe mais clareza aos problemas enfrentados antes pela locação, regulando o mercado imobiliário de uma maneira eficaz, além de muitos ganhos para a sociedade em geral, pois com ela foi afastado o intervencionismo extremo que o governo tinha, no qual chegou a estabelecer tabela de quanto cada locador deveria cobrar de aluguel.

3.1 - Análise do art. 54-A, da Lei nº 8245/91

A Lei nº 8.245/1991, explana sobre as locações de imóveis urbanos e retrata os procedimentos a serem observados nas ações a ela pertinentes.

A Lei nº 12.744/2012 incluiu o artigo 54-A na Lei nº 8.245/1991, que diz:

Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§1º Poderá ser convencionalizada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

Em análise dos termos do artigo 54-A, da Lei 8.245/1991, confirma-se o caráter tipicamente comercial da operação, tratando de locações não residenciais urbanas e a necessidade de prazo determinado para a locação. E conforme o *caput* do dispositivo legal as condições prevalecerão livremente pactuadas no contrato respectivo.

Assim, as cláusulas estabelecidas pelas partes continuarão válidas não sofrendo nulidade, considerando que a vulnerabilidade do locatário, que é um dos pressupostos das locações convencionais, não se encontra presente nos contratos *Built-to-Suit*.

Os parágrafos seguintes anunciam, ainda, a possibilidade de renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação e, em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, responsabiliza-se este a cumprir a multa pactuada, desde que não exceda a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo fim da locação.

3.2 – Renúncia e revisão do aluguel

A renúncia ao direito de revisão está prevista no parágrafo 1º, do artigo 54-A, da Lei 8.245/1991, que diz: “Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.”

Isto significa que ambas as partes têm à sua disponibilidade esta norma, sendo que o locador e locatário renunciarão ao direito previsto no artigo 19, da Lei 8.245/1991.

Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Assim, nos contratos *Built-to-Suit*, diferentemente do que acontece nas diversas outras locações, as partes podem convencionar a renúncia ao direito de propositura de ação, objetivando a revisão dos valores cobrados a título de aluguel. Isto porque, o valor do aluguel nestes contratos, não tem a característica única de remunerar o locador pelo uso do imóvel, mas tem o objetivo do retorno, pelo locatário, do investimento realizado pelo locador.

Desse modo, o pagamento realizado pelo contratado, a título de aluguel pelo uso do imóvel, é feito de forma postergada e diluída nas prestações mensais a serem pagas, ajustado às medidas e características solicitadas.

Assim, é de grande importância que sejam definidos e incluídos no contrato, o preço a ser pago durante a vigência da locação, bem como sua composição, uma vez que o valor mensal do aluguel nesses contratos costuma ser bastante diferente do valor comercialmente pago, a título de locação, em imóveis semelhantes, e para evitar que ocorram desentendimentos entre as partes durante a vigência da locação, em razão dos valores cobrados mensalmente pelo uso do espaço, é recomendável que ambas as partes renunciem ao direito revisional do valor dos aluguéis.

O entendimento do TJ-DF, no julgamento do Recurso de Apelação nº 20130110597287, diz:

E M E N T A: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. CONTRATO DE LOCAÇÃO "BUILT TO SUIT". REVISÃO DO VALOR DO ALUGUEL ANTERIORMENTE AO TERMO FIXADO PELAS PARTES CONTRATANTES. SUPERVENIÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. 1.Pelo contrato de locação "built to suit", a locadora se compromete a edificar o imóvel locado segundo os interesses do locatário, de modo que a composição da contraprestação não leva em consideração apenas o valor referente ao aluguel. 2.Tratando-se de contrato de locação "built to suit" firmado anteriormente à edição da Lei nº 12.744/2012, a revisão do valor da locação somente é cabível quando houver efetiva comprovação do superveniente desequilíbrio entre as partes contratantes. 3.Não estando evidenciado fato extraordinário posterior à celebração do negócio jurídico, apto a caracterizar o desequilíbrio entre as partes contratantes, deve ser mantida cláusula contratual que autoriza a rediscussão do valor da locação somente após o término do prazo inicial de locação. 4.Tratando-se de sentença na qual não houve condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, não havendo justificativa para a modificação da aludida verba de sucumbência quando observados os parâmetros expostos nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo dispositivo legal. 5.Recursos de Apelação conhecidos e não providos.

Por fim, a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis, poderá ser convencionada na vigência do contrato de locação.

3.3 – Penalidade

O disposto no parágrafo segundo, do artigo 54-A da Lei 8.245/91 deixa claro que é possível, no contrato *Built-to-Suit*, a denúncia antecipada do vínculo locatício, que diz:

Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

Para cumprir cada qual com sua obrigação contratual com a devida proteção de que será cumprida também pela parte contrária, necessário é ter uma garantia. Destaca-se que no contrato *Built-to-Suit* as partes assumem obrigações, cujo cumprimento é indispensável para a continuidade da contratação. Os investimentos feitos, pelo investidor, costumam ser de bastante altos, enquanto o atendimento às necessidades da outra parte são particularidades que envolvem decisões e escolhas estratégicas das empresas.

Através da vontade geram-se os efeitos de um contrato, e obrigações que nele constam. Destaca-se então, o princípio da obrigatoriedade associado aos contratos, bem lembrado por Nader (2018, p. 57) ao afirmar que “os contratos foram feitos para serem cumpridos – *pacta sunt servanda*”.

Assim, necessita-se que estabeleçam no contrato garantias, para ambas as partes, para o devido cumprimento das obrigações reciprocamente assumidas, destacando então o limite do valor da penalidade imposto pela legislação em vigor, valor este que não poderá ser superior à somatória dos aluguéis a serem recebidos pelo locador, até o término da locação. Exceção incluída no art. 4º da Lei 8.245/1991:

Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o §2º do art.54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Camila Moreira (2015, p. 127) afirma que a multa deve equivaler à soma de todos os aluguéis restantes até o término do contrato, o que não se admitiria numa locação padrão, devido ao evidente excesso da sanção. Isso porque, na celebração do contrato, a fixação do prazo de duração da locação tem o objetivo primordial calcular o tempo

necessário para pagar os investimentos gastos com a aquisição do imóvel e as reformas necessárias, bem como dissolver o valor desses investimentos nos aluguéis mensais.

Assim, é de suma importância a concordância das partes em estabelecer o valor da multa, a ser paga pelo locatário, em caso de denúncia da locação por parte deste, antes do término do prazo acordado para a locação.

Confira o julgado abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO ATÍPICO DE CONSTRUÇÃO E DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL E OUTRAS AVENÇAS (BUILT TO SUIT) - EXECUÇÃO DAS OBRAS NOS MOLDES INDICADOS PELA LOCATÁRIA - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE RESCISÃO POR ATRASO NA ENTREGA E POR AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO - MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA DEVIDA. Demonstrado nos autos que a locadora vinha realizando a execução das obras no imóvel objeto do contrato, nos moldes indicados pela locatária, bem como de que as obras estavam sendo concluídas dentro do tempo hábil e devidamente respaldadas pelos alvarás e projetos aprovados, não se justifica a rescisão antecipada promovida pela parte ré. Diante da desistência da locação, antes da conclusão das obras do imóvel, é devida a multa contratual em prol da locadora, conforme previsto no contrato celebrado entre as partes. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.014326-9/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant, 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/04/0021, publicação da súmula em 08/04/2021).

Por fim, em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa pactuada, não excedendo a soma dos valores dos aluguéis a receber até o final da locação. Ressaltando que o pagamento da multa deve ser integral, não cabendo a redução desta. Todavia, existe a possibilidade de redução da multa ou cláusula penal nos termos do artigo 413, do CC, que estabelece que “quando a multa for excedente ou traduzir onerosidade à parte” merece ser reduzida, considerando haver a necessidade do equilíbrio contratual.

4 – BUILT TO SUIT E SUA APLICAÇÃO NO MERCADO BRASILEIRO

O contrato *Built-to-Suit*, que não existia até 2012 no ordenamento jurídico brasileiro, e antes causava enorme insegurança, em virtude dos grandes valores que

envolviam a modalidade do negócio, ultimamente, com o desenvolvimento do mercado imobiliário brasileiro, está sendo bastante utilizado por este.

Devido ao objeto do contrato ser específico e por envolver a construção de obra complexa, geralmente são mais procurados para sediar redes bancárias, armazéns, centros de distribuição, supermercados, hotéis, farmácias, galpões industriais e logísticos e muitos outros empreendimentos, sendo, também, utilizado no âmbito de contratações com o Poder Público.

Diante da dificuldade de encontrar um imóvel que atende seus objetivos econômicos no mercado locatício, as empresas acabam por imobilizar seu capital ao adquirir um imóvel e construir conforme especificações necessárias ao invés de aplicar tal valor em seu negócio.

Assim, têm surgido no Brasil cada vez mais operações de empresas que não querem imobilizar seu dinheiro em imóveis. Elas buscam investidores, fundos de investimento e terceirizam a construção do imóvel, para deixar o local de trabalho da maneira que a empresa necessita, alugando depois a longo prazo. Esta modalidade para a empresa é ótima, uma vez que ela investirá o capital da maneira que achar melhor, e para o investidor também, pois com essa modalidade ele terá uma renda e um contrato de longo prazo.

Essas operações viabilizam esse tipo de negócio imobiliário, já que o investidor construirá imóveis que terão locações pelo prazo de 10 a 30 anos. O mercado imobiliário hoje está sendo alvo de muitas apostas pelos investidores, pois tem rentabilidade garantida em vista de outros mercados já consolidados, o que tem estimulado a construção de imóveis sob medida.

A alteração do art. 4 e inclusão do art. 54-A foram essenciais, pois uma vez que se as regras da locação forem aplicadas ao contrato atípico, o equilíbrio contratual seria seriamente afetado em caso de denúncia antecipada. Assim, a promulgação da lei melhorou a regulamentação desta modalidade para atender as críticas dos agentes em relação à insegurança jurídica nestas operações.

Como exemplo de interessada que contratou pela modalidade tem a Administração Pública – TRT, da qual foi editada a lei 13.190/15, alterando a lei 12.462/11, onde o legislador admite a possibilidade de negociação de a administração pública firmar contrato *Built-to-Suit* com particulares, para a construção de fórum próprio, como se confere abaixo:

PROCESSO Nº CSJT-A-14010-39.2014.5.90.0000 A C Ó R D Ã O
AUDITORIA - TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO -
PROJETO DE - LOCAÇÃO SOB MEDIDA- - LEI Nº 12.744/2012 -
AUTORIZAÇÃO - RECOMENDAÇÕES. Conforme estabelece o art. 73,

I, do Regimento Interno do Conselho Superior da Justiça do trabalho, a auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo órgão para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. Na espécie, tem-se que, a exemplo do que orientado pela Corte de Contas, permeiam o processo de -locação sob medida-, em exame, inúmeros aspectos que, devidamente contextualizados, demonstram a sua vantajosidade em contraponto à um hipotético processo de construção de Fórum próprio pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Assim, autoriza-se o prosseguimento da contratação pelo Tribunal citado da -locação sob medida-, com expressa determinação de que adote as providências necessárias ao atendimento das recomendações contidas no Relatório Final de Auditoria da Coordenadoria de Controle e Auditoria deste Conselho, as orientações do Tribunal de Contas da União inseridas no Acórdão nº 1.301/2013, assim como se responsabilize pela viabilização de dotação orçamentária própria e compatível com o valor a ser destinado às despesas inerentes à -locação sob medida-, por todo período contratado.

Outras empresas adeptas ao modelo *Built-to-Suit*, são a Natura, que decidiu em 2012 modificar seu centro de distribuição e instalá-lo próximo à unidade industrial, em Cajamar, no interior de São Paulo, sendo uma relação de ganha-ganha, devido à complexidade das instalações, pois qualquer atraso seria desastroso, e a Azul Linhas Aéreas, que ao verificar quanto investiria no seu centro de treinamento, percebeu que seria melhor manter seu capital para os investimentos no foco do negócio a adaptar um prédio já existente.

Tem crescido as discussões nos tribunais. Desembargadores têm feito comparação desta modalidade de contrato com artigos do Código Civil, os quais têm proferido sentenças favoráveis ao locador, com fundamento no contrato atípico.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já reconheceu a atipicidade do contrato *Built-to-Suit*, considerando inaplicável o regramento geral da Lei 8.245/91, ou do regime do Código Civil para a modalidade, como se pode observar no entendimento abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. CONTRATO 'BUILT TO SUIT'. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE CONSTRUIR. LOCAÇÃO FUTURA PARA FINS NÃO RESIDENCIAIS.

MODALIDADE ATÍPICA DE AVENÇA. REGRAS DA LEI DO INQUILINATO. INAPLICABILIDADE. I - Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as operações imobiliárias denominadas "built to suit" podem ser traduzidas como uma construção sob medida, que consiste em um negócio jurídico análogo ao contrato de locação, no qual um contratante se compromete a construir um imóvel para atender às necessidades do outro e este, por sua vez, se obriga a locar o bem por prazo determinado, por quantia mensal correspondente não apenas à contraprestação pelo uso e gozo do imóvel, mas também para remunerar os custos de aquisição do terreno e da construção do imóvel pelo locatário, bem como o capital investido. II - Apesar de abarcar o aluguel do imóvel em uma de suas cláusulas, o contrato conhecido como "built to suit" possui relação contratual muito mais complexa que a mera locação de imóvel, uma vez que envolve uma série de outras obrigações, tais como a busca adequada de espaço, contratação de construtora, elaboração de projeto, entre outros, devendo, pois, ser analisado sob a ótica da atipicidade, não se lhe aplicando as disposições da Lei do Inquilinato. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.11.051869-4/007, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/03/2016, publicação da súmula em 18/03/2016).

E essa é outra jurisprudência brasileira cuja posição tem prevalecido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISIONAL DE ALUGUEL – INTERESSE PROCESSUAL – REVISÃO DE CLÁUSULA – IRREGULARIDADE PROCEDIMENTAL - ADAPTAÇÃO - CONTRATO ATÍPICO - BUILT TO SUIT – LEI DE LOCAÇÃO – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA – ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS - ALUGUEL PROVISÓRIO INCABÍVEL. (*omissis*) 3. Aos contratos atípicos não se aplicam irrestritamente as leis que tratam de contratos com os quais se assemelham, devendo ser analisados os termos do contrato e a vontade das partes para verificação da necessidade e possibilidade de aplicação subsidiária dessas leis. 4. Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0702.11.051869-4/002. Relator Desembargador Gutemberg da Mota e Silva. 10ª Câmara Cível. Julgamento: 27/11/2012. Data de publicação: 07/12/2012. Destaquei.)

Ao que se ver, a aplicação integral da lei 8.245/91 é incompatível com a natureza da modalidade *Built-to-Suit* quanto a vários aspectos.

Muitas empresas, por questão de competitividade ou até mesmo regulamentação não são proprietárias dos seus estabelecimentos físicos.

Assim, a tendência das grandes empresas a escolher esse tipo de negócio ao invés de alugar um imóvel e ter que reformá-lo está crescendo bastante.

5. CONCLUSÃO

O crescimento da economia e as constantes mudanças, modernização e complexidade das transações econômicas fizeram surgir os contratos *Built-to-Suit*. Em 20 de dezembro de 2012, foi publicada a Lei 12.744/2012, que modificou o art. 4 e inseriu o art. 54-A, da Lei 8.245/91, com a intenção de regulamentar as operações imobiliárias da modalidade *Built-to-Suit*.

O *Built-to-Suit* que significa construir para servir ou construir sob encomenda, é uma modalidade personalíssima, na qual o investidor e o futuro locatário preestabelecem suas obrigações antes mesmo do início da construção e cuja principal característica é o período longo de contratação, devendo este ser cumprido integralmente pelo locatário. Esta modalidade tem por objetivo atender às demandas cada vez mais especializadas dos agentes de mercado, que passam a buscar serviços personalizados, extrapolando os tradicionais contratos de locação.

Geralmente são galpões industriais, comerciais, bancos e farmácias que deixam de concentrar investimentos nesses espaços e se voltam para a locação dos mesmos, de forma a otimizarem seus investimentos para as atividades mercadológicas em que estão inseridos. Por outro lado, os investidores imobiliários criam esses espaços por encomenda e para atender aos interesses desses ocupantes, o que torna o negócio vantajoso para ambas as partes.

Assim, tendo o locador que investir recursos substanciais no imóvel para atender o negócio do locatário e por exigência deste, potencializou-se o risco de prejuízo, tornando-se uma locação caracterizada por alta complexidade e que não poderia ser acobertada simplesmente pelas normas até ali entabuladas na Lei 8.245/91.

O *Built-to-Suit* que era considerado um tipo de contrato atípico e inseguro, tornou-se atrativo no mercado, devido sua característica diferenciada em vista das demais modalidades. Porém, nossa lei era insuficiente para garantir segurança dos negócios aos locadores e, também, incompatível em alguns pontos, gerando problemas para estes, dos quais, os principais enfrentados eram:

- a) A multa por rescisão antecipada do contrato, art. 4 da Lei 8245/91, que autoriza a locatária a entregar o imóvel antes do fim da locação desde que pague a multa pactuada estabelecida proporcional ao cumprimento do contrato.
- b) A renúncia à ação revisional de aluguel, que quando não houver acordo, o locador ou locatário, após 3 anos poderão pedir revisão a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Com o ingresso da modalidade no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei 12744/12, que veio para sanar os referidos problemas e trazer maior segurança jurídica ao locador e locatário, pacificando as controvérsias e extinguindo as incompatibilidades criadas em torno da aplicação dos dispositivos da lei 8245/91, o *Built-to-Suit* está adquirindo cada vez mais importância no cotidiano da sociedade, passando a ter maior credibilidade e segurança entre os contratantes.

Reitera-se que o objetivo do legislador foi proteger o locador que investisse substancial quantia no imóvel a pedido do locatário e para atender as necessidades e interesses comerciais deste e logo em seguida corresse o risco de ter prejuízo em caso de uma rescisão antecipada sem garantias.

Essa modalidade de negócio tem como principal particularidade que o valor do aluguel não visa a remunerar apenas o uso do bem, mas também a sua construção ou reforma, motivo este do alto valor.

A partir do exposto, conclui-se que o contrato *Built-to-Suit* surgiu devido às necessidades ocasionadas pelo avanço econômico com o intuito de dinamizar o mercado imobiliário, tornando-se um negócio interessante em termos econômicos, principalmente para a dinâmica das complexas relações empresarias do mundo, estimulando a economia e, conseqüentemente, proporcionando a geração de riqueza para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. PRADO. Maurício Almeida. (Org) **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Magister. 2011.

BOULOS, Daniel M. **Operação Built to suit no Brasil é regulada pelo Código Civil**. Revista Eletrônica Migalhas, out de 2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/71406/operacao-built-to-suit-no-brasil-e-regulada-pelo-cc>>. Acesso em: 06 mar 2021.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 22 mar 2021.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Auditoria nº CSJT-A-14010-39.2014.5.90.0000, Relator: Ministro Vieira de Mello Filho, divulgado em 09/10/2014, publicado em 10/10/2014. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c84bc5fd-c71f-4851-bdbf-205762143948&groupId=955023>. Acesso em 23 abr 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.245/91**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em 13 mar 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.744/12**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12744.htm>. Acesso em 13 mar 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Agravo de Instrumento-Cv 1.0702.11.051869-4/002, Relator(a): Des.(a) Gutemberg da Mota e Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, Julgamento em 27/11/2012, publicação da súmula em 07/12/2012. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=4&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=contrato%20built%20to%20suit&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 15 abr 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível. 1.0702.11.051869-4/007, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, Julgamento em 08/03/2016, publicação da súmula em 18/03/2016. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=4&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=contrato%20built%20to%20suit&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 15 abr 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Apelação Cível 20130110597287APC, Relator(a): Nídia Corrêa Lima, 1ª Turma Cível, Julgamento em 11/05/2016, publicado no DJE em: 23/05/2016. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/341134566/apelacao-civel-apc-20130110597287>>. Acesso em 23 abr 2021.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Civil**. Contratos 3. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. **Built to Suit. Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 72, jan-jun 2012.

GASPARETTO, Rodrigo Ruete: **Contratos Built To Suit - Um Estudo Da Natureza, Conceito e Aplicabilidade dos Contratos de Locação Atípicos no Direito Brasileiro**, ed. 1. São Paulo, Scortecci, 2009.

MOREIRA, Camila Ramos. **Built to Suit: particularidades e a Lei 12.744/2012**. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, vol. 78, ano 38, p. 125-150, jan-jun 2015.

NADER, P. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3 Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCAVONE JUNIOR, Luiz António. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 3.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti (org.). **Lei do Inquilinato Comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. **Built to Suit – Operação de crédito imobiliário estruturada**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 27, ano 2005.

A NÃO APLICABILIDADE DO ARTIGO. 28, V, DA LEI 8.906/94 AOS GUARDAS CIVIL MUNICIPAL.

FABRICIO HENRIQUE GONÇALVES DE SOUZA:
bacharelado do curso de Direito no Centro
Universitário Una - MG.

JESSICA MARIA GONÇALVES DA SILVA¹⁶⁷

(orientadora)

RESUMO: O trabalho em questão, tem por finalidade, demonstrar que, com base no art. 144, §8º, da CRFB/88, que as Guardas Municipais, não desempenham a função de atividade policial. O rol taxativo do art. 144, *caput*, da Constituição Federal da Republica do Brasil de 1998, é bem claro ao elencar quais órgãos seriam responsáveis pela atividade policial. Sendo assim, o art. 28, inciso V da Lei 8.906/94 (Estatuto de OAB), que estabelece as incompatibilidades com o exercício da advocacia, por se tratar de um rol restritivo de direito, não pode ser aplicado por analogia aos guardas municipais, que solicitam sua inscrição definitiva com advogado junto a ordem. Por fim, mesmo sendo o art. 28, inciso V da Lei 8.906/94 (Estatuto de OAB), um rol restritivo de direito, este não tem o condão de se estender a órgão que não exercem atividade policial.

Palavras-chave: *Administrativo - Advocacia – Guarda Municipal*

ABSTRACT: The purpose of the work in question is to demonstrate that, based on art. 144, §8º, of the CF / 88, that the Municipal Guards, do not perform the function of police activity. The definitive role of art. 144, *caput*, of the Federal Constitution of the Republic of Brazil of 1998, it is very clear when listing which bodies would be responsible for police activity. Thus, art. 28, item V of Law 8.906 / 94 (OAB Statute), which establishes incompatibilities with the practice of law, as it is a restrictive role of law, cannot be applied by analogy to municipal guards, who request their definitive registration with a lawyer with the order. Finally, even though art. 28, item V of Law 8.906 / 94 (OAB Statute), a restrictive role of law, this does not have the ability to extend to a body that does not exercise police activity.

Keywords: *Administrative - Advocacy - Municipal Guard*

167 Mestre em Direito Processual pela PUC/MINAS, Pós graduada em Direito Processual pela PUC/MINAS, Graduada em Direito pela UFMG; Professora universitária no Centro Universitário UNA e na Faculdade Arnaldo; Professora de pós graduação no IEC PUC MINAS, Autora do Livro Teoria da Cautelaridade Penal e de diversos artigos.

Sumário: Introdução. 1.O Conceito de atividade policial como fator determinante nas hipóteses de impedimento e incompatibilidade. 2.Os órgãos de segurança pública. 3. A Guarda Municipal e o poder de polícia. 4. O surgimento das guardas municipais e sua inserção na segurança pública. 5.Diferencia entre incompatibilidade X Impedimento no estatuto da OAB. 6.Do impedimento, e não incompatibilidade, da guarda municipal no exercício da advocacia. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que, no art. 144, §8º da CRFB/88, está disposto acerca das Guardas Municipais, tendo em sua redação que os Municípios podem se utilizar deles para a proteção de seus bens, serviços e instalação, conforme se depreende na redação a seguir:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Ultrapassado este questionamento, percebe-se que as Guardas Municipais, tem um papel fundamental para a segurança pública, contudo, não se pode dizer que exercem a atividade policial, que está expressa no inciso V do art. 28º da lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil OAB).

O art. 28, V, da lei 8.906/94, dispõe acerca das incompatibilidades, para quem exerça a atividade policial, senão vejamos:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: [...] V - Ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

O trabalho em questão, tem por finalidade, demonstrar que, com base no art. 144, §8º, da Constituição Federal de 1988, que as Guardas Municipais, não desempenha a função de atividade policial.

A grande discussão é se, há possibilidade de um servidor público integrante dos quadros das Guardas Civil Municipal, podem ou não requer sua inscrição definitiva nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil como advogados.

Diante do apresentando, identifica-se inicialmente que, o servidor público integrante das Guardas Civas Municipais, pode requer sua inscrição definitiva nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse sentido, o inciso V do art. 28 da Lei 8.906/94, não pode ser aplicado por analogia aos guardas municipais, tendo em vista que no inciso se perfaz em um rol restritivo de direito, não se incluindo a atividade da Guarda Municipal, assunto ora tratado.

De acordo com a lei 13.022/14, a Guarda Municipal se vincula ao Poder Executivo do Município, sendo instituições de caráter civil, uniformizada e armada, tendo por sua principal função a proteção municipal de forma preventiva.

Ao longo do trabalho será demonstrando que, não há que se falar em incompatibilidade, em um Guarda Civil Municipal ser inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil como advogado, uma vez que as incompatibilidades dispostas no inciso V do art. 28º da lei 8.906/94, são de um rol taxativo, que não cabem interpretação ampliativa.

Por fim, mesmo sendo o art. 28, inciso V da Lei 8.906/94 (Estatuto de OAB), um rol restritivo de direito, este não tem o condão de se estender aos órgãos que não exercem atividade policial.

1. O CONCEITO DE ATIVIDADE POLICIAL COMO FATOR DETERMINANTE NAS HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO E INCOMPATIBILIDADE.

A Carta Magna de 1988, dispôs em seu art. 144, acerca da segurança pública, reconhecendo que é um dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, sendo exercida como sua principal função para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Os legisladores, conforme bem observaram, a responsabilidade da qual se trata o presente artigo citado, é exercida por meio dos órgãos que são citados em seus incisos, senão vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - Polícia federal; II - Polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - Polícias civis; V - Polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - Polícias penais federal, estaduais e distrital.

A Segurança Pública, conforme pôde ser percebido ao longo do art. 144 da Constituição Federal de 1988, não é só uma obrigação dos “Estados”, mais sim, da sociedade em geral, sendo todos responsável pela sua promoção.

Conforme assegura a CRFB/88 neste dispositivo legal, quais seriam os órgãos de Segurança Pública, vindo a fazer menção da guarda municipal somente no art. 144, § 8º, onde está disposto que, os municípios poderão as constituir, para proteção de seus bens e serviços, conforme dispuser a lei.

Percebe-se que em nenhum momento, houve a inclusão das guardas municipal no rol da Segurança Pública, somente foi reserva ao Poder Executivo Municipal, a faculdade de cria-las ou não, para proteção dos bens Público Municipal, e atuar de forma conjunto com os órgãos de segurança do Estado.

Para o doutrinador Silva (2008, p. 780), o conceito de segurança pública consiste em “uma situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozam de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses”.

Portanto, apesar da guarda municipais não está inserido no *caput* dos órgãos da segurança pública, inegável é dizer que esta tem prestado um grande serviço junto aos órgãos de segurança pública, em que pese não ser uma cooperação policial.

Atividade policial, que o inciso V, do art. 28 do EAOB, menciona é um rol restritivo de direito, jamais podendo ser ampliando a órgãos que não exercem atividade policial, uma vez função exercida pelos agentes da guarda municipal não se confunde como atividade policial.

2. OS ÓRGÃOS DA SEGURANÇA PÚBLICA

Com já visto no capítulo anterior, os órgãos de Segurança Pública, são aqueles seis elencados no art. 144, inciso I ao VI da Constituição Federal de 1988, quais sejam: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. Sendo assim, se faz necessário discorrer brevemente sobre cada um deles:

3.1. POLÍCIA FEDERAL:

A Polícia Federal, é um órgão instituído por lei complementar, organizada e mantida pela União, dedica-se, exclusivamente, a:

Apuração das infrações penais, contra a ordem política, social, e serviços da União, além de outras infrações de repercussão Internacional;

Prevenir e reprimir o tráfico de ilícitos de entorpecente e afins, sem prejuízos de outras sanções cabíveis;

Exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

Exercer com exclusividade funções da polícia judiciária da União.

3.2. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL

Já a Polícia Rodoviária Federal, é uma organização premente é organizada, mantida pela União, exercendo o patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

“As funções englobam a fiscalização do tráfego e impedimento de crimes no trânsito, assim como a apreensão, quando necessário, de cargas irregulares ou ilegais, evitando o contrabando e o tráfico entre fronteiras. Contudo, atualmente, a Polícia Ferroviária Federal não possui um órgão formado e nem funcionários, ou seja, não existe e nem exerce a sua função”.¹⁶⁸

3.3. POLÍCIA CIVIL

À Polícia Civil dos Estados, são dirigidas por Delegado de carreira, incumbem ressalvada a competência da União, a função de polícia judiciária, e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

3.4. POLÍCIA MILITAR/CORPO DE BOMBEIRO MILITAR

No que diz respeito à competência das Polícias Militares, cabe a esta a função ostensiva e preventiva, para manter a ordem pública, já aos corpos de bombeiros militares cabe além daquelas previstas em lei, a execução da defesa civil.

168 BRASIL. **Segurança Pública no Brasil: órgãos responsáveis**, disponível em: <https://blog.g7juridico.com.br/seguranca-publica-os-orgaos-responsaveis/> acesso em 04 de novembro de 2020.

3.5. POLÍCIA PENAL

Com o advento da EC 104/2019, às Polícias Penais cabem a guarda e vigilância dos presos e do sistema prisional, incluído as Estaduais e Federais e Distritais:

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

3. A GUARDA MUNICIPAL E O PODER DE POLÍCIA

Na lição de Giulian (2014, p. 426-448), a palavra polícia vem do grego *“politéia”* e do latim *“politia”*, que significa governo de uma cidade, forma de governo, denotando que no início ela se referia à organização da sociedade. Esta forma de dimensionamento da polícia na Antiguidade Clássica perdurou até meados do século XVIII e XIX, quando a designação polícia passou a representar somente um órgão de controle social do Estado.

Podemos dizer que, Poder de Polícia, é aquele exercido pela administração pública, com o fim de disciplinar e proteger seus bens, através de seus agentes, dentro dos limites da lei, e segundo os preceitos constitucionais.

Na lição de Matheus Carvalho:

[...] o poder de polícia não inclui a atividade legislativa, mas, tão somente, as atividades administrativas de regulamentação e de execução das leis que estabelecem normas primárias de polícia. conceituamos poder de polícia, simplesmente, como o poder de que dispõe a administração pública para, na forma da lei, condicionar ou restringir o uso de bens, o exercício de direitos e a prática de atividades privadas, visando a proteger os interesses gerais da coletividade. (ALEXANDRINO e PAULO, 2017, p. 200)

Na explanação objetiva do doutrinador Ventris (2010, p. 58), este traz com maestria o conceito de Poder de Polícia:

O Poder de Polícia não é exclusivo dos funcionários públicos com função policial. O Poder de Polícia, expressão máxima da soberania do Poder Público, é exercido pelos três Poderes no exercício da Administração de sua competência. Todo funcionário público legalmente investido no âmbito de sua competência legal, atua em nome do Estado, portanto a sua atuação está revestida pelo Poder do Estado. É o Poder

Público em ação mediante a ação do funcionário público. Portanto, Poder de Polícia não é exclusivamente da Polícia, qualquer que seja.

Já para Meirelles (1999, p. 115), o Poder de Polícia teria outro conceito na sua visão:

“Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso, o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. O Poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual”. (MEIRELLES, 1999, p.115)

Portanto, o Poder de Polícia conferido aos agentes públicas (Guardas Municipais), é limitado a garantir a ordem pública, bens e serviços, sempre que o bem estar social, estiver sobre violação, enquanto os agentes públicos investidos no Poder de Polícia Administrativo usarão da força moderada pela reestabelecer a paz social.

4. O SURGIMENTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS E SUA INSERÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA

No Brasil a Guarda Municipal, foi instituída pela Constituição Federal 1988, no art. 144, §8º, conforme já citado nos primeiros capítulos da presente pesquisa, onde é dado aos Municípios a faculdade da criação desta instituição, para proteção de seus bens públicos.

A Lei 10.406/2002 (Código Civil), traz a baile no art. 98, o que seriam bens públicos:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Já o art. 99 do mesmo dispositivo, elenca quais seriam estes bens:

Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial

ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Com esta especificação dada pelo ornamento jurídico, ficará mais visível aos guardas municipais, quais seriam os bens que seriam de sua competência proteger e zelar.

Com o passar do tempo, se nota que as guardas municipais no Brasil, tem exercido um papel de grande relevância, com sua participação na Segurança Pública, além de colaborar e apoiar as ações, dos os órgãos de Segurança Pública previstos no art. 144 da CRFB/88.

O doutrinador Alexandre de Moraes, aduz que:

A Constituição Federal concedeu aos Municípios a faculdade, por meio do exercício de suas competências legislativa, de constituição de guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalação, conforme dispuser a lei, sem, contudo, reconhecer-lhes a possibilidade de exercício de polícia ostensiva ou judiciária.

É evidente que a competência geral das guardas municipais, é a proteção de bens de uso comum, especial ou dominical, dos serviços, logradouros públicos e instalação dos municípios.

Cabe destacar que, o art. 5º da Lei 13.022/14, delimitou as competências gerais das guardas, respeitada as competências dos órgãos Federais e Estaduais.

Sendo as seguintes atribuições específicas: I- zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do Município; II - prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais; III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais; IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social; V - colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas; VI - exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal; VII - proteger o

patrimônio ecológico, histórico, cultural, arquitetônico e ambiental do Município, inclusive adotando medidas educativas e preventivas; VIII - cooperar com os demais órgãos de defesa civil em suas atividades; IX - interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades; X - estabelecer parcerias com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao desenvolvimento de ações preventivas integradas; XI - articular-se com os órgãos municipais de políticas sociais, visando à adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município; XII - integrar-se com os demais órgãos de poder de polícia administrativa, visando a contribuir para a normatização e a fiscalização das posturas e ordenamento urbano municipal; XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas; XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário; XV - contribuir no estudo de impacto na segurança local, conforme plano diretor municipal, por ocasião da construção de empreendimentos de grande porte; XVI - desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal; XVII - auxiliar na segurança de grandes eventos e na proteção de autoridades e dignitários; e XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local.

A Guarda Municipal, apesar não está inserida no rol taxativo do art. 144 da CRFB/88, sem dúvidas é um órgão da segurança pública, tanto que esta inclusa no SUSP - Sistema Único de Segurança Pública, colaborando com os órgãos policiais, em que pese não ser uma corporação policial.

5. DIFERENÇA ENTRE INCOMPATIBILIDADE X IMPEDIMENTO NO ESTATUTO DA OAB

A palavra incompatibilidade e impedimento, é encontrada em diversos ramos do nosso ordenamento jurídico, no Direito Processual Penal temos a incompatibilidade do juiz (art.112 CPP), que não poderá atuar em determinado processo quando tiver uma relação próxima com as partes ou com os advogados.

A título de conhecimento, o Direito Civil também traz a hipóteses de impedimento. A legislação cita as situações no art. 1.521, incisos I ao VII do Código Civil, ao elevar os impedimentos para o casamento, senão vejamos:

Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Já na Deontologia, temos a Lei 8.906/94 denominado Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, que regulamentam a profissão e seus respectivos impedimentos e incompatibilidades para o exercício de seu mister.

Conforme disposto no art. 27 do mesmo diploma legal, a incompatibilidade determina a proibição total, o impedimento e a proibição parcial do exercício da advocacia.

Percebe-se que a incompatibilidade é uma proibição total, o advogado não pode advogar em hipótese alguma, nem em causa própria. Já o impedimento é algo parcial, o advogado poder advogar desde que observada as exceções legais, *In verbis*:

Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

O art. 28 da EOAB, traz um rol taxativo das incompatibilidades para o exercício da advocacia, vez que se trata de uma norma restritiva de direitos, conforme se demonstra a seguir:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais; II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público; IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro; V - ocupantes de

cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza; VI - militares de qualquer natureza, na ativa; VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais; VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas. § 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente. § 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

No que diz respeito ao impedimento, o art. 30 do EAOB, assim determina:

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora; II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.

Percebe-se que o legislador, ao criar tal norma legal, não quis restringir o acesso a profissão, e sim delimitar as hipóteses de impedimento e incompatibilidade, uma vez que o advogado exerce serviço público, social e essencial, tal dispositivo legal quis apenas evitar prejuízo ao constituinte, caso o advogado contratado estivesse na possibilidade o art. 28 ou 30 do EAOB.

6. DO IMPEDIMENTO, E NÃO INCOMPATIBILIDADE, DA GUARDA MUNICIPAL NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA.

Segundo o magistrado Rodrigo Foureaux, “No Brasil, a natureza policial de uma Corporação é concedida pela própria Constituição, como o fez no art. 144, incisos I ao V”. (FOUREAUX, 2019, p. 123)

Neste contexto, ao elencar os órgãos de segurança pública, o legislador não fez a inclusão das guardas municipais, vindo fazer menção desta apenas no §8º do art. 144 da Constituição de 1988, facultando os municípios à criação ou não.

De acordo com Ventris (2010, p. 91), pode-se definir a Guarda Municipal como uma “Instituição Pública Municipal, uniformizada, hierarquizada, desmilitarizada, armada ou não, de criação constitucionalmente facultativa, por iniciativa exclusiva do Executivo Municipal”.

Percebe que a guarda municipal apesar não está inclusa no rol taxativo do art. 144, I ao VI da Constituição de 1988, contribui de forma significativamente para a ordem pública, junto aos órgãos de segurança pública, apesar desta intuição não ser uma corporação militar.

A atividade da advocacia é regida pela Lei 8.906/94, que especificamente nos arts. 28 e 30, elenca as incompatibilidades e impedimentos para o exercício da profissão, em especial o inciso V do art. 28 que fala acerca da atividade policial:

Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: [...] V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

De acordo com o dispositivo legal mencionado, todo ocupante de cargo ou de função seja direta ou indireta de atividade policial terá sua incompatibilidade com o exercício da advocacia.

Em que pese, o inciso V do art. 28 do EAOAB se valer de um rol restritivo e taxativo, não tem o condão de estender sua interpretação para abranger os órgãos que não exercer atividade policial, qual seja os agentes da guarda municipal.

Não podendo a norma do inciso V do art. 28 do EAOAB, ser aplicada de forma interpretativa, temos que a função exercida pelos agentes da guarda municipal não se confunde como atividade policial. Portanto, estamos diante do impedimento dos entes da guarda municipal para exercício da advocacia, ou seja, proibição parcial, o que não se confunde com a incompatibilidade que é a proibição total para advogar, inclusive em causa própria.

Diante do contido no art. 30, inciso I, o impedimento destes agentes se estende à Fazenda Pública Municipal que os remunera ou à qual seja vinculado a entidade empregadora, senão vejamos:

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: **I** - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora [...].

Deste modo, vislumbra-se que os agentes da guardas municipais podem advogar desde que, respeitado as vedações previstas no art. 30, inciso I, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

CONCLUSÃO

A Lei 8.906/94, que especificamente nos arts. 28 e 30, elenca as incompatibilidade e impedimentos para o exercício da advocacia, e em especial o inciso V do art. 28, que fala acerca da atividade policial:

O dispositivo citado acima, não pode ser interpretada de forma análoga, uma vez que, a função de guarda municipal não se confunde com atividade policial. O rol taxativo do art. 144, *caput*, da CRFB/88, é bem claro ao elencar quais órgãos seriam os responsáveis pela atividade policial.

Em que pese a guarda não está inclusa no rol dos órgãos de segurança pública, inegável é, a grande contribuição desta instituição com os órgãos da segurança pública, mesmo não sendo essa uma corporação policial.

A pesquisa evidenciou que, sendo assim, o art. 28, inciso V da Lei 8.906/94, que estabelece as incompatibilidades com o exercício da advocacia, por se tratar de um rol restritivo de direito, não pode ser aplicado por analogia aos guardas municipais, que solicitam sua inscrição definitiva com advogado junto a ordem.

Que mesmo sendo o art. 28, inciso V da Lei 8.906/94, um rol restritivo de direitos, este não tem o condão de se estender a órgãos que não exercem atividade policial, que é o caso dos agentes da guarda municipal.

Diante do apresentando, identifica-se que o servidor público integrante das Guardas Civis Municipais, podem requerer a inscrição definitiva nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ademais, não há que se falar em incompatibilidade, em um Guarda Civil Municipal ser inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil como advogado, uma vez que as incompatibilidades dispostas no inciso V do art. 28 da lei 8.906/94, é rol taxativo, que não cabem interpretação ampliada.

Sendo assim, recai sobre a guarda municipal, as hipóteses de impedimento, que no caso é a proibição parcial para o exercício da advocacia e não a incompatibilidade que é o impedimento total para advogar.

Por fim, vislumbra-se que os agentes da guarda municipal pode advogar desde que, respeitado as vedações previstas no art. 30, inciso I, do Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 de mar.2021

BRASIL. **Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 01 de mar. 2021

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 01 de mar. 2021

BRASIL. **Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm>. Acesso em 01 de mar. 2021

BRASIL. **Segurança Pública no Brasil: órgãos responsáveis**. Disponível em: <<https://blog.g7juridico.com.br/seguranca-publica-os-orgaos-responsaveis/>>. Acesso em 04 de nov. 2020.

FOUREAUX, Rodrigo. **SEGURANÇA PÚBLICA**. Salvador, Editora Juspodivm, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2017.p595.

GIULIAN, Jorge da Silva. **O CONTROLE SOCIAL REALIZADO PELAS POLÍCIAS NO BRASIL E NO MUNDO SOB A PERSPECTIVA DO CAPITALISMO NEOLIBERAL.** In: **XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC**, 2014, Florianópolis. **(Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas.** Florianópolis: Conpedi, 2014. v. 1, p. 426 – 448.

SILVA, Jorge da. **Segurança Pública e Polícia: criminologia crítica aplicada.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** Revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

VENTRIS, Osmar. **Guarda municipal poder de polícia & competência: ensaios e pareceres.** São Paulo: Canal 6, 2007.

VENTRIS, Osmar. **Guarda municipal: Poder de polícia e Competência.** 2. Ed. São Paulo: IPECS, 2010

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA INCIDÊNCIA NA EXECUÇÃO

JÉSSICA APARECIDA DE SOUZA COSTA:

Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário Una.

CATARINA ISABELLE DE CARVALHO PEREIRA

(coautora)

DANIEL SECCHES SILVA LEITE

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar a relevância, para o ordenamento jurídico brasileiro, da evolução dos negócios jurídicos processuais, em razão do advento do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, realizar-se-á um breve estudo acerca da cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, prevista no artigo 190 do CPC/15, bem como as limitações das declarações de vontade das partes, diante de normas fundamentais do processo. Em seguida, seguiremos o estudo dos negócios jurídicos na seara da execução, elencando-se algumas hipóteses de potenciais negócios jurídicos processuais atípicos, finalizando com a análise do Projeto de Lei 2.359/2020.

Palavras-chave: Cláusula geral. Execução. Negócio jurídico processual. Novo Código de Processo Civil. Princípios. Projeto de Lei 2.359/2020.

ABSTRACT: This article has the objective of presenting the relevance for the Brazilian Legal Order, the evolution of procedural legal affairs, because of the advent of the "Novo Código de Processo Civil". For that, a brief study was made, regarding the general clause of the procedural legal affairs, foreseen in the article 190 from the CPC/15, as well as the limitations of the declaration of the will of the parties, against the fundamental norms of the procedure. Right after, we're going to follow the study of the procedural legal affairs in the field of execution, listing some hypothesis of potential atypical legal procedures, and finishing with the analysis of the bill 2.359/2020.

Keywords: General clause. Execution. Procedural legal affairs. New Civil Procedure Code. Principles. Bill 2.359/2020.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Negócios Jurídicos Processuais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2.1 Evolução dos negócios jurídicos processuais no CPC de 2015 perante o CPC de 1973. 2.2. Cláusula geral dos negócios jurídicos e suas espécies. 2.3. Limites às convenções processuais: validade e restrições legais. 2.4 Princípios do devido processo legal, do autorregramento da vontade, da cooperação e da celeridade processual. 2.5

Controle judicial de validade dos negócios jurídicos processuais. 3. Negócios processuais na execução. 3.1. Ação de execução fundada em título executivo extrajudicial por negócios jurídicos atípicos. 3.2 O Projeto de Lei 2.359/2020: Executividade de documento particular assinado digitalmente sem a presença de testemunhas. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca demonstrar a evolução dos negócios jurídicos processuais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quanto às inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao Código de Processo Civil de 1973, dentre as quais aumentaram-se as possibilidades quanto às convenções a partir dos negócios jurídicos processuais anteriormente permitidas. Tais novidades se dão em razão da inovação da cláusula geral dos negócios jurídicos - art. 190, do CPC/15, que possibilita às partes plenamente capazes “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, seja antes ou durante o processo, desde que o processo, leia-se lide ou controvérsia, verse sobre direitos que admitam a autocomposição.

Nesse aspecto, ressalta-se que o negócio jurídico processual é o instituto de direito que possibilita às partes a flexibilização de determinados aspectos processuais de acordo com as vontades ou necessidades. Assim, aborda-se as espécies dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, sendo que o primeiro se refere aquelas convenções típicas previstas no texto da lei, e o segundo, àquelas previstas de forma genérica na legislação, vez que fica à cargo da autonomia das partes o seu conteúdo.

Prosseguindo, ainda no segundo capítulo, destaca-se que, a abrangência quanto às possibilidades às convenções de negócios jurídicos processuais, somente se deu em virtude dos vários princípios que permitem às partes maior liberdade e amplitude dentro de um procedimento, seja ele judicial ou não. Dentre eles, abordam-se, com base nas conceituadas doutrinas de Humberto Teodoro Júnior¹⁶⁹ e Fredie Didier Júnior¹⁷⁰, os princípios do devido processo legal, do autorregramento da vontade, da cooperação e da celeridade processual.

O princípio do devido processo legal, é caracterizado, em suma, pela garantia do Estado-juiz a uma prestação jurisdicional assegurada de todas as etapas previstas em lei e

¹⁶⁹ HUMBERTO, Teodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 56ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forence Gen, 2015.

¹⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). 3ª ed. Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017.

todas as garantias constitucionais; (ii) o princípio do autorregramento da vontade, que privilegia o respeito à liberdade das partes, dentro do procedimento devido, tendo em vista à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido sem restrições irrazoáveis ou injustificadas; (iii) e os princípios da cooperação e da celeridade processual, uma vez que quando as partes cooperam entre si, seja na fase pré-processual ou processual, a solução mais adequada e justa ao caso concreto se dá de forma mais célere.

O terceiro capítulo da pesquisa tem como objeto o conteúdo central do presente estudo, versando acerca dos negócios jurídicos processuais na execução, desde o seu conceito, objeto, meios executórios, as espécies dos títulos executivos extrajudiciais e ainda a criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios jurídicos atípicos.

Por fim, a título exemplificativo da importância do instituto dos negócios jurídicos processuais na execução no ordenamento jurídico brasileiro, ressalta-se o Projeto de Lei nº 2.359/2020, que versa sobre a possibilidade de previsão como título executivo extrajudicial o documento particular assinado digitalmente pelo devedor, independentemente de assinatura de testemunhas.

Diante do exposto, tem-se que a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que as pesquisadoras pretendem eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acreditam serem viáveis e adequadas para analisar o objeto estudado, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto as pesquisadoras pretendem se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e presente na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a presente tese.

2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema de normas, regras e princípios, cujo objetivo é manter a ordem social, dando à coletividade maior segurança jurídica, seja em casos mais complexos que exijam a interferência estatal, por meio do seu poder-dever de jurisdição, exercido pelo Estado-juiz, seja em casos de menor complexidade, nos quais a própria sociedade, sem a necessidade de interferência de terceiros, soluciona suas oposições.

Nas palavras de Norberto Bobbio o ordenamento consiste na dimensão hierárquica das normas (regras e princípios) do direito, dotada de unidade, coerência e completude¹⁷¹.

Assim, dentre as formas que complementam esse sistema, pode-se enumerar a legislação em geral (Constituição Federal, legislações infraconstitucionais, decretos, atos normativos, portarias, resoluções), as jurisprudências, os princípios, as doutrinas e até mesmo os costumes, sendo que alguns se sobrepõe a outros.

Os maiores mecanismos manipuladores desse sistema de normas são os três poderes, quando o Poder Legislativo as elabora, o Poder Executivo as administra e o Poder Judiciário as aplica, através do poder estatal de Estado-juiz, diante de um processo devido jurisdicionado. Assim, de fato, percebe-se o poder de ingerência da máquina estatal no ordenamento jurídico, principalmente quanto aquele que o aplica perante o caso concreto.

Não obstante, à princípio, a única forma que a sociedade possuía como meio de solução de conflito era a jurisdição, elementar função do Estado. Atualmente, diante da evolução do ordenamento jurídico, como forma de solucionar suas oposições, além do poder judiciário, o cidadão tem à sua disposição os métodos adequados de solução de conflitos, dentre eles a conciliação, mediação, arbitragem e negociação. E ainda, diante desses métodos o cidadão tem a possibilidade de estipular mudanças, alterar ou adaptar o procedimento da melhor forma que lhes convém, por meio dos negócios jurídicos processuais, dentro dos limites estabelecidos, de forma que o Estado-juiz não mais se figura, unilateralmente, como o imperativo da decisão da controvérsia.

Nesse sentido, será visto adiante que a evolução dos negócios jurídicos processuais, seja ele típico ou atípico, através da cláusula geral prevista no Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105/2015), consiste no avanço da autonomia, liberdade e autorregramento das partes dentro do procedimento resolutório judicial ou extrajudicial.

2.1. Evolução dos negócios jurídicos processuais no CPC 2015 perante o CPC 1973

Apesar da inovação legislativa trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, as convenções processuais já existiam sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, todavia de forma limitada, visto que as partes não possuíam liberdade e autonomia para ajustar qualquer tipo de procedimento, mas somente aqueles expressamente previstos em lei.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. Ed. Ícone, São Paulo, 1995, p. 198.

Segundo o Professor José Carlos Barbosa Moreira¹⁷², a expressão “convenções processuais” se apresenta como a mais adequada para o presente tema, após numerosas terminologias utilizadas pela doutrina, tais como “contratos processuais”, “avenças processuais”, “convênios processuais” e “acordos processuais”, justificando o autor que, “a essas maneiras de dizer, parece-nos preferível a locução convenções processuais, de cunho mais técnico e, sobretudo, mais aderente à linguagem do Código.

Embora não sejam, em regra, percebidos pelos operadores do direito, há dispositivos no Código de Processo Civil de 1973 que admitiam expressamente a figura das convenções processuais, mesmo que de modo reduzido, podendo-se citar como exemplo a eleição convencional do foro (art. 111), redução ou prorrogação dos prazos dilatórios (art. 181), suspensão do processo (arts. 265, II, e 792), distribuição do ônus da prova (art. 333, p.u), o adiamento da audiência (art. 545, §1º), divisão do prazo entre litisconsortes para sustentar em audiência (454, § 1º), administração do estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, semoventes, plantações ou edifício em construção penhorados (art. 677, § 2º), indicação de depositário de bens sequestrados (art. 824, I), alienação de bens em depósito judicial (art. 1.113, § 3º).¹⁷³

Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷⁴, elencou as principais possibilidades de negócios jurídicos processuais típicos até então existentes, como por exemplo: (i) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); (ii) convenções sobre prazos dilatórios (art. 181); (iii) desistência da ação (art. 267, § 4º; art. 158, parágrafo único); (iv) convenção de arbitragem (arts. 267, VII, art. 301, IX); (v) desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); (vi) escolha do foro competente pela fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); (vii) opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633); (viii) desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III).

Assim, entende-se que ficou consolidado, à época, que o Código de Processo Civil de 1973 teria se omitido quanto à possibilidade de celebração de convenções atípicas pelas partes, concluindo a doutrina pela sua impossibilidade, em virtude da ausência de prévia autorização e regulamentação dada pelo legislador.

Nas palavras de Daniel Assumpção Amorim, os negócios jurídicos processuais no CPC/1973 se operava “apenas em sua forma típica, limitada, considerando que as partes não tinham a liberdade de ajustar sobre todo e qualquer tipo de procedimento, senão nas

¹⁷² MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo. n. 33, 1984, p. 183.

¹⁷³ Os exemplos citados estão sintetizados no artigo do Prof. Barbosa Moreira. Ob. cit., p. 183.

¹⁷⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 54-55.

hipóteses expressamente previstas na lei de regência, a citar a cláusula de eleição de foro e as convenções sobre o ônus da prova.”.¹⁷⁵

Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil de 2015, que se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.105/2015, ampliou significativamente o rol das convenções ou dos negócios processuais típicos, dentre os quais podem ser citados, a instauração do juízo arbitral (art. 42), definição de calendário processual (art. 191), redução dos prazos peremptórios pelo juiz com a devida anuência das partes (art. 222, § 1º), a renúncia de uma das partes ao prazo estabelecido em sua benesse (art. 225); a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes, antes ou durante o processo (art. 373, §§ 3º e 4º); a nomeação de perito (art. 471); convenção sobre a liquidação por arbitramento da sentença (art. 509, I); desistência do processo, recurso e a renúncia ao direito de recorrer (arts. 998 e 999).

Ao contrário do que ocorria no CPC/1973, o novo Código de Processo Civil buscou a simplificação do processo através de uma diminuição do excessivo protagonismo do juiz, concedendo um papel ativo e efetivo às partes do processo, a partir do momento em que autorizou a elaboração de convenções processuais atípicas, surgindo assim a possibilidade de adequação do procedimento à vontade das partes com o objetivo de prestigiar a eficiência e celeridade da tutela jurisdicional.

A novidade trazida no novo CPC não se caracteriza como a criação de um novo instituto, mas sim no alargamento de suas possibilidades, posto que as convenções a serem firmadas pelas partes não mais precisam estar pré-estabelecidas pela legislação processual, de forma a permitir às partes maior amplitude e liberdade em relação ao conteúdo, ao procedimento e aos métodos a serem adotados para a resolução de determinada controvérsia, como se passa a demonstrar a seguir.

2.2. A cláusula geral dos negócios jurídicos e suas espécies

A cláusula geral tem como principal objetivo permitir às partes a formulação de negócios processuais atípicos, adequando o procedimento à realidade da causa, sendo certo que estas não mais se encontram adstritas à literalidade da norma ou dos negócios jurídicos tipificados.

A cláusula geral, prevista no art. 190 do CPC/2015, dispõe que “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e

¹⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”.

Nesse sentido, Rodrigo de Lucca¹⁷⁶ sustenta que, a partir dessa disposição “as partes possuem a mais ampla liberdade para negociar alterações no procedimento para adequá-lo aos seus interesses, suprimindo atos e alterando inclusive ônus, faculdades, deveres e poderes processuais. ”

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara¹⁷⁷, “trata-se da genérica afirmação da possibilidade de que as partes, dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios jurídicos através dos quais dispõem de suas posições processuais”.

Isso porque, a ideia introduzida através dessa cláusula não consiste na mera permissibilidade de formulação de negócios jurídicos, mas sim na possibilidade de formulação de negócios genéricos (atípicos) sobre o processo.

E é exatamente a partir da inauguração dessa cláusula, que diversas espécies de negócios jurídicos atípicos podem surgir, pois, em que pese constar o verbo “convencionar” no *caput* do dispositivo e no parágrafo único, a cláusula geral permite negócios processuais como gênero de que as convenções processuais são espécies¹⁷⁸. Nesse sentido que os negócios jurídicos processuais atípicos ganham força e visibilidade entre as partes processuais.

A despeito disso, os negócios atípicos permitem que as partes convencionem mudanças no procedimento, as quais não se encontram previstas no ordenamento jurídico, autorizando-as a celebrarem mudanças sobre dois objetos do procedimento: (i) às situações jurídicas processuais, tais como ônus, faculdades, deveres e poderes; ou (ii) ao próprio processo, a partir da redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplos.¹⁷⁹

176 LUCCA, Rodrigo Ramina. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais*. Ed. JusPodivm. Salvador, vol. II, 2020, p. 33.

177 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Ed. Atlas, São Paulo, 2ª Edição, 2016, p. 144.

178 DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, 2016, p. 04. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/0f9856a3ca61b0e12c52d2712d3a4de0.pdf>>. Acesso em 03 de abril de 2021.

179 No mesmo sentido o enunciado 257 do FPPC: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres

Tais possibilidades tratam-se de objetos autônomos, de forma que o acordo celebrado entre as partes, antes ou durante o processo, pode recair apenas sob as situações jurídicas processuais, apenas sob o procedimento ou em ambos simultaneamente, mas nunca sob o objeto litigioso.¹⁸⁰

Nesse sentido, a título exemplificativo, veja-se alguns negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC/2015: o acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar ilícita uma prova, etc.¹⁸¹

2.3. Limites às convenções processuais: validade e restrições legais

Apesar de a cláusula geral permitir às partes a convenção de negócios atípicos, além da vontade das partes e dos pressupostos de validade gerais de todo negócio jurídico previstos no art. 104 do Código Civil – agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei – faz-se necessário que tais convenções respeitem os pressupostos de validade específicos às convenções processuais.

Os limites se comportam como importantes demarcadores às convenções, pois ao mesmo tempo que permitem as partes amplitude quanto aos negócios processuais, as norteiam quanto a extensão dessa vontade, deixando-as em posições de equivalência.

O art. 190 e seu parágrafo único, ambos do CPC/15, estabelecem quatro requisitos para que as convenções processuais se configurem como válidas, sendo eles: (i) possibilidade de autocomposição dos direitos versados no processo; (ii) capacidade plena das partes; (iii) inexistência de imposição abusiva da convenção em contratos de adesão; e (iv) inexistência de vulnerabilidade de uma das partes.

O condicionamento da validade das convenções à disponibilidade do direito faz com que as partes, de certa forma, tenham maior liberdade para convencionar sobre

processuais". Disponível em: <<http://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 36.

¹⁸¹ DIDIER JR. Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC 2015. op. cit., 2016, p. 03.

determinadas prerrogativas. Isso porque, ao ampliar a possibilidade de celebração das convenções processuais, o legislador permite às partes convencionarem tanto nas causas que versem sobre os direitos disponíveis, quanto nas causas que versem sobre direitos indisponíveis que admitam autocomposição, tal como exemplo: a ação de investigação de paternidade que, apesar de versar sobre direito indisponível, permite ao réu o reconhecimento voluntário, judicial ou extrajudicial, da paternidade.¹⁸²

Por outro lado, é de se questionar o motivo da limitação à direitos que admitam autocomposição material, quando nos próprios termos do Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”. Para Rodrigo Ramina de Lucca, “tem feição autoritária a suposição de que o titular do direito indisponível seria incapaz de celebrar um negócio jurídico que lhe coloque em uma posição mais favorável no processo.”¹⁸³

Nesse sentido, há doutrinadores que acreditam que a possibilidade mais adequada seria a vinculação da convenção processual que envolvam direitos indisponíveis e que não admitam autocomposição à anuência prévia e expressa do Ministério Público, como *custus legis*, sem prejuízo que o Estado-juiz a recuse caso constatada alguma limitação quanto o direito materialmente indisponível.

O segundo pressuposto de validade diz respeito a celebração das convenções por partes plenamente capazes, ponto este divergente entre a doutrina. Isso porque, há quem diga que a capacidade a que se refere a cláusula geral é a capacidade processual, isso é, basta que a parte possua capacidade de atuar como parte e de estar em juízo para figurar-se nas convenções. Em contrapartida, a doutrina majoritária defende tratar-se da capacidade civil, sendo que somente aqueles maiores de dezoito anos ou emancipados possuiriam capacidade plena para a prática de tal ato.

Sob o ponto de vista ainda da doutrina majoritária, não há que se falar em capacidade processual, quando este já se caracteriza como um dos requisitos processuais, sob pena de intimação para regularização ou extinção do feito, nos termos do art. 76 do CPC/15. Pois, se assim o fosse, estaria a *lege ferenda* cometendo pleonasma.

A despeito do pressuposto de inexistência de imposição abusiva da convenção em contratos de adesão, o legislador tem por objetivo coibir que os negócios jurídicos celebrados nos contratos de adesão possuam cláusulas abusivas que favoreçam uma das

182 LUCCA, op. cit., 2020, p. 36.

183 Ibidem, p. 36.

partes, deixando-as em posições de desigualdade, em posição desfavorável contra a sua vontade.

Todavia, deve-se frisar que isso não impede que os contratos de adesão contenham convenções processuais, ao contrário, a proibição se dá em razão de uma eventual abusividade das cláusulas¹⁸⁴. Em última análise, trata-se de um alargamento em relação ao art. 424, do Código Civil, que dispõe: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”.

E justamente nesse sentido é a previsão do último pressuposto de validade, o qual proíbe a convenção “em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” Tal requisito tem como finalidade impedir que as convenções que coloquem uma das partes em situação de vulnerabilidade processual perante a outra.

2.4. Princípios do devido processo legal, do autorregramento da vontade, da cooperação e da celeridade processual

Além dos requisitos acima elencados, e do dever de observância às posições processuais ocupadas (eis a impossibilidade de disposições sobre ônus, faculdades, poderes, deveres e direitos de terceiros), é necessário, ainda, a obediência das partes às normas fundamentais do processo, respeitando os princípios basilares do procedimento, dentre eles o do devido processo legal, do autorregramento da vontade das partes, da cooperação e da celeridade processual.

O princípio do devido processo legal é caracterizado, em suma, pela garantia do Estado-juiz a uma prestação jurisdicional assegurada de todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Nas palavras de Fredie Didier Jr.¹⁸⁵, trata-se de “uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.”. E sob essa égide surgiria o questionamento sobre a possibilidade de os negócios atípicos violar esse princípio fundamental do processo.

¹⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 2, Revista dos Tribunais, p. 517.

¹⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Ed. JusPodivm, Salvador, 2013.

Ao contrário do que muito se questiona, Peixoto Macedo¹⁸⁶ entende que o negócio jurídico processual é medida que afirma o devido processo legal, confirmam-se:

Com efeito, quando a celebração do negócio jurídico estiver nos limites do propósito do Estado, que é resolver conflitos e afirmar o ordenamento jurídico, e for desejado e pactuado de forma livre pelos sujeitos parciais, a sua realização, ao contrário de confrontar o devido processo legal, é medida que o afirma e, mais do que isso, leva a um regime de colaboração entre os sujeitos processuais que reforça verdadeira corresponsabilidade no processo.

E no mesmo sentido é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, ao entender que: “Liberdade não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação sem que isso implique violação às garantias do devido processo constitucional.”.

Para além do devido processo legal, há o princípio do autorregramento da vontade das partes, que privilegia o respeito à liberdade das partes, dentro do procedimento devido, tendo em vista à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido sem restrições irrazoáveis ou injustificadas¹⁸⁷. Ou seja, tal prerrogativa permite às partes ampla liberdade de atuação no procedimento e a garantia de um processo devido e legal e, ao mesmo tempo, moderado.

Nas palavras de Fredie Didier Jr.¹⁸⁸, “o princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido.”.

Assim, em que pese ser um princípio fundamental, é necessário limitar o autorregramento da vontade para que os negócios jurídicos não sejam invalidados nos casos em que houver uma possível imoderação em relação aos princípios e preceitos

¹⁸⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. In: Revista dos Tribunais online. Vol. 241.

¹⁸⁷ Sobre o exame das limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais, SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

¹⁸⁸ DIDIER JR. Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. Extraído do Cap. 1 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 1 – Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm. 2015, p. 21.

constitucionais e às normas de ordem pública, de forma a afastar o caso concreto do processo devido. O autorregramento da vontade no processo certamente é um direito, no entanto, não pode ser exercido de forma abusiva¹⁸⁹.

Na mesma percepção, os princípios da cooperação (previsto no art. 6º, do CPC/15) e da celeridade processual têm o condão de permitir que as partes possuam mais liberdade no procedimento, desde que respeitadas determinadas limitações, uma vez que quando as partes cooperam entre si, seja na fase pré-processual ou processual, a solução mais adequada e justa ao caso concreto se dá de forma mais célere.

Nesse sentido, o Enunciado 06 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece que: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.”. Isso porque, a observância a esses pressupostos é medida que se impõe, eis que, uma vez respeitados estarão os sujeitos processuais diante de um propício ambiente processual, de mútuo reconhecimento das posições e vantagem que cada um se encontra, sem rivalidades, nem autoritarismos, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da consequente solução mais adequada possível da causa¹⁹⁰.

Assim, cabe aos sujeitos processuais a convenção de negócios atípicos em respeito aos pressupostos e princípios processuais e constitucionais, pois poderá o juiz considerar nula a convenção sempre que entender abuso de poder das partes quando do exercício do direito de modificar o procedimento e suas posições jurídicas. Sob essa égide que passa-se a analisar a posição do Estado-juiz diante das convenções processuais.

2.5 Controle judicial de validade dos negócios jurídicos processuais

De plano, faz-se importante ressaltar que o juiz não é um estranho às convenções, – em que pese ser possível o acordo processual antes mesmo de existir processo – afinal, trata-se o processo de um ramo do direito público, no qual, a despeito a autonomia das partes seja assegurada, poderão as convenções surtir efeitos no processo e, inevitavelmente, impactar a atuação do juiz. Tudo isso, claro, nas relações pós instauração processual, já que não há que se falar em juiz antes do processo.

Sob esse viés surgem as indagações acerca do que cabe ou não ao juiz realizar diante de uma convenção. Alguns dos principais pontos a serem observados são: (i) se o juiz pode ser considerado parte do acordo; (ii) se o juiz se vincula às disposições pactuadas;

¹⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2017, p. 396.

¹⁹⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007, p. 7-27. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

e (iii) se deve o juiz homologar as convenções previamente, ou exercer um controle posterior de validade e adimplemento¹⁹¹.

Há quem diga que a vontade do juiz, somada a das partes, se caracteriza como elemento essencial para a celebração da convenção. Por outro lado, contrariamente a essa tese, a doutrina majoritária, seguindo o entendimento de Kelsen quanto a capacidade negocial de as partes produzirem normas jurídicas individuais a partir das normas gerais, da autonomia e da liberdade, entende que a função negocial não é própria do Estado-juiz.

Seguindo a ideia de Carnelutti ilustrada na obra *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Antonio do Passo Cabral afirma que “no negócio jurídico, o poder de praticá-lo é exercitado no interesse de quem o desempenha. O Estado-juiz, pelo seu distanciamento dos interesses dos litigantes (tanto materiais, quanto processuais), não poderia praticar atos em favor de nenhum interesse próprio.”.

Assim, em razão da nítida disparidade quanto aos interesses materiais e processuais de cada agente processual (litigantes e juiz), não pode o Estado-juiz figurar como parte e controlador dos negócios jurídicos, tão menos praticar atos ou convenções em favor do interesse próprio, ou especificamente de uma das partes, sob pena de ferir o princípio da imparcialidade¹⁹².

Nesse sentido, para Gerhard Wagner, afirmar que o Estado-juiz não é parte da convenção, não significa dizer que não fique vinculado a elas¹⁹³. Enquanto os sujeitos se obrigam voluntariamente através da autonomia e da liberdade, o Estado-juiz se vincula incidentalmente, através dos atos e das formalidades do processo, ainda que se exista convenção definida por meio da autonomia privada. Isso se dá pelo dever do juiz de aplicar a norma convencional, seja quando a convenção diz respeito ao procedimento, seja para dar cumprimento às avenças ou mesmo para aplicar a norma em sentido estrito.

¹⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. O papel do juiz diante das convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais*. Ed. JusPodivm. Salvador, vol. II, 2020, p. 138.

¹⁹² Em razão do princípio da imparcialidade, tem o juiz o dever de agir de forma equânime e imparcial em face aos litigantes e ao caso concreto. Não deve haver interesse pessoal sobre o objeto do processo, tão menos favorecimento à uma das partes, cabendo-lhe um julgamento justo e apartidário. Para Fredie Didier Jr. (2012, p. 97), ao definir como é “ser imparcial”, arrisca: “o juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade, garantindo o contraditório em paridade de armas: isso é ser imparcial”. (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume 1. 14ª edição. Bahia, editora JusPodivm, 2012, p. 97)

¹⁹³ WAGNER, Gerhard. *ProzeBvertrage: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 224.

No que tange as funções do juiz, há de se destacar duas características precípuas: a de incentivar e a de controlar. A primeira está diretamente ligada aos deveres que os princípios do contraditório e da cooperação impõem ao juiz, já que deve o Estado-juiz fomentar as partes ao uso de instrumentos autocompositivos, não só nas convenções processuais, mas em qualquer ato processual.

A segunda e principal função, a de controlar ou fiscalizar, diz respeito ao dever do juiz de analisar a validade das convenções processuais, controlando a extensão da vontade das partes sobre o procedimento estatal, valendo-se do equilíbrio entre os interesses privados e os interesses públicos envolvidos¹⁹⁴. Aqui, nos termos do *caput* do art. 190 do CPC/15, o papel do juiz se limita a verificar se as partes extrapolaram os limites que o ordenamento jurídico lhes atribui para atuar, salvaguardando pelos interesses públicos. Vale lembrar que, a despeito do dever de fiscalizar, não cabe ao judiciário apreciar a conveniência da celebração.

Neste aspecto, para Antonio do Passo Cabral¹⁹⁵, “a tarefa de controle não deve ser compreendida como um freio ou negação à liberdade das partes, mas sim como um respeito à sua autonomia (que compreende intrinsecamente limitações)”.

Por isso, é que a doutrina majoritária entende pela desnecessidade de homologação judicial ou deferimento prévio, já que os negócios jurídicos processuais decorrerem diretamente da autonomia da vontade das partes, da possibilidade de serem celebrados antes mesmo do processo, além do fato de os atos negociais produzirem efeito desde o momento da celebração, nos termos do art. 200 do CPC/15.

Nesse sentido, verifica-se que a submissão dos negócios jurídicos pré ou pós-processuais ao controle judiciário seria incabível. Primeiro pelo fato de tal ato lesar diretamente a prerrogativa da autonomia da vontade das partes. Segundo, pelo fato de tornar-se inviável, tanto às partes quanto ao judiciário, a participação do juiz em toda e qualquer negociação, já que, a convenção que a princípio teria o condão de preservar o princípio da cooperação e dar destaque ao princípio da celeridade, estaria fadada ao insucesso, esbarrando-se na morosidade, diante do atual cenário do judiciário brasileiro que se encontra assoberbado de demandas litigiosas.

Assim, é que se deve frisar que, a homologação ou o deferimento prévio não devem ser considerados pressupostos para a eficácia dos negócios processuais. A regra é que as convenções independem de qualquer atuação judicial. As exceções se encontram

¹⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. O papel do juiz diante das convenções processuais, op. cit., p. 138.

¹⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018, p. 283 e ss.

nos casos que a lei expressamente prevê o controle judicial prévio (vale lembrar que a necessidade de homologação não constitui pressuposto de constituição válida, mas apenas uma condição de eficácia).

Dentre aqueles que possuem a homologação como condição de eficácia citam-se: (i) a necessidade de homologação da convenção que escolhe o administrador e disciplina a forma de administração de empresa ou semoventes penhorados – art. 862, §2º do CPC/15; (ii) a homologação da autocomposição obtida no curso do processo, com a finalidade de interromper a litispendência – art. 515, inciso II do CPC/15.

3. NEGÓCIOS PROCESSUAIS NA EXECUÇÃO

Baseando-se na mesma sistemática do CPC/73, o CPC/15, por meio de seu art. 775, adotou a regra da disponibilidade da execução, independentemente da concordância da parte executada: “O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva.”.

Isso acontece porque, nas palavras de Pedro Henrique Nogueira¹⁹⁶, “a execução se desenvolve no interesse do credor, que, por sua vez, tem a liberdade de decidir e abrir mão da prática de atos executivos, expropriatórios ou não, que possam vir a ser praticados no procedimento executório.”.

Sob essa égide, a ação de execução nada mais é do que um direito conferido a alguém para exigir de outrem o cumprimento de uma prestação devida, podendo ser obrigação de fazer, não-fazer ou dar. Quando o devedor cumpre a obrigação voluntariamente, dizemos que se trata de execução espontânea, por outro lado, quando a prestação é obtida através de atos executivos pelo Estado, a execução chama-se forçada.¹⁹⁷

Sobre o tema, o processualista Fredie Didier Jr., destaca duas técnicas processuais que viabilizam a execução sentencial: “a) processo autônomo de execução: a efetivação é objeto de um processo autônomo, instaurado com essa preponderante finalidade; b) fase de execução: a execução ocorre dentro de um processo já existente, como uma de suas fases.”¹⁹⁸.

¹⁹⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 531.

¹⁹⁷ DIDIER JR., FREDIE. Curso de direito processual civil: Execução. In: Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira, Ed. JusPodivm, Salvador, 2017, p. 42-45.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 46

O procedimento a ser adotado dependerá do título executivo, aplicando-se as regras do cumprimento da sentença, previsto nos artigos 513 a 538 do CPC/15, quando o título for judicial e, por sua vez, quando for título executivo extrajudicial, a execução será disciplinada pelas normas contidas no Livro II, da Parte Especial, do CPC/15, ditado a partir do artigo 771, desde que ambos contenham liquidez, certeza e exigibilidade, consoante dispõe o artigo 783 do CPC/15.

Nesse sentido, cumpre destacar que a doutrina processualista estendeu o debate referente à negociação jurídica processual atípica celebrada entre as partes sobre a fase de execução civil, como alude Fernando da Fonseca Gajardoni¹⁹⁹:

Os principais exemplos de convenções processuais atípicas advêm de negócios celebrados para operar efeitos no processo de conhecimento. Fala-se na admissão de convenções para ampliar prazos de contestação e recursos; para vedar denunciação à lide; para renunciar antecipadamente ao recurso de apelação contra a sentença; para partilhar as eventuais verbas de sucumbência; entre tantos outros. Há, entretanto, um campo enorme para a celebração de convenções em tema de execução civil (cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial).

Isso porque, a execução processual é uma fase de suma importância para o processo, visto que é o momento em que de fato a satisfação da pretensão autoral é atendida, asseverando o Professor Guilherme Peres de Oliveira que "são os meios executivos, na verdade (e não a sentença de procedência), que são capazes de, concretamente, outorgarem a tutela do direito material violado ou evitarem sua violação (aí, incluídos, evidentemente, tanto os meios de sub-rogação quanto os meios de coerção)".²⁰⁰

Nesse sentido, sustentando a possibilidade de a execução ser negociada, Didier Jr. e Cabral²⁰¹ destacam algumas vantagens do negócios jurídicos executivos, como a adaptabilidade das medidas executivas às necessidades dos litigantes e a previsibilidade,

199 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. JOTA, atual. em 09 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil30102017>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

200 PERES DE OLIVEIRA, Guilherme. Negócio Jurídico Processual: a amplitude da clausula geral de negociação no processo civil. 2017. Tese (Doutorando em Direito). Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 202.

201 DIDIER JR., Fredie, CABRAL, Antônio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Revista de Processo, vol. 275, ano 43, Ed. RT, São Paulo, p. 193-228.

dado que reduz a incerteza sobre o resultado e minimiza os possíveis riscos, exemplificando que “Do lado do exequente, antecipa-se o procedimento para dar cumprimento ao título executivo com menos riscos e mais certeza do resultado; do lado do executado, por exemplo, previne-se um ingresso inadvertido em seu patrimônio”.

E é justamente por isso que os negócios processuais são celebrados, com o fim de promover a celeridade e a eficiência da execução forçada, limitar a atividade executiva (restringindo a prática de atos de constrição, por exemplo), ou ainda para regular os atos executórios que não de ser praticados, quando de fato surge maior previsibilidade aos envolvidos²⁰².

Sob essa perspectiva questiona-se quais seriam as possibilidades e como se daria o uso dos negócios jurídicos processuais, seja para promover a eficiência da execução, seja para limitar a prática de atos executivos.

3.1. Ação de execução fundada em título executivo extrajudicial por negócios jurídicos atípicos

Humberto Dalla Bernardina Pinho entende por título executivo extrajudicial “o documento considerado por lei como tradutor de um acerto de direito *inter partes* ao qual é constituída eficácia executiva”.²⁰³

Nesse mesmo sentido, é a lição do processualista Humberto Theodoro Junior²⁰⁴:

O título executivo extrajudicial exerce função equivalente à da sentença condenatória, i.e., representa, por vontade da lei, uma forma de declaração de certeza ou de acerto da relação jurídica estabelecida entre devedor e credor. É que, na sistemática do direito atual, não apenas o Judiciário, mas também as próprias partes podem dar efetiva aplicação à lei”.

Assim, entende-se que os títulos executivos extrajudiciais outorgam a alguém a pretensão de executar àquele que descumpriu com o que fora acordado, sem utilizar-se do judiciário, sendo que encontram-se elencados no artigo 784 do CPC/15205, merecendo

²⁰² NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais no processo executivo brasileiro, op. cit., p. 526.

²⁰³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Direito Processual Civil Contemporâneo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Vol. 1. p. 424.

²⁰⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2016. vol 3. p. 255.

²⁰⁵ BRASIL, Lei 13.105. Código de Processo Civil. Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento

destaque a última hipótese de título executivo extrajudicial, haja vista que o legislador reconheceu outros títulos além dos que estão arrolados no artigo 784, desde que possuam força executiva através de leis que os prevejam.

A título exemplificativo cita-se a cédula de crédito imobiliário prevista no art. 20 da Lei nº 10.931/2004, a cédula de crédito bancário prevista no art. 28 da Lei nº 10.931/2004 e o contrato de honorários celebrado entre advogado e cliente disposto no art. 24 da Lei nº 8.906/94, todos caracterizadores de títulos executivos extrajudiciais.

A despeito de ser possível verificar vários exemplos de negócios processuais típicos, o objetivo deste artigo é indagar acerca de potenciais títulos executivos extrajudiciais realizados através de negócios processuais atípicos decorrentes do art. 190 do CPC/15, com enfoque na possibilidade de as partes atribuírem força executiva a um documento particular assinado por elas (credor e devedor) sem a participação de duas testemunhas.

Dito isto, cumpre esclarecer que o tema não é pacificado na doutrina, tendo duas vertentes. A primeira nega a possibilidade de criação de título executivo extrajudicial por negócio processual atípico, fundamentando-se na segurança jurídica da taxatividade, e a segunda manifesta favoravelmente utilizando como fundamento a autonomia das partes.

Rodolfo Kronenberg Hartmann²⁰⁶ defende a primeira posição, sob o argumento de que o inciso XII do art. 784 do CPC/15 deve ser interpretado de forma literal, considerando que qualquer outro título executivo extrajudicial decorra de previsão legal e

público assinado pelo devedor; III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

206 HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões). Revista da Escola da Magistratura da Escola do Rio de Janeiro. V. 18, nº 70, 2015.

não contratual, acrescentando que referida criação seria um meio de burlar as exigências previstas em lei.

Em oposição, estão doutrinadores como Fabiano Carvalho, Alexandre Freitas Câmara, Antônio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira que fomentam a liberdade e a autonomia de pactuação das partes.

Além disso, esta corrente leva em consideração uma interpretação hermenêutica do artigo 771 do CPC/15, no sentido de que seria possível admitir a criação destes títulos, porquanto o final do dispositivo estabelece que as normas sobre execução são aplicáveis aos atos ou fatos processuais a que atribuir força executiva, sendo certo que, o art. 190 do mesmo diploma legal, seria a norma autorizadora.²⁰⁷

Neste diapasão, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), em seus enunciados normativos n. 19, 262 e 490, admite alguns negócios jurídicos processuais atípicos sobre a fase de execução, como por exemplo, acordo para não promover execução provisória; pacto para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença; acordo para alterar a ordem de penhora ou pré indicação de bem penhorável preferencial; pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva²⁰⁸.

E ainda, com a finalidade de aperfeiçoar a execução e obter um processo executivo mais eficiente, seja com a eliminação de atos processuais ou com a alteração do rito, Pedro Henrique Nogueira elenca alguns exemplos de negócios processuais bilaterais, tais quais: acordos com renúncia ou restrições ao benefício da impenhorabilidade, acordos de procedimento para gestão eficiente da execução, acordos processuais para conferir maior proteção ao executado (a fim de se promover maior proteção e segurança jurídica), acordos para ampliação das hipóteses de impenhorabilidade (além do rol de bens impenhoráveis do art. 832 e dos bens insusceptíveis de penhora, previstos no art. 833, ambos do CPC/15), os acordos para evitar determinadas constrições judiciais e os acordos para afastar a prisão civil e outras medidas coercitivas²⁰⁹.

²⁰⁷ Entendimento compartilhado em CARVALHO, Fabiano. Comentários ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

²⁰⁸ Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). Disponível em <<https://diarioprocessual.com/2020/05/19/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-fppc-ate-2020/>>. Acesso em 03 de abril de 2021.

²⁰⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais no processo executivo brasileiro op. cit., p. 526.

Fato é que, a partir da cláusula geral, pode-se concluir ser legítimo a utilização dos negócios jurídicos atípicos pré-processuais ou processuais pelas partes, principalmente no âmbito do processo executivo, isso porque, permite maior eficiência ao procedimento e/ou maior limitação à prática de atos processuais executivos.

3.2. O Projeto de Lei 2359/2020: Executividade de documento particular assinado digitalmente sem a presença de testemunhas

Tendo em vista a garantia ao direito fundamental à liberdade das partes em todas as fases processuais e a importância do tema, no dia 04 de maio de 2020, o Deputado Federal Hélio Leite da Silva apresentou o Projeto de Lei 2359/2020, que visa prever como título executivo extrajudicial o documento particular assinado, manual ou digitalmente, pelo devedor, independentemente de assinatura de testemunhas, no Novo Código de Processo Civil.

Com o intuito de justificar a apresentação do projeto de lei, o Deputado Hélio Leite da Silva assegura que²¹⁰:

Diante do dinamismo das relações sociais e da necessidade de constantes adaptações, as quais estão intrinsecamente relacionadas à tecnologia, é plausível buscarmos cada vez mais a dispensa de entraves burocráticos que inviabilizem a celeridade nas relações interpessoais e comerciais, sem que para isso seja necessário abrir mão da confiabilidade dos instrumentos postos à nossa disposição.

Como é sabido, os títulos de crédito são responsáveis por movimentar milhares de relações comerciais diariamente, o que se dá em razão das obrigações contraídas. Por acreditar tratar-se de estímulo à economia em razão de aliar comodidade e segurança às partes, o presente Projeto de Lei tem como intuito prever como título executivo extrajudicial o documento particular assinado, manual ou digitalmente, pelo devedor, independentemente de assinatura de testemunhas.

Frisa-se que a Medida Provisória nº 2.200/2001, em seu art. 10, consigna presunção de veracidade aos documentos, públicos ou particulares, assinados de forma eletrônica com a utilização de

210

Disponível

em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2251396>>. Acesso em 03 de abril de 2021.

processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, desde que admitidos pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

De fato, a sociedade vem se adaptando às inovações tecnológicas, impulsionando o Direito a se empenhar em estar em harmonia com as demandas e o dinamismo social, atentando-se para as constantes transformações, especialmente quanto à inovação dos meios de títulos de crédito.

A assinatura digital tem segurança jurídica assim como uma assinatura em papel autenticada em cartório, posto que a Medida Provisória 2.200/2001211 instituiu a ICP-Brasil com o escopo de garantir, dentre outros, a validade jurídica dos documentos eletrônicos, sendo que a ausência da demonstração de autenticidade da assinatura digital, resulta na perda da confiabilidade do documento perante terceiros, não podendo ser utilizado como meio hábil à execução.

Vale destacar que o artigo 889 do Código Civil de 2002 prevê que os títulos de crédito podem ser emitidos “a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente a que constem da escrituração do emitente”, desde que contenha a data da emissão e a correta indicação dos direitos que confere a assinatura do emitente, requisitos estes que podem constar no título eletrônico emitido por particulares.²¹²

Oportunamente, conforme bem consignado pelo Deputado Hélio, no julgamento do REsp nº 1495920, o Relator Ministro Paulo Tarso manifestou favoravelmente quanto à possibilidade de se reconhecer o título executivo extrajudicial que careça da assinatura de duas testemunhas, sob o fundamento de que “Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos.”²¹³

211 BRASIL. Medida Provisória 2.200 de 28 de junho de 2001. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2200-28-junho2001-334520-publicacaooriginal-1-pq.html>> Acesso em: 03 de abril de 2021

212 No mesmo sentido, o Enunciado nº 462 da V Jornada de Direito Civil: “Os títulos de crédito podem ser emitidos, aceitos, endossados ou avalizados eletronicamente, mediante assinatura com certificação digital, respeitadas as exceções previstas em lei. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/425>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

213 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3º Turma). Recurso Especial no 1.495.920-DF (20140295300-9). Recorrente: Fundação dos Economizadores Federais FUNCEF. Recorrido: Emerson Martineli Rodiguero. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, sem prejuízo aos ideais já explanados, estas pesquisadoras entendem que é possível a criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios processuais atípicos, em razão de ser uma técnica processual alternativa que prestigia a economia processual, a celeridade processual e o respeito da vontade das partes, bem como sua concepção valoriza a confiança depositada na relação jurídica e a boa-fé das partes.

Não merecendo prosperar o argumento de que a criação dos referidos títulos ofenderia a segurança jurídica, pois as partes ao convencionarem um contrato, de comum acordo sem qualquer invalidade, vulnerabilidade, abusividade ou vício, não podem em momento futuro alegar a quebra da segurança jurídica. Na realidade, a insegurança jurídica surgiria em razão de posterior descumprimento ou invalidação, motivo pela qual deve ser resultado o ato jurídico perfeito.

Isso porque, não se pode negar a necessidade de o Direito acompanhar as transformações das relações humanas, devendo se adequar ao dinamismo social, visando a praticidade, a eficiência e a segurança jurídica. E justamente no intuito de acompanhar a desenvolvimento e a inovação social que os negócios jurídicos se tornam grandes instrumentos à negociação pré ou pós processual, eis sua inestimável eficiência e sua inesgotabilidade de possibilidades.

Fato é que, além de se caracterizar como uma das maiores inovações trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, os negócios processuais permitem as partes a convenção de mecanismos e procedimentos de forma democrática, garantindo a essência do direito material objeto do litígio, viabilizando a cooperação e a autocomposição, nos limites da autonomia da vontade das partes, além de observar e respeitar a garantia e a satisfação da tutela jurisdicional, quando tratar de situações processuais, sobretudo, dentro de um prazo razoável.

Nesse sentido, a despeito da impossibilidade do esgotamento do tema abordado, tendo em vista as diversas dúvidas e inquietações que traz consigo, principalmente por se tratar de um assunto tão recente e amplo, conclui-se que os negócios jurídicos processuais, principalmente no que diz respeito à sua incidência na execução trata-se de inquestionável

Regionais. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923192/recurso-especial-resp-1495920->

[df-2014-0295300-9/inteiro-teor-595923202ref=juris-tabs](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923202/ref=juris-tabs)> Acesso em 03 de abril de 2021.

instrumento facilitador as relações processuais, o qual será amplamente aclarado e compreendido por meio das práticas negociais e do desenvolvimentos de jurisprudências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. Ed. Ícone, São Paulo, 1995.

- BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

____. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

____. Medida Provisória 2.200 de 28 de junho de 2001. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2200-28-junho2001-334520-publicacaooriginal-1-pq.html>> Acesso em: 03 de abril de 2021.

____. Projeto de Lei nº 2.359/2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2251396>>. Acesso em 03 de abril de 2021.

____. Superior Tribunal de Justiça (3º Turma). Recurso Especial no 1.495.920-DF (20140295300-9). Recorrente: Fundação dos Economiários Federais FUNCEF. Recorrido: Emerson Martineli Rodiguero. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de maio de 2018. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923192/recurso-especial-resp-1495920-df-2014-0295300-9/inteiro-teor-595923202ref=juris-tabs>> Acesso em 03 de abril de 2021.

- CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER, Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 67, jan./mar. 2018. Disponível em

<[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1245317/Fredie Didier+Jr %26 Antonio do Passo Cabral.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1245317/Fredie%20Didier+Jr%20Antonio%20do%20Passo%20Cabral.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2020.

____. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018.

____. O papel do juiz diante das convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais. Ed. JusPodivm. Salvador, vol. II, 2020.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. Ed. Atlas, São Paulo, 2ª Edição, 2016.

- CARVALHO, Fabiano. Comentários ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- CJF Enunciados. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/425>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Volume 1. 14ª edição. Bahia, editora JusPodivm, 2012.

____. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Ed. JusPodivm, Salvador, 2013.

____. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. Cap. 1 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 1 – Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm. 2015.

____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. Revista Brasileira da Advocacia. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.04.PDF>. Acesso em: 02 fev. 2021.

____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). 3ª ed. Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017.

____. Curso de direito processual civil: Execução. In: Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira, Ed. JusPodivm, Salvador, 2017.

- DIDIER JR., Fredie, CABRAL, Antônio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Revista de Processo, vol. 275, ano 43, Ed. RT, São Paulo.

- ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil30102017>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

- GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

- GUELFÍ, Airton Roberto. Análise de elementos jurídico-tecnológicos que compõem a assinatura digital certificada digitalmente pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil – ICP-Brasil. 2007, 121 p. Monografia – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, Escola Politécnica, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3142/tde-26072007164132/publico/DissertacaoAirtonRobertoGuelfi.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

- HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões). Revista da Escola da Magistratura da Escola do Rio de Janeiro. V. 18, nº 70, 2015.

- HUMBERTO, Teodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil, volume I, 56ª Edição, Editora Forence Gen, Rio de Janeiro, 2015.

- JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Ed. Forense, Rio de Janeiro, vol. 3, 2016.

- LUCCA, Rodrigo Ramina. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais. Ed. JusPodivm. Salvador, vol. II, 2020.

- MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova, Revista dos Tribunais online, vol. 241.

- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico - Plano de existência. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611898/>>. Acesso em: 15 out. 2020.

- MENKE, Fabiano. Assinaturas digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. Revista de Direito do Consumidor, v. 48, out/dez 2003.
- MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. Convenções das partes sobre matéria processual. Revista de Processo. n. 33, 1984.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2017.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais no processo executivo brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PERES DE OLIVEIRA, Guilherme. Negócio Jurídico Processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil. 2017. Tese (Doutorando em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Direito Processual Civil Contemporâneo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 1, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- WAGNER, Gerhard. Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 2, Revista dos Tribunais.

A ADOÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS BRASILEIRAS POR CASAIS ESTRANGEIROS

MILENA DE ARAÚJO NASCIMENTO DIAS:
Discente do curso de graduação de Direito do Centro Universitário UNA Betim. Auxiliar Administrativo na empresa CIMCOP

GABRIELA CHAVES SIMÃO²¹⁴

(coautora)

EVERSON SOTO SILVA BRUGANARA²¹⁵

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar, bem como indagar o extenso mecanismo por trás do instituto da adoção internacional de crianças brasileiras por casais estrangeiros, objetivo este, guiado pela pergunta problema: É realmente necessário todo o procedimento “burocrático” para a formalização da Adoção Internacional? A partir disso, serão apresentados temas como a diferença entre a adoção nacional e internacional, o funcionamento do instituto da adoção internacional de crianças brasileiras por casais estrangeiros e também um caso concreto, em que um casal italiano conseguiu adotar três crianças no Brasil. Hodiernamente, o número de crianças e adolescentes aguardando a adoção têm crescido de forma alarmante e preocupante, sendo que a adoção internacional pode ser vista como uma maneira de resolução desta circunstância. A realização do artigo juntamente com a análise de caso concreto, percebe-se que a adoção internacional de crianças brasileiras por casais estrangeiros ainda é muito afetada pela lei vigente que a torna um processo oneroso. Com a facilitação de tal instituto, o Brasil teria a ganhar, diminuindo assim o número de menores órfãos aguardando por uma família e um lar.

Palavras-chave: Adoção Internacional. Convenção de Haia. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: This article aims to understand the institute of the international adoption of Brazilian children by foreign couples, this objective, guided by the question problem: Is all the “bureaucratic” procedure really necessary for the formalization of International Adoption? Based on this, themes will be presented such as the difference between national

214 Discente do curso de graduação de Direito do Centro Universitário UNA Betim; Formação técnica em Hospedagem (Turismo e Hotelaria); Servidora pública da Prefeitura Municipal de Sarzedo

215 Advogado. Especialista em Direito Público. Professor de Direito. Coordenador/supervisor do Núcleo de Práticas Jurídica da UNA de Betim/MG. Mestre em Administração, com ênfase em Dinâmica das Organizações e Relações de Poder. Registrado na DRT sob o nº 9099, habilitado para explorar profissionalmente a profissão de artista (ator).

and international adoption, the functioning of the international adoption institute for Brazilian children by foreign couples and also a specific case, in which an Italian couple managed to adopt three children in Brazil. Today, the number of children and adolescents awaiting adoption has grown alarmingly and worryingly, and international adoption can be seen as a way to resolve this circumstance. The realization of the article together with the analysis of a specific case, it is clear that the international adoption of Brazilian children by foreign couples is still very affected by the current law that makes it an onerous process. With the facilitation of such an institute, Brazil would gain, thus reducing the number of orphaned minors waiting for a family and a home.

Keywords: International Adoption. Hague Convention. Child and Adolescent Statute.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A adoção é um dos institutos mais antigos da história do direito brasileiro, tratando-se de um ato no qual um casal ou em alguns casos, apenas uma pessoa deseja adotar uma criança ou adolescente para fazer parte de seu círculo familiar. Para isso, a idade mínima permitida em lei é de 18 (dezoito) anos, devendo ser respeitada uma diferença de idade de no mínimo 16 (dezesesseis) anos entre o adotante e o adotado²¹⁶ (BRASIL, 1990).

Assim como ocorre na adoção nacional, a adoção internacional também enfrenta regras e dificuldades pelo fato de que, para o judiciário nacional, a preferência de adoção é para casais brasileiros, tendo em vista o desejo de manter a cultura e respeitar a etnia do adotado (Artigo 51, §1º, inciso II, do ECA). Além disso, em todos os casos, deve-se zelar pelo bem-estar da criança, cuidando de sua adaptação a nova família e ao novo país, principalmente em se tratando de crianças mais velhas, crianças estas, que enfrentam maior dificuldade de conseguir uma família para lhes adotar, já que quanto mais avançada a idade mais difícil é para conseguirem uma família.

O art. 1.629 do Código Civil Brasileiro, dispõe que a adoção por casais estrangeiros deve obedecer às condições estabelecidas em lei, sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, que regulariza a adoção no Brasil (BRASIL, 2002).

No atual cenário brasileiro, existe um grande número de crianças e adolescentes carentes de um lar e de uma família. Entretanto, a adoção internacional ao invés de se apresentar como uma solução, vem se apresentando como um processo longo e dificultoso, e, levando isso em consideração, torna-se importante o seguinte

²¹⁶ ECA, artigo 42 e §3º

questionamento: É realmente necessário todo o procedimento “burocrático” para a adoção internacional?

Tendo estes fatores em mente, o presente artigo visa o estudo, esclarecimento e indagação aos leitores, quanto a adoção internacional de crianças brasileiras por casais estrangeiros. Na realidade prática, vislumbra-se que tal tema se mostra pouco abordado, embora possua extrema relevância para melhor compreensão da aplicação e da “burocracia” por trás deste instituto.

Para tanto, será feita uma comparação entre a legislação aplicada à adoção por casais brasileiros e a adoção realizada por casais estrangeiros no Brasil. Além disso, discutir-se-á a “burocracia” em torno deste ato, demonstrando as diferenças existentes entre os institutos acima citados. Ainda será explanado acerca do receio que persiste no judiciário brasileiro em permitir a adoção internacional, e também a importância de diminuir o número de órfãos no país, procurando explicar detalhadamente como funciona passo a passo a adoção internacional.

Do mesmo modo, buscar-se-á expor algumas soluções plausíveis, que caso sejam aplicadas, poderão ajudar o instituto da adoção a ser mais bem trabalhado na realidade prática legal. Para isso, será utilizado o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Código Civil brasileiro, literaturas especializadas diversas, bem como a Convenção de Haia datada de 29 de maio de 1993 e o decreto nº 3.087/99.

Este trabalho foi feito com base na comparação legislativa concernente a adoção nacional e a adoção internacional, utilizando como delimitador e fonte de pesquisa, um estudo de caso concreto, pautado na história de um casal italiano que conseguiu adotar três crianças brasileiras.

Cabe ressaltar que, para a realização e o embasamento do instituto aqui debatido, deve-se compreender as diversas literaturas especializadas, as quais compreendem o tema do presente artigo.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NACIONAL EM COMPARAÇÃO COM A ADOÇÃO INTERNACIONAL

Não se tem na literatura especializada o conhecimento da data exata de surgimento da adoção, porém, talvez seja este o instituto jurídico que mais sofreu alterações estruturais com o passar dos anos. Mas sabe-se que na Idade Média, a Igreja Católica repudiava a adoção, considerando ilegítimos os filhos que não eram biológicos (TARTUCE, 2017).

É primordial ressaltar que, as literaturas especializadas exibem cinco correntes doutrinárias no tratante a adoção, sendo elas: a adoção como instituição, adoção como ato jurídico, adoção como ato de natureza híbrida, adoção tendo natureza contratual e a

adoção como um ato complexo. Contudo, no geral, ela é vista como uma criação de vínculo de filiação civil entre o adotante e o adotado (MACIEL, 2010).

Gonçalves e Lisboa (2011), definem a adoção como ato jurídico solene, uma vez que se recebe em sua família, no papel de filho, alguém até então considerado estranho. Nunes (1993), conceitua o ato como aceitação, de forma legal, como filho. Lado outro, Carvalho Santos (1976), alega ser um ato jurídico que gera entre as duas pessoas na qualidade de adotando e adotado, relação civil de paternidade e filiação.

Uns dos motivos da adoção internacional possuir um grande nível de “burocracia” para se concretizar, está intrinsecamente atrelado a insegurança a respeito dos maus tratos, escravidão infantil e do tráfico de crianças e adolescentes. Porém, existe a responsabilidade que o Estado possui em proteger o adotado, ainda que fora do país de origem, tendo como condição um fator primordial, que é a vontade e o bem-estar da criança (MADALENO, 2013).

Ressalta-se que, existem alguns princípios que norteiam a adoção internacional, sendo um deles o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio este que, se não for manifestado, conseqüentemente não poderá ocorrer a adoção, vez que contraria a ordem pública (BRASIL, 1990).

Durante o processo de adoção, o adotado e o adotante devem passar pelo estágio de convivência que será supervisionado por uma equipe técnica. Este estágio de convivência tem o intuito de verificar a adaptação recíproca entre ambos. Caso não ocorra a adaptação, este fato deverá ser confirmado mediante equipe técnica, ocasião em que será feita a devolução do adotado. (BORDALLO, 2016)

De acordo com o art. 17, inciso V, do Decreto 5.491 de 18 de julho de 2005, deverão ser apresentados relatórios semestrais de acompanhamento do adotado às Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional – CEJAIS, pelo período mínimo de dois anos, independentemente da concessão da nacionalidade do adotado no país de residência dos adotantes (BRASIL, 2005).

Outro fator que está associado à adoção internacional, consiste na possível violação de identidade da criança, tais como sua nacionalidade e seu nome. Lado outro, uma vantagem, de acordo com o ECA em seu artigo 52, § 2º é: “os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro” (BRASIL, 1990). Esse princípio é conhecido e discutido por Lisboa (2012) como princípio da preferência de adoção internacional por brasileiros.

Os autores especializados no assunto em análise, salientam que as crianças e os adolescentes que estão sujeitos a adoção, se encontram em um estado de abandono, e conseqüentemente, se torna obrigação do Estado assegurar a melhor alternativa para eles. Nader (2015), contribui dizendo que há uma grande preocupação por parte de pessoas envolvidas na questão social em torno das adoções por estrangeiros residentes fora do país. Receia-se que possa haver desvio de finalidade, especialmente em relação aos adolescentes, muitas vezes vítimas de exploração de toda sorte. O fundamental da matéria, mais uma vez, é o benefício para o menor, a sua convivência legítima, não estando em jogo qualquer interesse egoísta da nacionalidade. Se há crianças e adolescentes a espera pela adoção, em longas filas de órgãos públicos, não há razão para se impedir o procedimento de candidatos estrangeiros.

E para reger e prevenir todas essas possíveis violações que possam vir a ocorrer, existe o Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo a proteção e os direitos desses menores, como é determinado em seu art. 3º²¹⁷ (BRASIL, 1990).

No ano de 2009, foi criada a Lei 12.010 de 2009²¹⁸, também denominada como Lei Nacional da Adoção, que provocou algumas alterações no ECA com o intuito de tornar menos desgastante o processo da adoção (BRASIL, 2009). E através da Convenção de Haia de 1993, foi possível estruturar as regras do processo de adoção internacional.

Lembrando ainda que, este processo só será realizado quando esgotadas as possibilidades do convívio com a família natural ou de ser adotado no seu país de origem, ou seja, o instituto não pretende apenas retirar a criança e o adolescente de seu país de origem, mas sim oferecer uma chance extra de encontrar uma família e serem retirados de seu estado de vulnerabilidade (BRASIL, 1990).

No ponto de vista dos doutrinadores, a adoção internacional deve ser vista como a última saída, uma vez que não encontrada uma família nacional que se encaixe no perfil

²¹⁷ Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

²¹⁸ Art. 9. As Autoridades Centrais tomarão todas as medidas apropriadas, seja diretamente ou com a cooperação de autoridades públicas ou outros organismos devidamente credenciados em seu Estado, em especial para a) reunir, conservar e permutar informações relativas à situação da criança e dos futuros pais adotivos, na medida necessária à realização da adoção; b) facilitar, acompanhar e acelerar o procedimento de adoção; c) promover o desenvolvimento de serviços de orientação em matéria de adoção e de acompanhamento das adoções em seus respectivos Estados; d) permutar relatórios gerais de avaliação sobre as experiências em matéria de adoção internacional; e) responder, nos limites da lei do seu Estado, às solicitações justificadas de informações a respeito de uma situação particular de adoção formuladas por outras Autoridades Centrais ou por autoridades públicas.

do adotado, e ela possui como maior problemática a “burocracia” exacerbada, que deve ser combatida pelo Estado, fazendo com que todos que estão em espera, passem menos tempo em situação de abandono e mais tempo convivendo em seus lares com suas respectivas famílias, suprindo assim todos os direitos previstos no art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal juntamente com o ECA e com a literatura especializada reconhecem a fundamental importância da criança e do adolescente possuírem convívio familiar, seja essa família natural ou substituta, nacional ou internacional, importando apenas que sejam garantidos os direitos, deveres e valores que são essenciais para o desenvolvimento dos mesmos.

3 ADOÇÃO INTERNACIONAL

Na esfera jurídica, a adoção se trata de um processo legal que consiste em aceitar espontaneamente alguém como filho, e para que isso ocorra de forma adequada, é necessário que se estabeleça dentro dos padrões permitidos e estipulados por lei.

A adoção surgiu inicialmente nos países de direito romano, e ainda que fosse em um período remoto, já era um ato digno de burocracia e garantias para a futura família e também para o adotado, uma vez que eram atribuídos certificados de adotante (TARTUCE, 2017).

Com o passar dos anos, a prática se tornou tão habitual que abrangeu um novo cenário, o da adoção internacional. Esta, escora do melhor interesse da criança, tendo em vista o grande número de crianças e adolescentes em estado de abandono, maus tratos, vítimas de violência e enquadrados como infratores. De acordo com dados apresentados pela Sociedade Brasileira de Pediatria, entre 2009 e 2017 foram registrados cerca de 471.178 (quatrocentos e setenta e um mil, cento e setenta e oito) casos de agressões contra crianças e adolescentes (SBP, 2019).

Entende-se ainda a adoção como uma medida excepcional que, só deve ocorrer quando extintas todas as possibilidades de manter a criança ou o adolescente com sua família biológica, e no caso da adoção internacional, quando forem esgotadas todas as possibilidades de mantê-los em seu país de origem (BRASIL, 1990).

Esse ato civil é considerado como uma nova chance para brasileiros que não tiveram a oportunidade de serem adotados no Brasil, geralmente por serem mais velhos, dispor de alguma doença, ou por não se enquadrarem nos demais perfis requeridos pela maioria dos adotantes.

A adoção internacional possui algumas diretrizes que a rege no direito brasileiro, dentre elas a Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, o Decreto 3.087/99 e o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

A Convenção relativa à proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional, vulgo Convenção de Haia, passou a vigorar no Brasil em 1º julho de 1.999, com o intuito de solucionar problemas e violações quanto a crianças removidas de seu país de origem para fazer moradia em país distinto do seu.

A referida Convenção, possui também a finalidade de garantir o alcance dos genitores e demais membros da família à criança e adolescente. Essa convenção foi instituída como meio de proteção aos menores que se encontram nesta situação, uma vez que a mesma tem as competências dispostas no artigo 7º do decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999²¹⁹ (BRASIL, 1999).

Cabe ressaltar ainda a fundamental importância do papel do Ministério Público, que tem também a função de fiscalizar e acompanhar as ações que dizem respeito a essas crianças e adolescentes (CONVENÇÃO DE HAIA, 1999).

A Convenção de Haia, a qual o Brasil é signatário, dispõe de artigos que auxiliam na compreensão das literaturas especializadas supracitadas, tanto quanto para o entendimento do ato da adoção internacional. No próximo tópico, será feita uma análise mais profunda em relação a ela e o Decreto nº 3.087/99.

4 A CONVENÇÃO DE HAIA E O DECRETO Nº 3.087/99

A Convenção de Haia teve como fonte de inspiração para se concretizar, a Convenção sobre os Direitos da Criança, e, identifica-se como um dos fundamentais propósitos dela, instituir um sistema entre os países que realizam adoção internacional, com intuito de resguardar os direitos das crianças.

²¹⁹ Artigo 7º - As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção. Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para: **a)** localizar uma criança transferida ou retida ilícitamente; **b)** evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas; **c)** assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável; **d)** proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança; **e)** fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção; **f)** dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise ao retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita; **g)** acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;

O órgão responsável pelo credenciamento dos organismos nacionais e internacionais de adoção internacional, e também responsável pelo acompanhamento pós-adoitivo e pela cooperação jurídica junta as Autoridades Centrais Estrangeiras é a ACAF – Autoridade Central Administrativa Federal.

Importante citar que a Convenção de Haia é publicamente criticada por ser conhecida também como Sequestro Internacional de Crianças, ainda que não se trate de sequestro em si, e sim do deslocamento da criança para um país distinto do de sua origem.

O termo “sequestro” surgiu devido a tradução do termo “raptó”, advindo de Portugal, mas que ainda possa dispor de significado diverso. Ainda neste cenário, tem-se o decreto 3.087/99, que promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993, que tem por objetivo:

- Artigo 1º [...] a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional;
- b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças;
- c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção.

Neste mesmo contexto, a Convenção de Haia será aplicada quando uma criança com residência habitual em um Estado contratante, sendo a princípio, o Estado de origem (País de nascença da criança) tiver sido, ou for deslocada para outro Estado contratante, neste momento, Estado de acolhida, ou seja, país para onde a criança é enviada após sua adoção, que pode se dar por um casal ou uma pessoa que venham residir habitualmente no Estado de acolhida, podendo o processo de adoção ser realizado em qualquer um dos dois Estados, o de acolhida ou o de origem.²²⁰

Cabe salientar que a Convenção de Haia tem como finalidade amparar a criança e o adolescente que são adotados por estrangeiros, ou brasileiras que tenham residência em

²²⁰ Artigo 2º, 1, da Convenção de Haia

outro país, para que tenham seus direitos garantidos e resguardados, sendo de grande importância para a aplicação do instituto da adoção internacional.

Neste mesmo cenário de regularização da prática de adoção, o Brasil desfruta do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prescreve a proteção integral à criança e ao adolescente.

5 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A ADOÇÃO INTERNACIONAL

A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, nomeada de Estatuto da Criança e do Adolescente, ou simplesmente ECA, é a lei que regulamenta os direitos da criança e do adolescente de forma mais abrangente, definidos no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL 1990). Desta forma, eles garantem proteção integral ao público infante-juvenil, certificando que este público seja digno da garantia da sobrevivência, do desenvolvimento e da integridade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu com o objetivo de findar o Código de Menores, que foi criado no período da Ditadura Militar no Brasil. Desta maneira, o mesmo foi sancionado em 1990.

No Brasil, é considerado criança a pessoa de até 12 anos incompletos, e adolescente de 12 a 18 anos de idade, os quais são considerados os alvos do Estatuto, possuindo ainda algumas exceções que permitem a aplicação em casos de pessoas com idade entre 18 e 21 anos (BRASIL, 2002).

O Estatuto possui previsão para diversas ocasiões pelas quais a criança e o adolescente possam abarcar, e dentre elas, a adoção, onde é estabelecida como condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais, compreendendo desta forma que, o laço familiar não precisa necessariamente ser de origem biológica, ainda mais em situações que traspassem riscos para estes menores (BRASIL, 1990).

Assim que surge a adoção internacional, também se torna necessária a criação de lei que regulamente e previna fatores que possam apresentar riscos a esse feito. Desta forma, o ECA entende a criança e o adolescente como sujeitos de direito, que possuem pleno direito de bom convívio familiar, seja em sua família de origem, ou em último caso, em família sucessora. Posto isso, tem-se o regimento da adoção internacional neste Estatuto²²¹.

²²¹ Art. 52. A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações: I - a pessoa ou casal estrangeiro, interessado em adotar criança ou adolescente

brasileiro, deverá formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, assim entendido aquele onde está situada sua residência habitual;

II - se a Autoridade Central do país de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, emitirá um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam e sua aptidão para assumir uma adoção internacional;

III - a Autoridade Central do país de acolhida enviará o relatório à Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira; IV - o relatório será instruído com toda a documentação necessária, incluindo estudo psicossocial elaborado por equipe interprofissional habilitada e cópia autenticada da legislação pertinente, acompanhada da respectiva prova de vigência; V - os documentos em língua estrangeira serão devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado; VI - a Autoridade Central Estadual poderá fazer exigências e solicitar complementação sobre o estudo psicossocial do postulante estrangeiro à adoção, já realizado no país de acolhida; VII - verificada, após estudo realizado pela Autoridade Central Estadual, a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional, além do preenchimento por parte dos postulantes à medida dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao seu deferimento, tanto à luz do que dispõe esta Lei como da legislação do país de acolhida, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade por, no máximo, 1 (um) ano;

VIII - de posse do laudo de habilitação, o interessado será autorizado a formalizar pedido de adoção perante o Juízo da Infância e da Juventude do local em que se encontra a criança ou adolescente, conforme indicação efetuada pela Autoridade Central Estadual. § 1º Se a legislação do país de acolhida assim o autorizar, admite-se que os pedidos de habilitação à adoção internacional sejam intermediados por organismos credenciados. § 2º Incumbe à Autoridade Central Federal Brasileira o credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de habilitação à adoção internacional, com posterior comunicação às Autoridades Centrais Estaduais e publicação nos órgãos oficiais de imprensa e em sítio próprio da internet. § 3º Somente será admissível o credenciamento de organismos que: I - sejam oriundos de países que ratificaram a Convenção de Haia e estejam devidamente credenciados pela Autoridade Central do país onde estiverem sediados e no país de acolhida do adotando para atuar em adoção internacional no Brasil;

II - satisfizerem as condições de integridade moral, competência profissional, experiência e responsabilidade exigidas pelos países respectivos e pela Autoridade Central Federal Brasileira;

III - forem qualificados por seus padrões éticos e sua formação e experiência para atuar na área de adoção internacional; IV - cumprirem os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelas normas estabelecidas pela Autoridade Central Federal Brasileira. § 4º Os organismos credenciados deverão ainda: I - perseguir unicamente fins não lucrativos, nas condições e dentro dos limites fixados pelas autoridades competentes do país onde estiverem sediados, do país de acolhida e pela Autoridade Central Federal Brasileira; II - ser dirigidos e administrados por pessoas qualificadas e de reconhecida idoneidade moral, com comprovada formação ou experiência para atuar na área de adoção internacional, cadastradas pelo Departamento de Polícia Federal e aprovadas pela Autoridade Central Federal Brasileira, mediante publicação de portaria do órgão federal competente; III - estar submetidos à supervisão das autoridades competentes do país onde estiverem sediados e no país de acolhida, inclusive quanto à sua composição, funcionamento e situação financeira; IV - apresentar à Autoridade Central Federal Brasileira, a cada ano, relatório geral das atividades desenvolvidas, bem como relatório de acompanhamento das adoções internacionais efetuadas no período, cuja cópia será encaminhada ao Departamento de Polícia Federal; V - enviar relatório pós-adotivo

Cabe ressaltar que, a adoção internacional não pleiteia regulamentação própria, gozando então de aplicação de Lei Estatutária, Convênios e Tratados.

A maior parte das exigências citadas nesse artigo, caminham com a função de prevenir a criança e o adolescente do tráfico internacional de pessoas, tendo em vista se tratar de um enorme receio do judiciário a ocorrência deste crime, bem como a obrigatoriedade da participação das autoridades centrais federal e estadual, departamento da polícia federal e o órgão do ministério da justiça.

O Estatuto informa em seu artigo 52- A²²², que apenas entidades estrangeiras que não possuem nenhum fim lucrativo podem realizar a adoção.

semestral para a Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira, pelo período mínimo de 2 (dois) anos. O envio do relatório será mantido até a juntada de cópia autenticada do registro civil, estabelecendo a cidadania do país de acolhida para o adotado; VI - tomar as medidas necessárias para garantir que os adotantes encaminhem à Autoridade Central Federal Brasileira cópia da certidão de registro de nascimento estrangeira e do certificado de nacionalidade tão logo lhes sejam concedidos. § 5o A não apresentação dos relatórios referidos no § 4o deste artigo pelo organismo credenciado poderá acarretar a suspensão de seu credenciamento. § 6o O credenciamento de organismo nacional ou estrangeiro encarregado de intermediar pedidos de adoção internacional terá validade de 2 (dois) anos. § 7o A renovação do credenciamento poderá ser concedida mediante requerimento protocolado na Autoridade Central Federal Brasileira nos 60 (sessenta) dias anteriores ao término do respectivo prazo de validade. § 8o Antes de transitada em julgado a decisão que concedeu a adoção internacional, não será permitida a saída do adotando do território nacional.

§ 9o Transitada em julgado a decisão, a autoridade judiciária determinará a expedição de alvará com autorização de viagem, bem como para obtenção de passaporte, constando, obrigatoriamente, as características da criança ou adolescente adotado, como idade, cor, sexo, eventuais sinais ou traços peculiares, assim como foto recente e a aposição da impressão digital do seu polegar direito, instruindo o documento com cópia autenticada da decisão e certidão de trânsito em julgado. § 10. A Autoridade Central Federal Brasileira poderá, a qualquer momento, solicitar informações sobre a situação das crianças e adolescentes adotados. § 11. A cobrança de valores por parte dos organismos credenciados, que sejam considerados abusivos pela Autoridade Central Federal Brasileira e que não estejam devidamente comprovados, é causa de seu descredenciamento. § 12. Uma mesma pessoa ou seu cônjuge não podem ser representados por mais de uma entidade credenciada para atuar na cooperação em adoção internacional. § 13. A habilitação de postulante estrangeiro ou domiciliado fora do Brasil terá validade máxima de 1 (um) ano, podendo ser renovada.

§ 14. É vedado o contato direto de representantes de organismos de adoção, nacionais ou estrangeiros, com dirigentes de programas de acolhimento institucional ou familiar, assim como com crianças e adolescentes em condições de serem adotados, sem a devida autorização judicial.

§ 15. A Autoridade Central Federal Brasileira poderá limitar ou suspender a concessão de novos credenciamentos sempre que julgar necessário, mediante ato administrativo fundamentado.

²²² **Art. 52-A.** É vedado, sob pena de responsabilidade e descredenciamento, o repasse de recursos provenientes de organismos estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de adoção internacional a organismos nacionais ou a pessoas físicas. Parágrafo único. Eventuais repasses somente poderão ser

Desta forma, sendo permitido apenas repasses via fundo dos direitos da criança e do adolescente. Porém, tal repasse está sujeito a deliberação do respectivo conselho de direitos da criança e do adolescente.

O artigo 17, alínea “c” da Convenção de Haia²²³ prevê que “toda decisão de confiar uma criança aos futuros pais adotivos somente poderá ser tomada no Estado de origem se: as autoridades centrais de ambos os Estado estiverem de acordo em que se prossiga com a adoção”, e no Brasil é sempre requerida a declaração da autoridade judiciária em casos como este.

Caso o país de destino do adotado seja o Brasil, a autoridade central estadual, logo após ouvir o Ministério Público, pode não assentir com os efeitos da decisão da autoridade competente do país de origem ou de residência do adotado, devendo para tanto, obedecer às regras dispostas no artigo 52- C²²⁴ da Convenção.

Nos casos em que o Brasil é o país de acolhida e o judiciário estrangeiro não tenha deferido o pedido de adoção, devido a sua legislação delegar tal decisão ao país de acolhida, ou até mesmo quando houve a decisão, mas o país não aderiu a Convenção de

efetuados via Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente e estarão sujeitos às deliberações do respectivo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente.

²²³ **Art. 52-B.** A adoção por brasileiro residente no exterior em país ratificante da Convenção de Haia, cujo processo de adoção tenha sido processado em conformidade com a legislação vigente no país de residência e atendido o disposto na Alínea “c” do Artigo 17 da referida Convenção, será automaticamente recepcionada com o reingresso no Brasil. § 1o Caso não tenha sido atendido o disposto na Alínea “c” do Artigo 17 da Convenção de Haia, deverá a sentença ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. § 2o O pretendente brasileiro residente no exterior em país não ratificante da Convenção de Haia, uma vez reingressado no Brasil, deverá requerer a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

²²⁴ **Art. 52-C.** Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a decisão da autoridade competente do país de origem da criança ou do adolescente será conhecida pela Autoridade Central Estadual que tiver processado o pedido de habilitação dos pais adotivos, que comunicará o fato à Autoridade Central Federal e determinará as providências necessárias à expedição do Certificado de Naturalização Provisório. § 1o A Autoridade Central Estadual, ouvido o Ministério Público, somente deixará de reconhecer os efeitos daquela decisão se restar demonstrado que a adoção é manifestamente contrária à ordem pública ou não atende ao interesse superior da criança ou do adolescente. § 2o Na hipótese de não reconhecimento da adoção, prevista no § 1o deste artigo, o Ministério Público deverá imediatamente requerer o que for de direito para resguardar os interesses da criança ou do adolescente, comunicando-se as providências à Autoridade Central Estadual, que fará a comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira e à Autoridade Central do país de origem.

Haia, o país de acolhida deverá acatar suas próprias normas de adoção nacional, conforme disposto no artigo 52- D²²⁵.

Com isso, tem-se que mesmo que a Adoção Internacional não possua norma própria, pois é regularizada por diversas outras normas, devendo todas serem seguidas, tendo em vista essa prática é de acentuada importância e irá modificar a vida da criança ou adolescente adotado de forma definitiva. Devido a isso, o judiciário e as autoridades devem sempre manter grande atenção a casos de adoção internacional, para que o bem-estar do adotado seja sempre o mais importante e mantenha sendo respeitado até o final da lide.

Além de conceituar e fundamentar acerca da adoção internacional e seus trâmites, cabe embasar este ato também na prática, através de casos concretos, os quais são escassos devido ao longo e dificultoso decurso do processo.

6 ELUCIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO “BUROCRÁTICO” EM TORNO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL AMPARADA EM ESTUDO DE CASO CONCRETO

Tendo em vista o já exposto, é possível retornar a pergunta que deu origem a este trabalho: “É realmente necessário todo o procedimento “burocrático” para a formalização da Adoção Internacional?”. Com este questionamento em mente, passa-se aos esclarecimentos.

Conforme já informado, a adoção internacional é um instituto muito importante para o judiciário brasileiro, pois ressalta-se que de fato, este pode ser tido como uma esperança para a diminuição do número de órfãos no Brasil.

Os orfanatos estão cheios de crianças e adolescentes apenas esperando uma oportunidade de fazer parte de uma família que os acolha, ame e protejam. A adoção é um processo longo e cansativo, sendo que, um processo de adoção no território brasileiro pode levar anos para concluir-se.

Em reportagem publicada na revista online Agência Brasil, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi atingido um marco importante no Brasil no ano de 2020, sendo que foram realizadas 10.000 (dez mil) adoções em um período de 05 (cinco) anos (RICHTER, 2020).

²²⁵ Art. 52-D. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque a sua legislação a delega ao país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional.

Porém, ainda segundo a reportagem, existem 5.026 (cinco mil e vinte e seis) crianças e adolescentes aptas e aguardando adoção, além de existirem 34.443 (trinta e quatro mil quatrocentos e quarenta e três) pretendentes devidamente cadastrados. Além disso, o tempo médio para formalização da adoção é de 4,3 anos.

Importante ressaltar acerca dos dados expostos, que mesmo com um número tão grande de pretendentes em comparação com o de crianças e adolescentes aptos para a adoção, muitos fatores e exigências são levados em consideração no processo de adoção, como idade, etnia, cor da pele, se a criança ou adolescente tem irmãos, além de deficiência física e/ou mental, o que pode diminuir de forma drástica a probabilidade de muitas destas crianças e adolescentes serem adotados.

Neste momento é que a Adoção Internacional pode aparecer como a resolução deste problema, pois tendo em vista o disposto no artigo 50, §10º, do ECA²²⁶, a adoção por estrangeiros se apresenta como exceção ao instituto, pois a criança ou adolescente somente é encaminhado à adoção internacional quando é verificado e confirmado a não existência de pretendentes residentes no território brasileiro, que tenham interesse manifesto na adoção daquele menor.

Em casos de adotantes estrangeiros, é comum que aceitem com mais facilidade os adotados que tenham os fatores mencionados, como cor, grupo de irmãos, deficiência e outros.

De acordo com dados estatísticos apresentados por uma pesquisa do G1²²⁷, o número de adoções internacionais vem caindo muito desde o ano de 2010 até o ano de 2018, no qual se concretizaram apenas 67 (sessenta e sete) adoções internacionais.

No mesmo ano, a taxa de adoção dentro do próprio território brasileiro aumentou, mas esse não é o único motivo que gerou a queda, pois a crise mundial de 2008 também tem papel importante nestes números, tendo em vista que ainda afeta alguns dos países credenciados para adoção no Brasil (REIS, 2019).

²²⁶ Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência § 10. Consultados os cadastros e verificada a ausência de pretendentes habilitados residentes no País com perfil compatível e interesse manifesto pela adoção de criança ou adolescente inscrito nos cadastros existentes, será realizado o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção internacional. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017).

²²⁷ <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/03/30/numero-de-adocoes-internacionais-e-o-menor-dos-ultimos-20-anos-no-brasil.ghtml>

Estados Unidos, França, Espanha e Itália são alguns dos principais países credenciados para adoção no Brasil e alguns deles ainda refletem a última crise mundial, possuindo taxa de desemprego superior à registrada no ano de 2008. E essa taxa interfere diretamente no processo de adoção internacional, uma vez que o processo é considerado muito caro.

Os adotantes brasileiros agem por diversas vezes com aversão a adotar crianças negras, acima de nove anos de idade, que possua irmãos ou que possuam alguma doença, e a maioria das crianças que se encontram em estado de abandono possuem essas características. Ainda de acordo com a pesquisa, 44% dos pretendentes cadastrados para adotar, não aceitam crianças negras, 61% só aceitam crianças e adolescentes sem doenças, e 62% não aceitam levar para casa os irmãos, e em contrapartida, 1/5 das crianças em situação de abandono são negras, mais de 20% possuem alguma doença detectada, e mais da metade possuem irmãos.

A Itália é o país que mais realiza adoção internacional e, principalmente, a chamada adoção tardia, como por exemplo, o caso do casal italiano Irene Zagni e Emanuele Bonizzato, que há muito tempo tinham o desejo de adotar, recorrendo a adoção internacional no Brasil.

Em reportagem feita pelo programa Fantástico, publicada na plataforma "Youtube"²²⁸, em 17 de outubro de 2017, o casal Irene Zagni e Emanuele Bonizzato falaram sobre a experiência de adoção no Brasil.

O casal adotou três crianças brasileiras, que não possuíam nenhum parentesco entre si antes da adoção, mas que por motivos diversos foram rejeitadas na adoção nacional, sendo pela cor da pele, idade ou necessidades especiais. Sendo eles, Matheus, Renan e Jadson.

Matheus é de origem carioca, e no Rio de Janeiro, chegou a viver nas ruas antes de ir para o orfanato. Renan nasceu com condições especiais, tendo nascido com paralisia cerebral e também soropositivo e foi abandonado aos 40 (quarenta) dias de vida. E Jadson, o terceiro a ser adotado pela família, afirmou durante a entrevista, gostar da vida que tem agora na Itália.

Em entrevista, Irene disse que o mais importante é não esperar encontrar um filho que você não teve, mas sim, se apaixonar por histórias, tentar conhecer e entender o desconforto de onde eles vêm, e que deve ser um amor incondicional.

²²⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=jddQt1pBN1U>

Emanuele por sua vez, passou por momentos difíceis em sua vida, tendo realizado dois transplantes de rim, e afirmou que com a adoção das crianças, ele melhorou não só fisicamente, mas também psicologicamente. Disse ainda que, ser pai, é uma coisa maravilhosa.

Conforme já informado, a adoção internacional é um processo muito burocrático e caro. O judiciário brasileiro prioriza a adoção nacional, mas caso não sejam encontrados adotantes para o perfil das crianças disponíveis, se recorre a adoção internacional.

Já quanto aos propensos adotantes, primeiro os estrangeiros devem comunicar ao seu país de origem o desejo de adotar no Brasil, o país irá investigar se os candidatos a adotantes têm as condições necessárias e se encaixam em todas as exigências disponíveis em lei.

Assim sendo, comprovado que os adotantes se encaixam nas exigências, o país irá fazer contato com o governo brasileiro, que se dispõe a tentar encontrar crianças e/ou adolescentes compatíveis com o perfil daquele casal.

Caso seja encontrada alguma criança ou adolescente que se encaixe no perfil dos candidatos à adoção, o governo brasileiro irá informar ao governo do país de acolhida, que, por sua vez, deve informar aos candidatos a adoção.

Após receber a informação, o casal deve vir ao Brasil para conhecer o menor e para passar pelo período de adaptação, no qual irá conviver diariamente com o futuro adotado. Tal período é de no mínimo 30 dias e no máximo 45 dias, podendo ser prorrogado por igual período, uma única vez, conforme disposto no artigo 46, §3º, do ECA²²⁹, sendo que após este período, a equipe interprofissional a serviço da justiça da infância e da juventude irá apresentar laudo recomendando ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária, conforme determina o artigo 46 §3º- A, do ECA²³⁰.

²²⁹ Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. § 3º
• Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

²³⁰ Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. § 3º o -A. Ao final do prazo previsto no § 3º o deste artigo, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe mencionada no

Após ser apresentado o relatório, o processo irá seguir seu rito natural, sendo que depois de ouvidas as partes, o juízo brasileiro irá decidir pelo deferimento ou indeferimento do pedido de adoção.

Em caso positivo, os pais conseguem a guarda do menor e com isso podem levá-lo para o país de acolhida, local onde o adotado irá dar início a uma nova vida, em um país novo, um novo idioma e uma nova cultura. Além de que, será amado e protegido por sua nova família.

Assim sendo, é possível perceber que o instituto da adoção internacional é algo fundamental, uma vez que pode diminuir drasticamente o número de crianças e adolescentes nos orfanatos, aliado ao fato de que boa parte dos estrangeiros não são tão exigentes quanto os brasileiros que desejam adotar e com isso, muitos dos menores que não se encaixam em nenhum perfil e continuam a envelhecer nos orfanatos têm uma chance maior de conseguirem uma família.

Com isso, é importante que seja dada celeridade ao processo de adoção para que estes menores possam encontrar essas famílias o mais rápido possível, e talvez, terem a mesma sorte que Matheus, Renan e Jadson tiveram, recomeçando a vida ainda jovens, estudando e sendo amados, devendo sempre o interesse do menor ser o mais importante a ser levado em consideração.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos e dados apresentados, observa-se que a adoção é um instituto extremamente importante, tendo em vista o grande número de crianças e adolescentes em orfanatos aguardando adoção.

Graças a este instituto, diversas crianças e adolescentes podem ser adotadas por famílias que os amem, protejam, respeitem e cuidem. Entretanto, mesmo com o alto número de adoções formalizadas no Brasil, tem-se em contrapartida o número de menores crescendo e envelhecendo nos orfanatos que também aumenta.

Estes menores aptos à adoção, se sentem esquecidos e menosprezados, pois, enquanto aguardam sua adoção, presenciam os mais novos serem adotados e inseridos em famílias, algo que para muitos deles, pode nunca acontecer.

Neste sentido, tem-se na adoção internacional, um instituto que aumenta as chances dos mais velhos, negros, deficientes e os que possuem grupos de irmãos, serem adotados e inseridos em um âmbito familiar considerado comum.

Além de ajudar estes menores, a adoção tanto nacional, quanto internacional, ajuda também os adotantes, que sonham em ter filhos e por diversos motivos não conseguem ter de forma biológica, recorrendo assim à adoção como meio de realizar seu sonho.

A adoção nacional é prioridade para o judiciário e assim deve ser mantido, pois é importante tentar de todas as maneiras possíveis, manter o menor em seu país de origem, zelando pelo seu bem-estar.

Porém, em casos em que esses menores não se enquadram nos perfis dos adotantes no território brasileiro, é importante manter suas chances de conseguir uma família, recorrendo à adoção internacional como exceção, já que, à medida que vão envelhecendo, mais difícil se torna a adoção para essas crianças e adolescentes, sendo então, a adoção por estrangeiros, possivelmente sua única chance de realizar o sonho de ter uma família.

Visando o bem-estar do menor, o Estado deve priorizar pela vontade dele, seguindo sempre o que for melhor nestas situações. Com isso, é de grande importância que o Estado consiga maneiras de enfrentar a enorme "burocracia", aperfeiçoando e dando celeridade aos processos de adoção, para que desta forma, as crianças e adolescentes não envelheçam em orfanatos, mas sim, em um ambiente familiar saudável, com amor e respeito, dando preferência ao Brasil, uma vez que a legislação pátria prevê preservar ao máximo o adotado em seu país de origem, porém, cabe ter ciência de que a adoção internacional pode ser a solução para boa parte destas situações, as quais deixam as crianças e adolescentes vulneráveis.

Sugere-se, para convalidar as considerações feitas neste estudo, a realização de pesquisas futuras tendo como metodologia a triangulação "quanti-quali" de modo a dar maior aporte às ciências sociais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Raissa Barbosa. Breve análise do processo de adoção no sistema jurídico brasileiro: enfoque nas inovações legislativas advindas da Lei nº 13.509/2017. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5305, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63335>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho Katia; MACIEL Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. 1264 p. ISBN 8547203761.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. [S. /], 13 jul. 1990.

CARNEIRO , Cynthia Saares; LAIGNI , Pâmela D' Ávila. Adoção Internacional: A Eficácia da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional no Acompanhamento da Criança Brasileira Adotada por Casal Estrangeiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Minas Gerais, ano 2011, v. 14, n. 23, 7 out. 2011. Artigo, p. 1-30.

CONVENÇÃO DE HAIA. **Decreto-Lei nº 3.087, de 21 de junho de 1999**. Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. [S. /], 31 mar. 2021.

CRIANÇAS brasileiras adotadas por famílias estrangeiras. Produção: Mário Camera; Stephanie Wegenast. Roteiro: Marcela Amódio. Fotografia de Paulo Pimentel; Sérgio Telles; José Arimátea; Piero Caputo;. Gravação de Maurízio Della Costanza; Mário Camera; José Henrique;. São Paulo: Youtube, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jddQt1pBN1U>. Acesso em: 8 jun. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 744 p. v. 6. ISBN 6555590203.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 18. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015. 799 p.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: Direito de Família e Sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 456 p. v. 6.

MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 51. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 32. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 856 p. v. 5. ISBN 8547223177

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. 936 p. ISBN 8571471347.

PERRONE, Lucas Spagnol; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **A Adoção Internacional de Crianças Brasileiras por Casais Estrangeiros**. [S. /], 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/a-adocao-internacional-de-criancas-brasileiras-por-estrangeiros/>. Acesso em: 3 abr. 2020.

REIS , Thiago. *In*. **Número de adoções internacionais é o menor dos últimos 20 anos no Brasil**. [S. /], 30 mar. 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/03/30/numero-de-adocoes-internacionais-e-o-menor-dos-ultimos-20-anos-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 3 jun. 2020.

RICHTER, André. **Brasil alcança marca de 10 mil adoções de crianças em 5 anos:** Levantamento mostra que 5.026 crianças estão aptas para adoção. Brasília, 25 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-05/brasil-alcanca-marca-de-10-mil-adocoes-de-criancas-em-5-anos>. Acesso em: 30 mar. 2021.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil interpretado.** [S. /]: Freitas Bastos, 1976. v. 4.

SOUZA, Tamires Veiga de. **Adoção internacional.** São Paulo, 2015. Disponível em: <https://mirisveiga1.jusbrasil.com.br/artigos/151592658/adocao-internacional>. Acesso em: 30 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito de Família. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 752 p. v. 5. ISBN 9788530973179.

O PODER DA POLÍCIA NA SEGURANÇA PÚBLICA

MATHEUS ALVES FERREIRA SOUZA:

Bacharelado em Direito pela Universidade
De Gurupi (Unirg)

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE

(orientador)

RESUMO: Objetivando equilibrar a ordem pública e o bem-estar social, o Estado utiliza meios legais para que o interesse coletivo seja preservado. Dentre as ferramentas permitidas pela lei brasileira, encontra-se o poder da polícia, que permite o Estado, atuando com prerrogativas próprias e auto-executáveis, buscar a efetividade de punir aqueles que desequilibram a paz social. Diante disso, o respectivo estudo tem como objetivo discutir o papel do poder da polícia como meio de garantir o bem comum. Discutem-se ainda as situações de uso indevido por parte dos agentes de poder e suas consequências. Na metodologia, trata-se de uma revisão da literatura, onde os meios de busca foram sites de busca, livros, artigos científicos e a norma brasileira e internacional. Nos resultados, ficou claro constatar que o trabalho exercido pela polícia vem extrapolando a sua função. Há configurado o abuso de poder e isso atinge a toda uma sociedade, que é vítima direta desse abuso.

Palavras-chave: Polícia. Intervenção. Estado. Poder. Legislação.

ABSTRACT: In order to balance public order and social well-being, the State uses legal means so that the collective interest is preserved. Among the tools allowed by Brazilian law, there is the power of the police, which allows the State, acting with its own and self-executing prerogatives, to seek the effectiveness of punishing those who unbalance social peace. In view of this, the respective study aims to discuss the role of police power as a means of guaranteeing the common good. Situations of misuse by the agents of power and their consequences are also discussed. In the methodology, it is a literature review, where the means of search were search sites, books, scientific articles and the Brazilian and international standard. In the results, it was clear to see that the work carried out by the police has been extrapolating their function. There has been an abuse of power and this affects an entire society, which is a direct victim of this abuse.

Keywords: Police. Intervention. State. Power. Legislation.

INTRODUÇÃO

A Segurança Pública brasileira é um tema discutido diariamente. Na mídia, é possível ver inúmeras notícias, vídeos e reportagens que mostram o trabalho dos agentes de segurança, a complexidade das situações, os resultados e principalmente seus métodos. Devido ao aumento da violência a cada ano, o trabalho desenvolvido por essa área sofre constantes críticas e debates sobre o papel efetivo do Estado em garantir o equilíbrio social.

Isso se dá pelo fato de que na existência de uma situação que venha a desequilibrar a “paz” social, o Poder Público tem a obrigatoriedade e competência de sanar esse problema. *In casu*, denomina-se essa prerrogativa de intervenção do Estado.

Buscando trazer o garantismo da segurança de todos os cidadãos e da comunidade em geral, o Estado utiliza como medida o poder da polícia, para que o garantia da paz social e segurança sejam efetivados.

Frente a esse cenário, o presente estudo tem como objetivo discorrer sobre o papel do poder da polícia no Brasil, mostrando o seu trabalho, a sua limitação e sua abordagem. Desse modo, a questão a ser respondida nessa pesquisa é: qual a importância do poder da polícia para a segurança pública?

Para responder tal indagação, apresenta-se a análise do conceito dos institutos da Segurança Pública e do poder da polícia; a previsão legal desses institutos; a abordagem sobre o papel dos agentes detentores do poder da polícia no exercício de suas funções e a discussão sobre os excessos e limites do poder da polícia frente a sociedade.

Na metodologia empregada, a partir da revisão bibliográfica realizada, foram encontrados 15 (quinze) artigos, a grande maioria de revistas jurídicas das áreas de direito de constitucional, penal, administrativo, civil e de leis espaciais.

Além disso, foi feita uma pesquisa em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros. Os descritores foram: intervenção do Estado, Poder de Polícia e legislação brasileira. O período de busca realizou-se nos dias 05 de março a 15 de abril de 2021.

1 A SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: REALIDADE SOCIAL

Tema complexo e que vem sendo debatido por toda a sociedade, principalmente pelo fato de que a onda de criminalidade e violência tem sido vista diariamente pela sociedade brasileira, abordar sobre a Segurança Pública é adentrar num campo complexo, profundo e que abarca a toda a sistemática política, jurídica, social e policial do país.

Para discorrer sobre esse tema, cabe inicialmente conceituá-lo. Dessa forma, a Segurança Pública é definida como um processo integrado que contém elementos de ordem preventiva, repressiva, judicial, de saúde e social (RABELO, 2018).

Entende-se que esse instituto é uma atividade exercida pelo Estado cuja finalidade é “empreender ações e oferecer estímulos positivos para que os cidadãos possam conviver, trabalhar, produzir e usufruir o lazer nas áreas urbanas que habitem” (SALLA, 2016, p. 20).

Numa conceituação simples, a Segurança Pública busca eliminar qualquer ato ou ação que venha perturbar a harmonia social. É o meio de garantir que a sociedade seja tranquila e pacífica. Para Faria (2018, p. 05) a segurança pública tenciona manter a ordem pública, “a tranquilidade, o respeito às leis e aos costumes que mantêm a adequada convivência em uma sociedade, com a total preservação dos direitos de seus cidadãos”.

Possui relação direta com a ordem pública, uma vez que o foco da segurança pública é preservar a “ordem pública e a integridade das pessoas e do patrimônio, bem como resguardar ao cidadão o livre e desobstruído uso de seus benefícios, fazendo com que este se sinta protegido” (SALLA, 2016, p. 21).

Santos (2015) nos explica que é o Estado o detentor do poder de garantir a segurança individual, coletiva e patrimonial da sociedade. Do mesmo modo, acentua esse autor, é também cabível a todos os cidadãos brasileiros a sua responsabilidade na preservação da ordem das instituições democráticas e da sociedade.

Na legislação brasileira, a Segurança Pública traz como figura central a atividade policial que é exercida por meio das instituições previstas no artigo 144 da Constituição Federal, as quais “atuam no sentido de impedir, paralisar ou conter que se consuma atos reprovado pela sociedade, assegurando a proteção coletiva e, por extensão, dos bens e serviços” (SANTOS, 2015, p. 2).

Cabe informar que as instituições responsáveis pela segurança pública, em sentido estrito, são as polícias – inclui a Polícia Federal, a Polícia Civil e a Polícia Militar dos Estados da Federação, além do Corpo de Bombeiros Militar, conforme prescreve o conteúdo completo do art. 144 da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Entendida como agentes que possuem autorização legal para regular as relações interpessoais, a polícia é o que faz efetivar o objetivo da Segurança Pública. Assim, ela está diretamente ligada ao poder da polícia, tema central desse estudo, tendo em vista que para a manutenção da ordem e da proteção social o Estado permite as instituições e acomete seus agentes de poderes para exercerem esta atividade, inclusive os autorizando a utilizar da força caso seja necessário. (BAYLEY, 2016).

Em que pese a sua importância e sua funcionalidade, a realidade social encontrada na prática de efetivação da Segurança Pública no Brasil não tem sido eficaz. Inúmeras pesquisas têm mostrados dados que apontam uma realidade cruel e crítica: a segurança pública do país apresenta mais problema do que solução.

A título de exemplo, a Organização Mundial da Saúde (OMS) colocou o Brasil na 9ª posição como o mais violento no ranking mundial divulgado em 2018, pelo relatório anual da ONG. Em outro exemplo, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública divulgou que em 2017, 63,8 mil pessoas foram assassinadas. Isso representaria 7 pessoas mortas a cada 1 hora no Brasil (GOMES, 2019).

Aumento da criminalidade, encarceramento em massa, desenvolvimento e fortalecimento de facções criminosas, falta de estrutura, desvio de verbas públicas destinadas à área, ausência de aparato adequado aos agentes, dentre outros, são apenas alguns dos problemas encontrados na Segurança Pública no Brasil.

Apenas com esses resultados, nota-se o quanto a segurança pública se encontra em um cenário caótico e problemático. Importante destacar que tais problemas não são oriundos exclusivamente de uma única causa ou provocado por apenas uma instituição. Os problemas encontrados estão localizados em todas as esferas dessa área.

O Estado, a polícia, a sociedade, os políticos, a legislação, todos de algum modo estão ligados aos problemas encontrados na Segurança Pública. Direta ou indiretamente todos estes acabam por provocar o caos encontrado atualmente na comunidade. Portanto, é imperioso afirmar que assuntos relacionados a esse tema não se restringe apenas a um contexto.

Diante dessa conjuntura, os efeitos são imediatos. Gomes (2019) alerta que os problemas advindos da Segurança Pública fazem com que a população de um modo geral crie a sensação de insegurança constante e que isso acaba por ajudar no crescimento de um cenário cada vez mais caótico. Por essa razão, a população tem sido menos tolerante à criminalidade, clamando por uma maior repressão e intervenção por parte do governo a estes episódios.

Com isso, o Estado tem utilizado como medida o poder da polícia como forma de diminuir os índices de criminalidade encontrados na sociedade. A respeito dessa prerrogativa, apresenta-se o tópico seguinte.

2 CONCEITUANDO O PODER DA POLÍCIA

Conforme exposto no tópico anterior, a questão da Segurança Pública no Brasil se encontra em uma situação de crise, imposta por inúmeras razões, aos quais foram mencionadas anteriormente. Na busca por uma medida que visasse manter a ordem social e que combatesse os atos de violência e de crimes, o Estado tem disposto de uma ferramenta institucional: o poder da polícia.

Antes, contudo, é necessário diferenciar o Poder de Polícia e o Poder da Polícia. No primeiro, se refere a uma faculdade dada pelo Estado para a limitação do uso dos direitos e das propriedades individuais, condicionando-os a sua utilização conforme o interesse próprio.

Em tradução atual, o poder de polícia “é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, 2017, p. 22). O interesse público ao qual se refere esse conceito é referente à vida, saúde, segurança, moral, meio ambiente, propriedade, etc.

Já o poder da polícia é “a própria atividade exercida pelos agentes públicos investidos de poder de polícia e nesta função atuantes, realizando ações de policiamento preventivo, ostensivo ou repressivo” (CAMARGO, 2018, p. 16).

O art. 144 do texto constitucional traz em seu bojo quem são os agentes que pertencem a Segurança Pública que exercem o poder da polícia; a saber:

Cabe destacar que os agentes da polícia, independentemente de sua natureza jurídica, devem estar ligados aos preceitos e limites impostos pela legislação brasileira. Devem, sobretudo, respeitar os limites de suas funções, sem que configure prejuízo de qualquer ordem aos civis.

A título de exemplo, numa abordagem policial (que é um ato administrativo imperativo, auto executório e presumidamente legítimo), não pode o agente de segurança pública extrapolar os limites de sua função.

Agressões desnecessárias, desrespeito à dignidade da pessoa humana, violência física e verbal exagerada, dentre outras atitudes, não podem em hipótese alguma pertencer ao exercício fático dos policiais nas abordagens. Desse modo, fica claro que o poder da polícia não é ilimitado, ao contrário, possuem o dever de cumprimento de normas rígidas e limitativas.

Apresentando esses aspectos gerais do Poder da Polícia, verifica-se a relevância sobre sua atuação e seus métodos, podendo se analisar a busca incessante por parte do Estado, por uma sociedade em ordem, primando pelo interesse público em prol do interesse privado. Sobre esse aspecto, apresenta-se o tópico seguinte.

3 O PODER DA POLÍCIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA: REFLEXOS

Uma vez estabelecido os problemas da Segurança Pública e o conceito de Poder da Polícia, bem como sua diferenciação com o Poder de Polícia, a questão a ser abordada por essa temática é referente ao poder da polícia no que diz respeito à sua limitação da prática do seu exercício. Em outras palavras, o que se realiza nas ruas.

O que se tem verificado nas pesquisas coletadas é que o poder da polícia praticado no Brasil atualmente está ligado diretamente ao abuso do poder que os agentes de segurança pública (no caso os policiais) têm feito perante a sociedade.

São muitos os casos onde é possível encontrar agentes revestidos pelo poder de polícia cometerem atos além das suas limitações. São profissionais que se valem dos seus poderes jurídicos garantidos para efetivar objetivos que não estão na lei.

O abuso de poder ocorre quando o policial extrapola os seus limites profissionais, ou seja, emprega meios arbitrários ou violentos de modo excedido no exercício de sua função. Na busca por garantir a passividade comunitária, o agente não respeita os limites legais e age agressivamente aqueles que deveriam proteger.

O abuso de poder é detectado em dois aspectos: por intervenção policial e nas abordagens. Na intervenção policial, o que se tem verificado é um excesso na atuação da polícia em meio a uma situação de risco, em que poderia utilizar de outros meios para resolução de um conflito.

De acordo com o Atlas de Violência de 2018, realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a polícia brasileira é a mais violenta do mundo. Os dados divulgados mostram que a cada 100 mil habitantes, 30% são executados pela polícia (GOMES, 2020).

Nos últimos dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública no ano de 2020, mostra os altos índices de mortes violentas intencionais (MVI), ou seja, a soma de mortes decorrentes de intervenções policiais em serviço e fora. Nesse sentido, expõe-se:

TABELA 1 – MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÕES POLICIAIS

Brasil e Unidades da Federação	Morte Decorrente de Intervenção Policial (em serviço e fora de serviço)		Mortes Violentas Intencionais – MVI		
	Ns. Absolutos		Ns. Absolutos		Variação (%)
	1º semestre		1º semestre		
	2019	2020	2019	2020	
Brasil	3.002	3.181	24.012	25.712	7,1

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020)

No ano de 2020, o Brasil e o mundo foram impactados pelo Covid-19, vírus altamente letal surgido em meados do fim de 2019 na China que perpetuou ao redor do globo, causando assim uma pandemia. Isolamento social, uso de máscaras, distanciamento público, dentre outras medidas, foram implantadas na sociedade a fim de que diminuísse os casos de contágio e morte.

Em 2020, dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo mostrou que a letalidade policial cresceu 53,7% nos meses de janeiro a abril de 2020, em comparação com o ano anterior. Os dados deixam claro que a letalidade policial não é, como muitos argumentam, resultado inevitável da alta na criminalidade.²³¹

Nesse ínterim, casos de alta periculosidade que obrigam os policiais a fazer uso da força letal de forma legítima misturam-se a graves erros de procedimento e execuções sumárias, sem que sejamos capazes de diferenciar de forma clara cada um destes episódios (MACHADO, 2019).

Gomes (2020) alerta que a ação policial nos dias atuais é altamente agressiva e truculenta. Não possui o respeito mínimo sobre o cidadão. Mata-o de modo errôneo e de imediato. As causas para esses atos são variadas, indo desde a militarização da polícia, formação, falta de apoio do Estado até chegar na desumanização. O fato é que a intervenção policial é uma realidade que bate à porta de cada indivíduo.

Apenas com esses resultados fica claro que houve um aumento de mortes decorrentes de abuso de poder por parte dos policiais. Mesmo que a lei brasileira estabeleça limites para o uso da força policial, o que se observa é que o respeito e o cumprimento dessas normas tem sido um desafio em várias polícias do Brasil, "seja porque falham as instâncias de controle e supervisão internas, seja porque o controle externo da atividade policial é historicamente débil" (BUENO; PACHECO; NASCIMENTO, 2020, p. 88).

Nesse ínterim, casos de alta periculosidade que obrigam os policiais a fazer uso da força letal de forma legítima misturam-se a graves erros de procedimento e execuções sumárias, sem que sejamos capazes de diferenciar de forma clara cada um destes episódios (MACHADO, 2019).

Gomes (2020) alerta que a ação policial nos dias atuais é altamente agressiva e truculenta. Não possui o respeito mínimo sobre o cidadão. Mata-o de modo errôneo e de imediato. As causas para esses atos são variadas, indo desde a militarização da polícia, formação, falta de apoio do Estado até chegar na desumanização. O fato é que a intervenção policial é uma realidade que bate à porta de cada indivíduo.

Além da letalidade policial em intervenções, as abordagens também representam o abuso de poder feito por esses agentes. Nesse caso, a população vem se queixando sobre a ação truculenta de policiais militares aliada a prisão indevida. Além de a abordagem policial no Brasil em sua maioria ser de forte apelo violento e intimidador, após esse ato, há ainda a prisão indevida de cidadãos. Ou seja, não basta maltratar, tem que prender indevidamente (LOPES, 2020).

Cabe salientar que no sistema processual penal, a prisão para ser efetivada depende de uma série de procedimentos. A título explicativo, após a prisão feita por uma abordagem policial, o cidadão deve ser levado ao delegado da área (que decide manter ou não a prisão), depois é, ainda, submetida a audiência de custódia perante o Judiciário. Esses dois últimos pontos têm por objetivo evitar erros e não manter presa a pessoa ilegalmente (COGAN; SILVA, 2019).

No entanto, até o cumprimento desses procedimentos, o cidadão fica encarcerado em prisões preventivas. Muitas delas, porém, são feitas de forma indevida, o que atinge diretamente os princípios da liberdade e principalmente da Dignidade da Pessoa Humana.

Na visão de Maia Neto (2009, p. 02) “o abuso de poder e de autoridade de policiais são delitos graves que lesionam a humanidade, em geral vítimas diretas e indiretas, razão pela qual poderiam ser crimes imprescritíveis, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”.

Importante destacar um fator determinante para essas ações: os perfis de vítimas de intervenções policiais e de abordagem geralmente apresentam características bem similares: é negra, jovem, periférica e pobre. Para Emílio (2020, p. 01) “há um racismo aliado a um descaso com a pobreza institucionalizados na corporação policial que abre brechas para que a violência seja desmedida para com qualquer caso dentro das periferias”.

Ou seja, é possível afirmar que as intervenções sumárias e as abordagens policiais são claramente segmentada e territorializada. Isso mostra uma realidade preocupante, principalmente pelo fato de que a sociedade como um todo não é plenamente protegida de modo igual pelos agentes responsáveis por esse trabalho.

Frente a esse cenário, algumas ações podem ser feitas para mudar essa realidade. Atento a esse problema, Gomes (2020) aponta algumas medidas que podem ser utilizadas; a saber:

QUADRO 1 – MEDIDAS DE APRIMORAMENTO DE INTERVENÇÃO POLICIAL

MEDIDA	DESCRIÇÃO
Mudança de mentalidade dos gestores públicos	São eles que lidam diretamente no planejamento de estratégias e entendem a dimensão da violência no Brasil. O preconceito existente contra pessoas que cometem atos infracionais é uma carga presente entre esses gestores. Isso dificulta o olhar de amparo e desenvolvimento de políticas públicas que irão agir preventivamente. Além disso, entender que a segurança pública é um tema interseccionado com diversos outros setores da sociedade. Entender o real sentido dessa problemática e suas dimensões é essencial na elaboração de ações e estratégias por esses gestores.
Entender que os fenômenos criminológicos são reflexos do quadro político	Ao pensar em ações preventivas, essas precisam ser direcionadas de forma ampla: investimento em escolas, hospitais, esportes e outras formas de oferecer o desenvolvimento de habilidades é a melhor maneira de pensar a segurança pública em longo prazo. Países desenvolvidos nos mostram que a qualidade de vida está diretamente associada à menores índices de violência e criminalidade nas regiões.
Reinserção social dos encarcerados	A reinserção social de ex-detentos é uma efetiva política com fins de redução da desigualdade social. Contudo, é preciso oferecer maneiras de qualificação para essas pessoas a fim de evitar a reincidência ao crime. Hoje, a política mais utilizada para reinserção é o oferecimento de cursos profissionalizantes. Além do

	papel do governo na oferta de cursos, também se faz imprescindível discussões públicas sobre o preconceito à população presidiária.
Formação em Psicologia Criminal	O curso de especialização em Psicologia Criminal irá permitir aos alunos uma formação integrada e articulada entre os saberes da ciência que permeiam o tema da segurança pública, como sociologia, psicologia, medicina, direito e outros. Por conta disso, a formação em Psicologia Criminal contribui na capacitação de profissionais e gestores na tomada de decisão, melhora da performance e na elaboração de intervenções mais eficientes.

Fonte: Gomes (2020)

Nesse debate, Ackseski; Machado; Maciel (2018, p. 368) apresentam a seguinte visão:

Com todo o exposto no decorrer desse estudo, o que se verifica é que o poder da polícia na busca pelo equilíbrio social não tem sido feito de modo correto, pelo contrário, tem se mostrado cada vez mais distante da sua finalidade.

Isso traduz um importante cenário de mais violência e de morte. Se o intuito do poder da polícia é de garantir a segurança de cada cidadão, o que se percebeu foi um aumento da sua insegurança. É preciso urgentemente que haja um maior investimento público nessa questão, com apoio inclusive da sociedade e dos meios jurídicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre o Poder da Polícia na Segurança Pública faz com que se note a relevância sobre sua atuação e seus métodos, podendo se analisar a busca incessante por parte do Estado, por uma sociedade em ordem, primando pelo interesse público em prol do interesse privado.

No que concerne a esse estudo, discutiu-se sobre o papel do poder da polícia em relação à Segurança Pública. As questões envolvendo a segurança possuem grande destaque na sociedade e por ainda não ter um resultado positivo e eficiente, tem-se buscado melhorias no intuito de sanar os seus problemas, como a violência e o aumento da criminalidade.

Verificou-se que os problemas encontrados na Segurança Pública através do Poder da Polícia atingem não apenas o cidadão, mas toda a coletividade, pois estar se falando de um problema que está em frente de todos.

Isso é claro ao constatar o trabalho exercido pela polícia quando a mesma extrapola a sua função. Há aqui o abuso de poder e isso atinge a toda uma sociedade, que é vítima direta desse abuso.

Encontra-se de maneira pacífica o entendimento da doutrina jurídica de que os atos que manifestem expressões típicas do Poder Público ou de autoridade pública, não podem ser delegados por neste caso ofender e colocar em risco a ordem social assim como a sociedade como um todo.

Nesse sentido, é preciso analisar a proporcionalidade e a razoabilidade sempre vinculados com o poder discricionário inerente ao Poder da Polícia, verificando a oportunidade de aplicação e a conveniência de atuação como parâmetros de sua efetividade.

Em relação à oportunidade e a conveniência, importante ressaltar que tais possibilidades devem ser aplicadas sempre em coerência com a proporcionalidade e a razoabilidade, visto que embora esteja amparada pela característica da discricionariedade, há de ser razoável para assegurar a inocorrência de abusos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; MACIEL, Welliton Caixeta. **Investigando os investigadores: representações sociais sobre a atividade policial no Sistema de Justiça Federal.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 150, ano 26, p. 367-395. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro 2018.

BAILEY, David H. **Padrões de Policiamento: Uma Análise Comparativa Internacional.** *Coleção Polícia e Sociedade.* São Paulo: EDUSP, 2016.

BRASIL. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ano 14, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. **Acesso em: 25 mar. 2021.**

BUENO, Samira Bueno; PACHECO, Dennis Pacheco; NASCIMENTO, Talita. **O crescimento das mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ano 14, 2020. Disponível em:** <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CAMARGO, Marcelo. **Poder de polícia: possibilidade de delegação.** 2018. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/poder-policia-possibilidade-delegacao.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Considerações sobre o abuso de autoridade:** desenvolvimento histórico e atualidades. Revista DIREITO UFMS. Campo Grande, MSv. 5 n. 2 p. 270 – 293. jul./dez. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

EMÍLIO, Samuel. **Não há bala de prata para os problemas de segurança pública.** 2020. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2020/N%C3%A3o-h%C3%A1-bala-de-prata-para-os-problemas-deseguran%C3%A7ap%C3%BAblica>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FARIA, Ícaro Corrêa G. **Segurança Pública Brasileira: responsáveis, números e desafios.** 2018. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/seguranca-publica-brasileira-entenda/>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GARCIA, Wander. **Concursos Jurídicos.** 5ª edição. Indaiatuba: Foco, 2018.

GOMES, Marco Antônio. **Segurança pública brasileira: desafios e propostas de melhorias.** 2019. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/educacao/seguranca-publica/>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

LACERDA, Rodrigo. **Poder de polícia x poder da polícia.** 2017. Disponível em: <<https://www.policiacivil.go.gov.br/artigos/poder-de-policia-x-poder-da-policia-voce-sabe-qual-a-diferenca.html>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

LOPES, Eliseu Soares. **Erros e abuso de autoridade em prisões.** 2020. Disponível em: <https://correio.rac.com.br/conteudo/2020/10/campinas_e_rmc/1014631-erros-e-abuso-de-autoridade-em-prisoas.html>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Desafios (estruturais) da Segurança Pública brasileira**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-05/academia-policia-desafios-estruturais-seguranca-publica-brasileira>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Abuso de poder e de autoridade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 jan. 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONJARDIM, Rosane. **Da administração Pública e do Poder de Polícia**. 2015. Disponível em: <<https://rmonjardim.jusbrasil.com.br/artigos/189932643/da-administracao-publica-e-do-poder-de-policia>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

RABELO, Daniel. Conceitos e definições de segurança pública. 2018. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/conceitosedefinicoes-de-seguranca-publica/61711>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

SALLA, Fernando. **A crise na segurança pública no Brasil**. Artigo publicado in: Tópicos (Berlim) – Revista da Sociedade Brasil – Alemanha. Ano 45, Nº. 3, p. 24-25. São Paulo, 2016.

SANTOS, Emerson Clayton Rosa. **O conceito de segurança pública**. 2015. Disponível em: <http://www.unieuro.edu.br/downloads_2015/informacoes_seguranca_publica_texto.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

SCHRAMM, Julie Katlyn Antunes. O poder de polícia administrativa e comentários à Lei nº 19.449/18. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71137/o-poder-de-policia-administrativa-e-comentarios-a-lei-n-19-449-18>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

LETÍCIA DUARTE FALCÃO LIMA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Advogada.

RESUMO: A presente pesquisa tem como finalidade analisar o conteúdo do princípio da eficiência e o contexto de sua inserção no texto da Constituição Federal de 1988. Neste artigo serão abordados aspectos relacionados à crise da administração pública burocrática e ao advento do modelo gerencial, com destaque para a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 e sua repercussão no ordenamento jurídico. Por fim, será estudada a relevância do princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos. O presente trabalho foi elaborado a partir de pesquisas bibliográficas, especialmente, obras doutrinárias e artigos científicos sobre o tema, que representam as principais fontes de pesquisa.

Palavras-Chave: Princípios da Administração Pública; Princípio da Eficiência; Reforma Gerencial da Administração Pública; Lei nº 13.460 de 2017; Serviços Públicos.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Considerações sobre os princípios constitucionais da Administração Pública – 3. A Reforma Administrativa da década de 1990 e a Emenda Constitucional nº 19/98 – 4. Conceito e conteúdo do princípio da eficiência – 5. A eficiência no campo dos serviços públicos – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da eficiência foi incluído expressamente no rol dos princípios do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 através da Emenda Constitucional nº 19/98, fruto da reforma gerencial, tendo em vista a exigência de um novo perfil estatal. A eficiência representa um vetor jurídico de atuação do Poder Público e busca garantir maior qualidade na atividade administrativa e na prestação dos serviços públicos.

Neste trabalho, inicialmente, serão abordados aspectos relacionados aos princípios constitucionais expressos que norteiam a atuação da Administração Pública e estão previstos no art. 37, *caput*, da CRFB/88.

O contexto da inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional será tratado a partir da análise da crise enfrentada pelo modelo burocrático e da reforma gerencial do Estado, com ênfase nas suas implicações na esfera administrativa e no ordenamento jurídico. Ademais, estudar-se-á o conceito e o conteúdo do referido princípio para, em seguida, relacioná-lo à prestação dos serviços públicos.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal consagrou as principais normas que orientam o regime jurídico-administrativo da Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, estabeleceu um conjunto de princípios constitucionais a fim de promover o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Nessa perspectiva, o *caput* do artigo 37 da CRFB/88 faz menção a cinco princípios a serem observados pela Administração Pública, quais sejam: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Esse catálogo não é taxativo, em razão da existência de outros princípios que, de igual forma, merecem consagração constitucional, seja por constarem de modo expreso no texto da Constituição Federal, embora não citados no art. 37, *caput*, ou por nele estarem logicamente contidos, como consequência dos princípios mencionados; ou por serem implicações do Estado de Direito e do sistema constitucional (MELLO, 2015).

Desse modo, os princípios orientadores da atividade da Administração Pública podem ser encontrados ao longo do texto constitucional, ainda que implicitamente.

Para Carlos Ari Sundfeld (2009, p. 143) os princípios “são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”. Nesse passo, os princípios, tal como as regras, integram o ordenamento jurídico e conhecê-los é condição essencial para aplicação do Direito.

Escrevendo acerca da relevância dos princípios para o direito administrativo, Odete Medauar registra que:

No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado, os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos. Acrescente-se que, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando em multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres (MEDAUAR, 2018, p. 115-116).

Com efeito, o princípio da legalidade é um valor específico do Estado de Direito, pois nasceu com o surgimento deste (MELLO, 2015). Em sua acepção tradicional, significa que toda atividade administrativa deve ser autorizada por lei para ser considerada lícita.

Aliás, “constitui uma das principais garantias de respeito dos direitos individuais”, posto que “a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade” (DI PIETRO, 2017, p. 134).

Cumprido destacar, todavia, que, a partir da expansão do pós-positivismo jurídico na segunda metade do século XX e da superação da visão legalista, houve a consagração do princípio da juridicidade, o qual “não aceita a concepção da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e os princípios previstos na Constituição” (NEVES; OLIVEIRA, 2019).

O princípio da impessoalidade, por sua vez, adquiriu várias interpretações da doutrina brasileira. Nas palavras de Di Pietro (2017, p. 138), “exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração”. No primeiro sentido, o princípio está relacionado à ideia de finalidade pública, ou seja, o interesse público é o que deve orientar o comportamento da Administração Pública. Ademais, no segundo caso, vincula-se à noção de que os atos praticados pela administração são imputáveis ao órgão ou entidade administrativa, não ao agente que os pratica.

No que diz respeito à moralidade administrativa, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 76), esse princípio “impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta”. Com isso, “deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto”.

O princípio da publicidade impõe a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, à exceção das hipóteses de sigilo legal, consagrando o “dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos” (MELLO, 2015, p. 117).

Assinala Medauar (2018) que a atual redação do texto constitucional está alinhada à tendência de publicidade ampla a reger a Administração Pública, afastando a tradição do “segredo” em suas atividades, característica que se mostra contrária ao caráter democrático do Estado. Sendo assim, o princípio da publicidade deve vigorar para todos os setores e âmbitos da atividade administrativa.

Por fim, o princípio da eficiência, igualmente responsável por nortear todo o comportamento da Administração Pública, foi acrescentado expressamente ao rol dos princípios constitucionais do artigo 37 através da Emenda Constitucional nº 19/98, instrumento normativo decorrente do projeto de reforma do aparelho estatal. Com fundamento nesse princípio, exige-se da atuação administrativa que, além de ser legal, moral, impessoal e transparente, também seja eficiente, a fim de possibilitar a desburocratização, a racionalização, a celeridade, a economicidade e a produtividade.

Convém salientar, portanto, que os princípios jurídicos:

não devem ser encarados como compartimentos estanques, incomunicáveis. É preciso que o operador jurídico compreenda que os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência são elementos que devem ser conjugados para o melhor entendimento do regime jurídico-administrativo (FRANÇA, 2000, p. 171).

A fim de compreender os fundamentos do princípio da eficiência, deve-se analisar os principais aspectos da reforma gerencial da administração pública, resultado de inúmeros fatores econômicos, políticos e sociais, e da EC nº 19/1998, responsável por alterar dispositivos da Constituição referentes à Administração Pública e ao servidor público, além de inserir o mencionado princípio, de forma expressa, no catálogo de princípios constitucionais.

3. A REFORMA ADMINISTRATIVA DA DÉCADA DE 1990 E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98

A Reforma Gerencial da administração pública, que teve seu auge na década de 1990, propôs a modernização da estrutura do Estado e da Administração Pública através do discurso de que a atuação estatal deveria estar pautada na eficiência, transparência e imparcialidade, adequando-se às tendências de governabilidade daquele período. Nesse sentido, os pontos essenciais da reforma estavam centrados na “previsão de mecanismos de flexibilização da estabilidade do servidor público; na ênfase gerencial para a melhoria da qualidade, da eficiência e redução de custos na prestação do serviço público; e no estímulo à participação popular” (MENEZES, 2005, p. 57).

Inicialmente, antes de proceder à análise dos principais aspectos da reforma gerencial, convém traçar brevemente o histórico das reformas administrativas para melhor compreensão do cenário nacional durante a última década do século XX.

Nesse passo, foi durante o governo de Getúlio Vargas que teve início a primeira reforma administrativa, conhecida como Reforma Burocrática. Durante essa época, com a

implantação do modelo burocrático weberiano, procurou-se eliminar práticas patrimonialistas e antidemocráticas, bem como racionalizar a administração pública, com a finalidade de eliminar o nepotismo e restringir a corrupção (CAPOBIANGO, 2013).

Posteriormente, com o golpe militar de 1964, o modelo anterior foi substituído pelo modelo de “administração para o desenvolvimento”, que “visava essencialmente a expansão da intervenção do Estado na vida econômica e social e a descentralização das atividades do setor público” (CAPOBIANGO, 2013, p. 66). No entanto, a crise do modelo burocrático foi originada ainda no decorrer do regime militar.

Com a redemocratização, entre os anos de 1985 e 1988, essa crise foi agravada, sobretudo, a partir da promulgação da atual Constituição Federal, momento em que a administração pública é tomada pelo enrijecimento burocrático extremo. Essa situação, juntamente com inúmeras práticas patrimonialistas, resultou no alto custo e na baixa qualidade da administração pública brasileira (BRESSER-PEREIRA, 2002).

Assim, constatou-se que a administração pública burocrática, adotada inicialmente no contexto do Estado Liberal, era ineficiente para o modelo de Estado que estava em consolidação: o Estado de Bem-Estar Social. Isso porque o referido modelo, baseado na rigidez organizativa e na obediência à legalidade, não se adequou à intensificação das demandas sociais e econômicas e às transformações da sociedade impulsionadas pelo processo de globalização (CORDEIRO, 2015).

Diante das circunstâncias visualizadas, mormente a ineficiência estatal na garantia dos direitos sociais e na prestação dos serviços públicos, Luiz Carlos Bresser-Pereira, à frente do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) e encarregado de traçar as diretrizes do projeto de funcionalização do aparelho do Estado brasileiro, destacou a relevância e a necessidade da reforma gerencial:

Sua importância deriva da profundidade da mudança institucional envolvida, viabilizando a implementação da Reforma Gerencial. Deriva também de seu caráter emblemático. Com ela, a opinião pública, que tem uma noção vaga do que é uma reforma gerencial, mas que apoiou a mudança de forma inequívoca, manifestou o desejo de ter um Estado mais moderno, ou, mais concretamente, ver os serviços por ele prestados serem realizados de forma mais eficiente. Sua indignação contra os privilégios existentes no setor público, contra a incompetência e desmotivação de uma parte da burocracia, e contra a má qualidade dos serviços públicos se traduziu no apoio à reforma (BRESSER-PEREIRA, 2002, p. 206).

Nessa perspectiva, buscou-se a afirmação da cidadania no Brasil, mediante a adoção de formas modernas de gestão estatal, possibilitando o atendimento de forma democrática e eficiente das demandas sociais, bem como o uso mais eficiente dos recursos disponíveis (BRESSER-PEREIRA, 2002).

Destarte, o ápice das mudanças desencadeadas pelo projeto de reforma estatal foi a aprovação da EC nº 19/1998, que, acompanhando a tendência de outros Estados contemporâneos, promoveu alterações formais nas normas que regulamentam a Administração Pública. Dessa forma, houve a modificação de inúmeros dispositivos do artigo 37 da Constituição Federal e a inclusão do princípio da eficiência no *caput* do aludido dispositivo.

Com efeito, acerca das principais inovações no texto constitucional, pode-se citar a extinção da obrigatoriedade de adoção de um regime jurídico único para os servidores públicos; a revisão das regras da estabilidade dos servidores e o estabelecimento de normas mais severas para o disciplinamento dos tetos de remuneração na administração pública.

Outro ponto expressivo da emenda foi a alteração da redação do § 3º, do artigo 37, da Constituição, considerado um dos dispositivos constitucionais a consagrar o princípio da participação popular na Administração Pública, pois prevê comando para a elaboração de lei para disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A aludida mudança é apontada como outro ponto positivo da EC nº 19/1998, tendo em vista que o dispositivo indicado traz previsão para edição de norma essencial para a efetivação de uma prestação mais eficiente do serviço público. Nesse passo, “o direito subjetivo do administrado à participação tem forte ligação com o princípio da eficiência,

constituindo sua instituição e as garantias constitucionais nele inspiradas um grande instrumental jurídico para a concretização normativa da eficiência” (MORAES, 2000, p. 172).

Ressalte-se, ainda, a introdução de comando para a edição de lei para defesa do usuário de serviços públicos, conforme art. 27 da Emenda. Apesar da mora legislativa, houve a publicação da Lei nº 13.460 de 2017, dispendo acerca da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

Logo, verifica-se que a referida emenda seguiu o caminho do direito administrativo contemporâneo, que abandona o viés autoritário para evidenciar a participação dos cidadãos na formação da conduta administrativa (FRANÇA, 2000). Essas modificações no texto constitucional se mostraram necessárias em razão da exigência de um novo perfil estatal, baseado no modelo gerencial da Administração Pública e pautado na busca pela eficiência no setor público, com vistas à efetivação da cidadania, ao atendimento do interesse público e à prestação de um serviço público eficiente.

É nesse contexto que o princípio da eficiência é inserido ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, passando a compor o rol de princípios constitucionais expressos do Direito Administrativo junto aos tradicionais princípios da legalidade da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, representando um vetor jurídico de atuação do Poder Público a fim de garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos.

4. CONCEITO E CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Em que pese a comum afirmação de que o princípio da eficiência ingressou no sistema jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, pode-se constatar que o ordenamento jurídico já fazia referência à ideia de eficiência como um dever da administração pública.

Exemplo dessa constatação pode ser verificado a partir da leitura do artigo 74, II, da Constituição Federal, que, ao instituir o controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, previu que esse controle possui a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da Administração Federal, no tocante à eficácia e à eficiência (NOBRE JÚNIOR, 2005). Por sua vez, no plano infraconstitucional, o princípio da eficiência estava positivado no Decreto-Lei nº 200/67.

Na doutrina jurídica brasileira, Hely Lopes Meirelles (2016) apontava o denominado “dever de eficiência”, correspondente ao “dever de boa administração” da doutrina italiana, como um dos poderes e deveres do administrador público.

Seguindo o entendimento do referido autor, “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. O jurista acrescenta que “é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros” (MEIRELLES, 2016, p. 105).

Para Odete Medauar (2018, p. 127), a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública, determinando que esta deve agir de maneira rápida e precisa, com a finalidade de produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Com isso, “a eficiência contrapõe-se à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções”.

De acordo com Alexandre de Moraes (2017), o princípio da eficiência é composto por oito características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

A associação do princípio da eficiência à realização do bem comum é fundamental para a compreensão de que tal princípio busca, em sua essência, a melhor forma de atuação do Estado para satisfação do interesse público e das necessidades sociais. Aliás, a promoção do bem comum constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme inciso IV do art. 3º, da CRFB/88. Nessa perspectiva, Moraes (2017, p. 261) ressalta que “a ideia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da Administração Pública decorre da própria razão de existência do Estado e está prevista implicitamente em todos os ordenamentos jurídicos”.

Frise-se, todavia, que não é incomum que o princípio da eficiência seja resumido à ideia de economicidade no uso dos recursos públicos. Emerson Gabardo critica esse conceito “eficientista” e defende que, na verdade, a economicidade é um critério componente da eficiência; não o contrário. Adverte, ainda, que a vinculação da eficiência a um critério meramente econômico encontra óbice em uma questão terminológica, pois “parece claro que englobam a eficiência vários outros conceitos afins, tais como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade” (GABARDO, 2012, p. 340).

Com efeito, Paulo Modesto (2000, p. 112) admite que esse princípio possui um caráter pluridimensional, na medida em que “a imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis: a) a

dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios; b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública”.

Assim, na primeira dimensão está inserida a exigência de economicidade, ou seja, a eficiência é interpretada como qualidade da ação administrativa que maximiza recursos a fim de obter os resultados previstos. Essa primeira face é enfatizada por diversas disposições constitucionais (em especial, o art. 39, § 7º, e art. 74, II, da Constituição Federal).

Na segunda dimensão, “cuida-se da eficiência como qualidade da ação administrativa que obtém resultados satisfatórios ou excelentes, constituindo a obtenção de resultados inúteis ou insatisfatórios uma das formas de contravenção mais comum ao princípio”. Esse segundo aspecto é realçado pelas disposições acerca da “avaliação de resultado”, especialmente o referido no art. 37, § 3º, “avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”, além da necessidade de lei para disciplinar a “representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública” (MODESTO, 2000, p. 113).

Em suma, Modesto (2000, p. 114) conclui que a obrigação de atuação eficiente impõe uma ação idônea (eficaz), econômica (otimizada) e satisfatória (dotada de qualidade) e destaca que o papel do princípio da eficiência consiste em “revigorar o movimento de atualização do direito público, para mantê-lo dominante no Estado democrático e social, exigindo que este último cumpra efetivamente a tarefa de oferecer utilidades concretas ao cidadão, conjugando equidade e eficiência”.

5. A EFICIÊNCIA NO CAMPO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O princípio da eficiência também é considerado um juízo abstrato de valor que orienta o serviço público, conforme reconhece a doutrina e a legislação brasileira. Aliás, conforme visto anteriormente, a eficiência foi elevada a um padrão obrigatório na prestação dos serviços públicos antes da EC nº 19/98.

Nesse prisma, Meirelles esclarece que os requisitos dos serviços públicos, atualmente, estão sintetizados em cinco princípios, que devem ser exigidos de quem os preste. Sendo assim, “o princípio da permanência impõe continuidade no serviço; o da generalidade impõe serviço igual para todos; o da eficiência exige atualização do serviço; o da modicidade exige tarifas razoáveis; e o da cortesia traduz-se em bom tratamento para com o público” (MEIRELLES, 2016, p. 427).

Embora o serviço público brasileiro seja associado a aspectos negativos, como ineficiência, lentidão e burocracia, em razão da inobservância das diretrizes constitucionais, a administração pública deve “visar à realização do bem comum e à satisfação dos

interesses sociais, conjugando todos os recursos do Estado para a consecução deste fim, otimizando todo o potencial de seus agentes para uma prestação cada vez melhor dos seus serviços” (LEITE, 2001, p. 261).

Acrescente-se, por oportuno, que a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, também faz expressa menção à eficiência no § 1º, do art. 6º:

Art. 6º [...]

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

No tocante às disposições da Lei nº 13.460/2017, denominada de Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, que reúnem normas destinadas à tutela dos direitos dos usuários e à definição de parâmetros para uma adequada prestação dos serviços públicos, verifica-se que o legislador optou pela expressão “efetividade” em vez de “eficiência” ao elencar os princípios a serem observados na prestação dos serviços públicos e no atendimento do usuário, previstos no art. 4º do referido marco legal.

A fim de analisar as diferenças entre os termos mencionados para averiguar se a nova Lei nº 13.460/2017 apenas reproduziu as disposições da lei anterior ou inovou quanto aos princípios que regem o serviço público no país, cabe trazer à lume as considerações de Anjuli Tostes Faria Melo, para quem é clara a distinção entre os referidos termos:

A efetividade administrativa diz respeito à capacidade de se promover os resultados pretendidos, no sentido da transformação da realidade. Já o conceito de eficiência é distinto: eficiência administrativa pode ser conceituada como a capacidade que tem o administrador de prestar os serviços e produzir os resultados com dispêndio mínimo de recursos e esforços. Há de se convir, então, que o serviço pode ser eficiente, mas não efetivo. Por exemplo, um administrador pode edificar um equipamento público adequado, com a aplicação da menor quantidade de recursos possível, entretanto, por se situar em local de difícil acesso, ninguém o frequenta. Eficiente e eficaz, mas não efetivo (MELO, 2018, p. 50).

Conclui a autora que o princípio da efetividade é mais abrangente do que o princípio da eficiência, posto que “na promoção dos serviços públicos, ao agente público não basta ‘fazer mais com menos’ (eficiência) - ou ‘fazer melhor’ (eficácia). Haverá de se ‘fazer o que deve ser feito’, pois é disso que se trata a efetividade” (MELO, 2018, p. 51).

Não obstante o pensamento exposto, deve-se esclarecer que o conceito apresentado para o termo “eficiência” abarca, tão somente, seu viés relacionado à economicidade. Porém, como previamente analisado, o princípio da eficiência não deve ser reduzido a esse aspecto, pois sua definição também contempla outros conceitos afins, como “eficácia, efetividade, racionalização, produtividade, economicidade e celeridade”, conforme lições de Emerson Gabardo (2012, p. 340).

Com isso, tem-se que a Lei nº 13.460/2017 não trouxe significativa inovação ao permutar o princípio da eficiência pelo princípio da efetividade, pois aquele primeiro já contempla a ideia de efetividade em seu conceito.

Superada a questão acima, cumpre destacar que a relação entre o princípio da eficiência e a prestação de serviços públicos foi evidenciada por Moraes (2017, p. 263), ao afirmar que a inserção da eficiência no texto constitucional pretendeu solucionar, principalmente, “o clássico defeito da Administração Pública na prestação dos serviços públicos e do Poder judiciário em analisar a eficiência da administração”.

Nesse sentido, “o Estado deve necessariamente visar a qualidade na prestação dos serviços postos à disposição dos cidadãos, quer sejam prestados pela União, Estado ou Município, quer sejam prestados por terceiros em regime de concessão ou permissão” (ANDRADE, 2008, p. 56). A propósito, foi com essa finalidade que a EC nº 19/98 inseriu comando constitucional para a elaboração de lei para disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública, vez que a participação cidadã é uma forma concreta de viabilizar um controle social da qualidade e eficiência do serviço público, com a conseqüente ampliação das possibilidades de controle da atividade administrativa (MENEZES, 2005).

Assim, depreende-se que uma administração pública eficiente deve otimizar os resultados de sua atuação em atenção a todos os princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa, em busca da participação e da satisfação dos usuários dos serviços públicos (MENEZES, 2005).

Portanto, cumpre destacar que a concepção acerca do serviço público no Brasil foi fortemente influenciada pelas transformações do Estado, em razão da evolução social, das inovações tecnológicas, das mudanças do discurso político e do fenômeno da globalização (ANDRADE, 2008). No entanto, independentemente do período a ser estudado, a eficiência na prestação do serviço público é requisito fundamental para a satisfação das necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste estudo, constatou-se que a eficiência foi formalmente inserida no rol de princípios constitucionais da administração pública com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19/98, instrumento normativo que marcou a reforma gerencial do Estado durante a década de 1990 e foi elaborado em razão de fatores econômicos, políticos e sociais. A EC nº 19/98 também foi responsável por prever comando para a edição de lei de defesa do usuário de serviços públicos, o que evidencia a necessidade da participação cidadã para o controle social da qualidade e eficiência desses serviços.

Através da análise do seu conteúdo, verificou-se que o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum. Nessa direção, está associado a diretrizes essenciais para a melhor forma de atuação do Estado, tais como efetividade, participação e aproximação dos serviços públicos da população, economicidade, celeridade e outros conceitos afins. Portanto, em razão do seu caráter pluridimensional, a eficiência administrativa não deve ser reduzida à ideia de “economia de recursos públicos”.

Por fim, pôde-se constatar que uma administração pública eficiente, cuja atuação esteja em consonância com os demais princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, é essencial para a prestação adequada dos serviços públicos e satisfação das necessidades sociais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria Aparecida de Oliveira Grossi. O Princípio da Eficiência na prestação de serviços públicos. *In: Jurisprudência Mineira*, a. 59, nº 184, Belo Horizonte, p. 41-61, jan./mar. 2008. Disponível em:

<bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/549/1/D2v1842008.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**: reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: ENAP; São Paulo: Editora 34, 2002.

CAPOBIANGO, Ronan Pereira et al. Reformas administrativas no Brasil: uma abordagem teórica e crítica. *In: Revista de Gestão*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 61-78, jan./mar. 2013. Disponível em: <sciencedirect.com/science/article/pii/S1809227616302211>. Acesso em: 01 mai. 2021.

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

CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. O princípio da eficiência administrativa. *In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Org.). Direito Administrativo Inovador*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *Online*.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, 2000. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532>. Acesso em: 01 mai. 2021.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. *In: MARRARA, Thiago. (Org.). Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 327-351.

LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na Administração Pública. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 226, p. 251-263, out./dez., 2001. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47245>. Acesso em: 15 mai. 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21^a ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, Anjuli Tostes Faria. **Código de defesa do usuário do serviço público apontamentos sobre a Lei 13.460/2017 e normas regulamentadoras**. Recife. FB. da Silva Livros, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O princípio da eficiência na administração pública brasileira: instrumentalização, destinação e controle. *In: Revista Pensar*, Fortaleza, v. 10, n.10, p. 57-66, fev. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/768>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *In: Revista do Serviço Público*, v. 51, n. 2, p. 105-119, abr./jun. 2000. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *Online*.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípio da juridicidade e o conceito de improbidade administrativa**. GEN Jurídico, 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/11/05/principio-da-juridicidade-improbidade/>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 241, p. 209-240, jul./set. 2005. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371>. Acesso em: 01 mai. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CRITÉRIO MATERIAL DO IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA NA TRIBUTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS

JÉSSYCA VERUCY RIBEIRO BARBOSA:

Mestranda em Direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, no programa de Direito que tem como linha de pesquisa: A efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal. Especialização em Direito tributário pelo IBET. Advogada. São Paulo.

Resumo: Este trabalho tem por fim analisar a natureza jurídica das criptomoedas frente a dificuldade em conceituá-las para fins de incidência ou não do imposto de renda e proventos de qualquer natureza. Será abordado, também, a legalidade e constitucionalidade da Instrução Normativa n. 1888/2019 da Receita Federal que previu a tributação sobre as criptomoedas. Além disso, há a necessidade de compreender o funcionamento desse novo modelo de negócio que envolve diversas atividades o que nem sempre poderá configurar acréscimo patrimonial.

Palavras-chave: criptomoedas. natureza jurídica. critério material. imposto de renda. evolução da economia virtual.

Abstract: This work aims to analyze the legal nature of cryptocurrencies in view of the difficulty in conceptualizing them for purposes of incidence or not of income tax and earnings of any nature. The legality and constitutionality of Normative Instruction no. 1888/2019 of the Federal Revenue Service that provided for taxation on cryptocurrencies. In addition, there is a need to understand the operation of this new business model that involves several activities, which may not always be an asset increase.

Keywords: cryptocurrencies. legal nature. material criterion. income tax. evolution of the virtual economy.

SUMÁRIO: 1. Origem, conceito e evolução das criptomoedas. 2. Tecnologias Disruptivas: a velocidade dos fatos jurídicos x a velocidade dos eventos. 3. Quantos lados possui uma moeda digital? Impasse na definição da natureza jurídica das criptomoedas no contexto nacional. 4. Análise semiótica da incidência do constructivismo lógico- semântico. 5. O

conceito ou tipo das criptomoedas?6. Conceito de rendas e proventos de qualquer natureza.7.Critério Material do Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza.8.Ilegalidade da IN1888/2019 RFB. 9. Conclusão

Introdução

A evolução da economia global é reflexo de uma comunidade internacional voltada para estudos que promovam novas opções de investimentos e pagamentos sem moeda física, de modo descentralizado, interligando pessoas em diferentes partes do mundo. Essa inovação na economia digital deu origem a entraves e conflitos causados pela ausência de leis internas e a dificuldade na conceituação das criptomoedas dentro do contexto nacional. A dificuldade está na forma como o direito tributário deve evoluir para abranger a tributação sobre essa “moeda virtual”, estabelecendo um diálogo entre o Direito e as Ciências Econômicas e Tecnológicas. Para isso, é necessário fazer um corte metodológico na tentativa de conhecer qual(is) são o(s) fato(s) jurídico(s) das criptomoedas para que ocorra a adequada subsunção aos critérios da hipótese de incidência do imposto de renda e proventos de qualquer natureza. Conhecer a natureza jurídica das criptomoedas irá possibilitar saber como será a incidência do imposto de renda e suas relações jurídico- tributárias.

1. Origem, conceito e evolução das criptomoedas

É necessário compreender qual é o conceito das criptomoedas para saber como ocorrerá sua tributação. Mas antes, iremos abordar, de forma resumida, a evolução desse conceito passando pela sua origem até os dias atuais. Assim, a origem dessa “moeda virtual” adveio com o propósito de liberdade individual e de privacidade na internet defendida por um grupo de criptógrafos e hackers que estudavam criptografia e tecnologia na década de 90, nos Estados Unidos, conhecido como “Cypherpunk”. Nesse grupo se destacaram: Hal Finney, primeiro a receber transação de Bitcoin (Rede de criptoativos) feita por um personagem que acredita ser fictício(Satoshi Nakamoto); Adam Back (criador do *Hashcash*); e por Bram Cohen(criador do *BitTorrent*). Mas, foi a partir do ano de 2008, após a grave crise do sistema financeiro que ultrapassou as fronteiras dos Estados Unidos e alcançou outros países, por meio do White Paper²³² publicado por Satoshi Nakamoto, que criou-se um sistema de dinheiro eletrônico *peer-to-peer*²³³, que se utiliza da criptografia e do blockchain.

232 NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin – A peer-to-peer eletronic cash system*. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acessado em: 02 de março de 2020.

233 *Peer-to-peer: ponto-a-ponto, permite que cada individuo interaja diretamente com o outro, sem necessidade de intermediários das transações.*

A expressão “bitcoin” tem mais de uma acepção, em alguns contextos é usada como criptomoeda e por vezes utiliza-se como blockchain, onde esta sediada a criptomoeda. Razão pela qual, se faz necessário definir Blockchain:

É uma rede de blocos de informações distribuída entre os diversos participantes, cuja validação de cada informação inserida precisa ser feita pelos participantes da rede, de forma que, ao final, forma-se uma rede de blocos entre os participantes sendo que uma cópia de todas as informações resta distribuída entre os usuários. Portanto, o bitcoin é um programa de computador que cria na internet uma rede global de notariação de transações entre partes distintas, com as seguintes propriedades: (i) descentralizada; (ii) de livre ingresso; (iii) transparente; e (iv) com auditoria automática e contínua.²³⁴

Para compreensão das relações, esclarece que os criptoativos são ativos digitais (podendo representar valores mobiliários, moedas, commodities etc) criados por meio da criptografia²³⁵ e registrados em blockchain ou em *Distributed Ledger Technologies (DLTs)*²³⁶.

No Brasil, a Receita Federal já se posicionou sobre o conceito de criptoativos, no artigo 5º, do inciso I, da Instrução Normativa nº 1888, de 03 de maio de 2019:

Criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal.

Emília Malgueiro define os Criptoativos como : “ativos ou tokens digitais para possibilitar transação de valores, funcionando como meio de pagamento e/ ou reserva de

234 MELLO, José Luiz Homem de. GUAZZELLI, Tatiana Mello. MARTINS, Alessandra Carolina Rossi. GRUPENMACHER, Giovana Treiger. *Desafios regulatórios em torno da emissão e negociação de criptoativos e o sandbox como uma possível solução*. CVM: 21 de agosto de 2019. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2019/20190821_Desafios_regulatorios_em_torno_da_emissao_negociacao_criptoativos_e_sandbox_posssivel_solucao.pdf. Acesso em: 01 de março de 2020.

⁶ Utiliza-se da matemática para assegurar segurança e validade dos ativos, bem como ter o controle da emissão destes.

236 Registro de lógica contábil

valor, utilizando criptografia como base de segurança das transações e controle de sua emissão”.²³⁷

Já, as criptomoedas são dinheiros digitais, conhecidas como “moedas virtuais”, espécie de criptoativos. A bitcoin, em uma de suas acepções é tida como a mais conhecida das criptomoedas, ou seja ela é espécie de criptomoeda.

Para entendermos como funciona esse sistema de transações com moedas virtuais, precisaremos conhecer, também, o conceito da Rede Bitcoin e sua diferença em relação as blockchains. Assim, como ensina a autora Emília Malgueiro, o Bitcoin, com letra maiúscula se refere a uma Rede descentralizada, pois possibilita que transações financeiras sejam feitas diretamente entre pessoas através de um mecanismo descentralizado e matemático de emissão de moeda. Já o bitcoin, com letra minúscula, é a “moeda virtual” que se encontra no seu token digital. A diferença entre Bitcoin e Blockchain é que este é um livro contábil virtual onde são registradas todas as transações feitas no Bitcoin que é token nativo da Rede. Além disso, cada criptoativo possui sua Blockchain que, também, pode registrar outras informações como a data e a hora das transações.²³⁸

Com o passar dos anos, essa rede veio ganhando adeptos, em diferentes países, nas transações com a “moeda virtual” e possibilitando seu uso de diversas maneiras, tais como, investimentos ou pagamento de serviços e bens. Estimam que mais de 20 milhões de pessoas usaram Bitcoin em 2018 e o Brasil é um dos cinco países com maior quantidade de usuários de Bitcoin e criptomoedas do mundo. Segundo a Associação Brasileira de Criptoconomia (ABCripto), as transações no país variam em torno de 5 bilhões de reais no primeiro semestre de 2019. Já mundialmente, nesse mesmo período, esse número alcança mais de 170 bilhões de dólares em transações com bitcoins.²³⁹

2. Tecnologias disruptivas: a velocidade dos fatos jurídicos X a velocidade dos eventos

Devemos refletir o que é uma tecnologia disruptiva e qual a sua importância para o cenário nacional no tratamento jurídico das “moedas virtuais”. Assim, tecnologia disruptiva é um termo onde promove inovações tecnológicas que provocam uma ruptura

²³⁷ CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptomoedas e Blockchain – O direito no Mundo Digital. 2ª tiragem. Lumen Juris. 2018, p. 25.

²³⁸ CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptomoedas e Blockchain – O Direito no Mundo Digital. Lumen Juris, 2ª tiragem. Rio de Janeiro. 2018, p. 19/20.

²³⁹ Disponível em site: <https://exame.abril.com.br/mercados/primeira-regulacao-para-criptomoedas-comeca-hoje-no-brasil/>. Acessado em: 02 de março de 2020.

com os modelos e padrões estabelecidos pelo mercado. A característica disruptiva se refere a constante evolução da Ciência ensejando mudanças tecnológicas voláteis.

As criptomoedas²⁴⁰ e o Blockchain romperam com os padrões das relações financeiras entre as pessoas. O dinheiro passa a ter uma representação virtual (token digital), com características transnacionais (seu controle é descentralizado e feito pelas Blockchains espalhadas pelos países), envolvendo transações diretas (sem intermediação das instituições financeiras).

Ainda que, no Brasil, o interesse em criptoativos tenha aumentado 12 pontos percentuais, tendo como comparação junho de 2018 à junho de 2019²⁴¹, sendo parte deste crescimento dado às criptomoedas, no país não há lei que trate sobre a matéria.

O ambiente institucional se apresenta em dois projetos de lei, quais sejam: PL 2303/2015²⁴² e PL 3825/2019²⁴³, em trâmite, respectivamente, na Câmara Legislativa e no Senado Federal.

Além disto, alguns órgãos do Brasil já se posicionaram, de forma infralegal. E vem se manifestando, como ocorreu nos Comunicados do Banco Central de nº 25306, de 19/02/2014 e de nº 31379, de 16/11/2017, este que não afasta a obrigatoriedade de observar normas cambiais, bem como no Ofício Circular da CVM nº

240 "As criptomoedas são uma espécie de moeda virtual universal, descentralizada, criptografada, de fluxo aberto e conversibilidade bidirecional. Trata-se, portanto, de bem móvel e intangível, nos termos do artigo 83, III, do Código Civil". GOMES, Daniel de Paiva. GOMES, Eduardo de Paiva. "A incidência de imposto de renda sobre a aquisição originária de criptomoedas: a tributação da mineração de bitcoins". PISCITELLI, Tathiane, LARA, Daniela, coordenação, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Tributação da economia digital. São Paulo. Thomson Reuters, 2020. p. 330

241 De acordo com a Plataforma de busca e comparação de investimentos Yubb, disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2019/07/31/busca-por-criptoativos-cresce-12-pontos-percentuais-em-junho-de-2019.ghtml>. Acessado em: 02 de março de 2020.

242 Projeto de Lei nº 2303/2015, que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central. O objetivo é alterar as Leis nº 12.865, de 2013 e 9613, de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acessado em 02 de março de 2020.

243 Projeto de Lei nº 3825/2019 que "propõe a regulamentação do mercado de criptoativos no país, mediante a definição de conceitos; diretrizes; sistema de licenciamento de Exchanges; supervisão e fiscalização pelo Banco Central e CVM; medidas de combate à lavagem de dinheiro e outras práticas ilícitas; e penalidades aplicadas à gestão fraudulenta ou temerária de Exchanges de criptoativos." Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137644>. Acessado em 02 de março de 2020. O Senador Styvenson Valentim solicitou que este projeto tramite em conjunto com o Projeto de Lei nº 3949/2019.

11/2018/CVM/SIN244, que trata do investimento indireto em criptoativos pelos fundos de investimento.

Diante disso, podemos observar que a velocidade na criação de uma norma²⁴⁵ que regulamente as relações financeiras é mais lenta e complexa do que a velocidade dos acontecimentos sociais que irradiam efeitos indiretos para diversos setores jurídicos, tais como no direito tributário (insegurança jurídica por ausência de lei) e no direito penal (combate a crimes de lavagem de dinheiros ou pirâmide financeira se utilizando de criptoativos).

Desse modo, é de fundamental importância saber qual a diferença entre evento, fato e fato jurídico na construção da norma jurídica. O professor Paulo de Barros Carvalho esclarece essa diferença:

Chamamos de evento o acontecimento do mundo fenomênico despido de qualquer formação linguística. O fato, por sua vez é o relato do evento. Constitui-se num enunciado denotativo de uma situação delimitada no tempo e no espaço. E por fato jurídico entende-se o relato do evento em linguagem jurídica. A diferença entre evento e fato repousa no dado linguístico e, entre fato e fato jurídico, na competência da linguagem.²⁴⁶

Para o direito uma realidade só existe e pertence ao sistema jurídico após a sua conversão em uma linguagem jurídica competente. Assim, na visão do constructivismo lógico-semântico, para um fato gerar efeitos diretos na ordem jurídica deverá estar prescrito em uma linguagem competente, pois apenas a linguagem do direito construirá a realidade jurídica. Nesse raciocínio, a incidência da norma não se dá apenas com a ocorrência dos eventos. Desse modo, se nas transações com “moedas virtuais” não tem uma previsão legal que juridicize tal acontecimento como uma hipótese de incidência de um tributo, não poderá haver tal exação.

Se não existe uma lei ordinária, norma geral e abstrata, que introduza uma lei individual e concreta (exemplo, o lançamento), é impossível a incidência do Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza sobre toda e qualquer transação envolvendo moeda virtual que não enseje aumento patrimonial, mas apenas “ meras transferências

244 Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-1118.pdf>. Acessado em: 02 de março de 2020

15 Tomamos aqui, como norma geral e abstrata.

246 CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo Lógico- Semântico. 6ª edição. São Paulo: Noeses, 2019 p. 540.

patrimoniais". Uma vez que uma instrução normativa da Receita Federal não possui competência para tratar de uma nova hipótese de incidência.

Não tem como o fato ser jurídico tributário se não houver a incidência da lei no mundo fenomênico. Através de uma linguagem competente e em obediência aos critérios do direito positivo, o fato deixa de ser um fato qualquer e passa a existir no mundo jurídico, transformando-se num fato jurídico tributário. Como explica Aurora Tomazini:

...é a linguagem do direito, e somente ela, que constitui a realidade jurídica. A incidência normativa não se dá com a mera ocorrência do evento, sem que este adquira expressão em linguagem competente...a linguagem do direito não apenas noticia a ocorrência de um evento em conformidade com uma hipótese normativa, mas constitui o fato para o mundo jurídico, o introduz no sistema fazendo-o desencadear os efeitos que lhe são próprios. Antes dela, o fato não existe na ordem jurídica.²⁴⁷

Fabiana Del Padre explica a possibilidade de não ter evento, mas mesmo assim existir um fato jurídico: "conquanto a linguagem fale em nome de um evento, dado a sua autossuficiência, é possível que mesmo não tendo ocorrido certo acontecimento, este venha a ser reconhecido pela linguagem."²⁴⁸ .Como dissera Vilém Flusser: "o fato jurídico é a tradução do fato social em linguagem jurídica".²⁴⁹

3. Quantos lados possui uma moeda digital? Impasse na definição da natureza jurídica das criptomoedas no contexto nacional

Partindo-se do pressuposto de que as criptomoedas são sinônimo de criptoativos e estes são definidos como ativos ou tokens digitais, sendo utilizados como meio de pagamento e/ou reserva de valor através de transações criptografadas. Então, resta saber se a criptomoeda é um pagamento ou se é um investimento. Nesse aspecto, pairam grandes discussões acerca da natureza jurídica desse criptoativo que serão abordadas a seguir.

²⁴⁷ Carvalho, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo Lógico-Semântico. 6ª Edição. São Paulo: Noeses, 2019.p.543.

²⁴⁸ Carvalho, Aurora Tomazini. O Constructivismo Lógico-Semântico. 6ª Edição. São Paulo: Noeses, 2019.p.561

²⁴⁹ Carvalho, Aurora Tomazini. O Constructivismo Lógico- Semântico. 6ª Edição. Noeses. São Paulo. 2019.p. 562

Os órgãos reguladores financeiros e fiscais tais como Bacen (Banco Central do Brasil), CVM (Comissão de Valores Mobiliários) e a Receita Federal já se manifestaram de forma divergentes na definição dos criptoativos para efeitos de tributação.

O Bacen afirmou que juridicamente, as criptomoedas não são moedas, uma vez que elas não possuem lastro. Assim, no Brasil só se considera moeda a que possui curso forçado e emitida pela autoridade brasileira, é o caso do Real. De acordo com o site Infomoney, em agosto desse ano, o Bacen classificou os criptoativos, dentre eles o bitcoin, como “ativos-financeiros não produzidos”. Além disso, considerou que nas compras e vendas dessa “moeda virtual”, feitas por brasileiros residentes no Brasil, serão consideradas como contrato de câmbio, apesar das “moedas virtuais” não terem registro aduaneiro.

A CVM já expôs sua orientação no sentido de que as criptomoedas não são ativos financeiros, não sendo permitida a aquisição direta dessas moedas pelos fundos de investimento, indo na contramão da orientação de muitos países desenvolvidos. Entretanto, na instrução normativa 555 em novembro de 2018, a CVM permitiu que fundos investissem, de forma indireta, em criptoativos desde que no exterior. Nesse ano de 2019, muitas denúncias já foram feitas na autarquia em relação as criptomoedas, por estarem sendo suspeitas de crimes envolvendo pirâmide financeira. Essa autarquia possui uma cartilha que adverte dos riscos de se utilizar das criptomoedas e os casos de criminalização, mas não define a natureza jurídica dessa “moeda”.

A Receita Federal afirmou que as criptomoedas se equiparam a ativos financeiros e sem definir sua natureza jurídica, disse apenas que a tributação do Imposto de Renda incidirá conforme a utilização da “moeda”. Dessa forma, conceituou o que são os criptoativos e as exchanges nos termos da Instrução Normativa RFB 1.888/2019:

“Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal; e

II - exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia,

e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços.”

Com viés pragmático, a autora Emília Malgueiro Campos afirma que: “... a natureza jurídica dos criptoativos é híbrida, pois varia de acordo com sua utilização, já que acarreta efeitos e características jurídicas diferentes, a depender de como é usado”²⁵⁰. Para essa autora deve-se aplicar o princípio da fungibilidade para a natureza jurídica dos criptoativos. Ela cita exemplos dos quais os criptoativos podem ser investimento, ou ganho de capital, ou pagamento de mercadorias, conforme muda o modo de utilização irá gerar uma diversidade de efeitos em âmbito tributário.

Assim, a semântica das “criptomoedas” muda conforme seu uso e está, diretamente, interligada aos seus efeitos tributários. É oportuno citar a professora Clarice Von Oertzen: “a busca de significado de uma palavra implica saber quais usos são feitos dela em um específico contexto ou forma de vida, razão pela qual é impossível determinar a priori quais seriam os usos correspondentes aos significados de base.”²⁵¹

Aqui está o cerne da problemática na aplicação do direito, pois a indefinição da natureza jurídica das criptomoedas gera uma insegurança jurídica, uma vez que essa palavra (signo) possui vários sentidos que mudam conforme quem a interpreta e o modo como se utiliza para efeitos de tributação. Afirmar que a definição da natureza jurídica das “moedas virtuais” será encontrada na prática, com seu uso, gera um sistema aberto e perigoso permeado por incertezas. Devido a sua complexidade, esse assunto será explicado mais adiante através do estudo da semiótica no Direito.

Apenas o legislador poderá solucionar esse impasse se criar uma norma que defina tal natureza jurídica e prescreva a hipótese normativa de determinado tributo. Para delimitar nosso objeto de estudo, faremos um corte metodológico quanto a natureza das “moedas virtuais” para fins de subsunção dos fatos à norma do imposto de renda e proventos de qualquer natureza.

²⁵⁰ CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptomoedas e Blockchain. O Direito no Mundo Digital. 2ª Tiragem. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2018. p.27

²⁵¹ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen, A função dominante na linguagem do Direito Positivo. Brasília: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, 2018, Vol. 12, p.99.

Devemos partir de suposições (hipóteses) que caso ocorram deverá incidir o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, nos termos do condicional deôntico ($H \rightarrow C$) convertido em linguagem prescritiva e pautados pelos axiomas (permitido, proibido e obrigatório).

4. **Análise semiótica da incidência no Constructivismo lógico-semântico**

A semiótica é a Ciência que estuda os signos na relação comunicacional, ou seja, é a técnica de investigação da formação do direito positivo através das unidades representativas da comunicação jurídica. Para Peirce, a semiótica é definida como “a doutrina quase - necessária ou formal dos signos”.

Assim, surgem três planos na investigação dos sistemas sógnicos: 1) plano sintático; 2) plano semântico e 3) plano pragmático. No plano sintático, temos a estrutura das palavras ou signos que se relacionam entre si; no plano semântico é onde o intérprete constrói o conteúdo (significação) quando entra em contato com o texto (suporte físico), por fim no plano pragmático é o modo como o intérprete se relaciona com o signo dentro de um contexto comunicacional.

Na visão do Constructivismo Lógico-Semântico, haverá modificações nesses planos na aplicação dessa técnica ao direito positivado. Dessa forma, explica a professora Aurora Tomazini:

... o estudo de seu plano sintático, que tem a Lógica como forte instrumento, permite conhecer as relações estruturais do sistema e de sua unidade, a norma jurídica. O ingresso no seu plano semântico possibilita a análise dos seus conteúdos significativos atribuídos aos símbolos positivados. É nele que lidamos com os problemas da vaguidade, ambiguidade e carga valorativa das palavras, e onde estabelecemos a ponte que liga a linguagem normativa à conduta intersubjetiva que ela regula. E as investidas de ordem pragmática permitem observar o modo como os sujeitos utilizam – se da linguagem jurídica para implantar certos valores almejados socialmente. É nele que se investiga o manuseio dos textos pelos tribunais, bem como questões de criação e aplicação de normas jurídicas.²⁵²

Nesse aspecto, o direito como fenômeno comunicacional, deve ser instrumento de intervenção social e não de intervenção no mundo físico, pois há uma separação entre o

252 CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo Lógico- Semântico. 6ª edição. Noeses. São Paulo. 2019. p. 185

direito positivo (plano do dever-ser) e a realidade social (plano do ser), sendo que esta é objeto da linguagem prescritiva do direito. Assim, a definição da natureza jurídica das criptomoedas (fato social – ser) para gerar efeitos tributários necessita estar convertida em linguagem competente, ou seja, uma norma jurídica (dever ser). Não podendo, assim, ser sintaticamente aberta como falado acima, pela autora Emília, ao citar a fungibilidade da natureza jurídica do dinheiro virtual.

O professor Paulo de Barros explica a incidência da norma através da semiótica: “O direito utiliza-se semântica e pragmaticamente da linguagem social, para delimitar as classes da hipótese e do consequente e definir o conteúdo do fato jurídico, mas sintaticamente o sistema é fechado”²⁵³.

5. O conceito ou tipo das Criptomoedas?

Como já abordado linhas acima, o direito é aberto semântica e pragmaticamente e fechado no plano sintático, pois todo fato jurídico só pertence ao sistema jurídico após ser convertido em linguagem competente. Porém, há controvérsias em relação ao plano sintático quando estamos diante de termos técnicos típicos da tecnologia. Havendo uma dificuldade em fechar o plano sintático devido as variações provocadas pelo avanço da tecnologia. Nesse capítulo será abordado a importância da semântica e sintaxe desses termos em relação ao seu ingresso no sistema jurídico.

Segundo a professora Clarice há uma diferença entre tipo e conceitos, mas como o Direito é autopoietico, os fatos tecnológicos só adentram no direito depois daqueles serem convertidos em fatos jurídicos através de uma norma competente. Nesse sentido:

“A abertura do sistema diz respeito à sua natureza semiótica [...] Trata-se da abertura que se verifica na estrutura sintática das hipóteses legais, enunciados prescritivos e hipotéticos que contêm conceitos gerais ou tipos normativos.[...] Não é a totalidade do contexto social que será traduzida para o interior da ordem jurídica, mas apenas os aspectos selecionados pelos conceitos normativos.” A conversão dos fatos sociais em linguagem jurídica, resulta na introdução de conceitos normativos no ordenamento jurídico, conforme explica o ilustre professor Lourival Vilanova: “O sistema jurídico é aberto aos suportes fácticos, que nele ingressam, muitas vezes, já

²⁵³ CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo Lógico-Semântico. 6ª edição. São Paulo: Noeses, 2019.

normativamente configurados sobre os quais retrooperam as regras sintáticas do próprio sistema, que os recolhem como dados-da-experiência, e os reformam ou transformam: é assim como o direito do costume se faz direito dos códigos.” 254

A doutrinadora Misabel Derzi fez um estudo que consistiu na diferença entre tipos e conceitos e sua correlação com o direito. Assim, o conceito é fechado por delimitar certas características as quais são mais abstratas e, muitas vezes, não correspondem a realidade. Já o tipo, é mais concreto, aberto e, por essa razão, se aproxima mais da realidade, principalmente dos termos tecnológicos. Após fazer considerações sobre cada um, a doutrinadora chegou a conclusão de que o conceito ou tipo não se manifestam de maneira pura, o que há na verdade, é que o conceito prevalece sobre o tipo por uma questão de escolha de princípios intangíveis elencados pelo Constituinte, como o princípio da Segurança Jurídica. Assim, por uma questão de praticabilidade ou segurança jurídica, prefere-se que a forma sintática do direito tributário seja fechada, mesmo que seus enunciados não correspondam a seu real conteúdo. Nesse raciocínio segue explicação da professora:

Têm razão aqueles que afirmam ser a distinção entre o tipo e o conceito classificatório uma questão de grau. “...mesmo quando a Ciência do Direito cria apenas conceitos abstratos, fechados, fracassa na prática e só obtém conceitos que brigam com a realidade jurídica. Não se pode falar em exclusividade de um ou outro modo de pensar, mas de prevalência de um sobre o outro, especialmente dos conceitos fechados sobre os tipos. [...] Indagar se o Direito Tributário contém tipos ou conceitos fechados, como alternativas que se excluem, parece-nos inadequado. O certo será indagar pela predominância de uma ou outra forma de pensamento. Tipo e conceito do ordenamento, mas que, na realidade, correspondem a tensões internas mais profundas. Essas tensões encontram-se nas relações de interdependência entre os valores jurídicos básicos que se manifestam, concretamente, em bens e interesses juridicamente protegidos ou direitos fundamentais e complexo de garantias que os assegurem.[...] Ora, o que prevalece no Direito Tributário não é a tipologia mas a classificação, não é o tipo mas o conceito. A legalidade estrita, a segurança jurídica, a uniformidade, a praticabilidade e a rigidez da discriminação

254 ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Incidência Jurídica – Teoria e Crítica*. São Paulo: Noeses, 2011. p 53/54.

constitucional de competência determinam a tendência conceitual classificatória prevalente no Direito Tributário.²⁵⁵

Já para o autor Lucas Galvão de Brito, ao tratar das normas técnicas, aborda que a principal diferença entre essas e as normas jurídicas se localiza no plano pragmático:

[...] analisadas as *mensagens* normativas pelos planos da semiótica, percebe-se que a diferença relevante entre uma norma técnica e outra jurídica não se dá no plano estrutural (lógico, sintático) ou mesmo no semântico: ela se estabelece no plano das *funções de linguagem*, no campo da *pragmática*. Enquanto uma opera a prescrição para fins de padronização técnica, em prol da objetividade científica, a outra o faz para prescrever condutas intersubjetivas com o auxílio do aparato estatal.²⁵⁶

Em que pese as palavras do autor, percebe-se que ao tratar das normas técnicas, as agências reguladoras, tais como a CVM- Comissão de Valores Mobiliários, e o órgão executivo de fiscalização como a RFB- Receita Federal do Brasil, acabam modificando aspectos da regra-matriz de incidência tributária através da estrutura sintática das suas normas. Dessa forma, esses órgãos terminam usurpando a competência do legislador já desenhada constitucionalmente, criando novas hipóteses de incidência, ao conceituar termos novos, através de instruções normativas ou regulamentos.

O surgimento de novos conceitos ou tipos jurídicos se dá como resultado da dinâmica e da intertextualidade que ocorre no diálogo do Direito com outras Ciências. Entretanto, o fato jurídico só nasce através da jurisdicização dos fatos sociais convertendo-os através da linguagem competente. Mas o que ocorre na realidade é que tais órgãos administrativos ultrapassam seus poderes gerando efeitos indesejados no direito tributário através dos seus enunciados, modificando, assim, conceitos jurídicos. Como assevera a professora Misabel Derzi: "E exige-se, então, não só que a lei tipifique os fatos jurídicos e seus efeitos, mas que ela delimite, tanto quanto possível, a imprecisão conceitual, transformando-os em conceitos fechados."²⁵⁷

255 DERZI, Misabel Tipo ou conceito no Direito Tributário? Revista. Faculdade de direito da UFMG. Belo Horizonte. 1987/1988. p.233/259.

256 GALVÃO, Lucas de Britto. Tributar na era da Técnica: Como as Definições Feitas Pelas Agências Reguladoras Vêm Influenciando a Interpretação das Normas Tributárias. São Paulo: Noeses, 2018. p.50.

257 DERZI, Misabel. Tipo ou conceito no Direito Tributário? Revista. Faculdade de direito da UFMG. Belo Horizonte. 1987/1988, p.258.

Portanto, adotamos por premissa que o fato jurídico é constituído pela linguagem prescritiva do direito positivo e tem por efeito a construção de normas. Isto porque, “as normas não são dadas, de antemão, no ordenamento 258, mas dependem de uma atividade construtiva, em que se atribui sentido ao texto de lei.”²⁵⁹

6. Conceito de “renda e proventos de qualquer natureza”

Conhecer os conceitos irá direcionar tanto o Fisco quanto o contribuinte nas condutas estabelecidas pela relação jurídico - tributária. O ato de conceituar implica uma delimitação do objeto e demarca seus efeitos no mundo jurídico. Dessa forma, o professor Charles William Mcnaughton enfatiza a diferença entre conceito e tipo, e sua relação com a Constituição e com as normas infraconstitucionais:

Dialogando com a ideia de dicotomia entre “tipo” e “conceito”, se se concebe que a Constituição lida com “tipos” – elementos indeterminados – mas outros campos do direito estabelecem “conceitos” - elementos determinados – a ideia de dialogia poderia sugerir que ao empregar um termo que já era, de antemão, transformando em “conceito”, pela legislação infraconstitucional que historicamente antecede o Texto Constitucional, é possível inferir que a própria Constituição o utiliza em uma relação dialógica com o texto anterior de concordância, de recepção.
260

Assim, os tipos previstos na Constituição são delimitados pelos conceitos previstos na lei infraconstitucional.

Na jurisprudência encontramos a importância do papel do legislador na conceituação da renda sem desprezar os limites semânticos desse signo de riqueza. Temos no RE 117.887-6/SP, o voto do Ministro Oswaldo Trigueiro que diz :

Quaisquer que sejam as nuances doutrinárias sobre o conceito de renda, parece-me acima de toda dúvida razoável que, legalmente, a renda pressupõe ganho, lucro, receita, crédito, acréscimo patrimonial, ou como diz o preceito transcrito, aquisição de

²⁸ No curso deste trabalho, entende-se que ordenamento jurídico brasileiro e sistema do direito positivo são sinônimos.

²⁹TOMÉ, Fabiana Del Padre. Vilém Flusser e juristas: comemoração dos 25 anos do grupo de estudos Paulo de Barros Carvalho / Florence Haret; Jerson Carneiro. São Paulo: Noeses, 2009, p. 324.

260 MCNAUGHTON, Charles. Curso de IRPF.Noeses.2019.São Paulo.p.31.

disponibilidade econômica ou jurídica. Concordo que a lei pode, casuisticamente, dizer o que é e o que não é renda tributável. Mas não pode ir além dos limites semânticos, que são intransponíveis.²⁶¹

Diante disso, qual é o alcance semântico do signo “renda e proventos de qualquer natureza”? De acordo com o art.43 do CTN, o signo “renda” é produto do capital, já a acepção da palavra “proventos de qualquer natureza” é qualquer acréscimo patrimonial. Então, “renda e proventos de qualquer natureza” irá demarcar riqueza nova que é obtida pelo sujeito passivo em determinado período de apuração, isto é, o acréscimo patrimonial identificado em determinado período de tempo. Mas o que é acréscimo patrimonial? Isso será indispensável para saber a materialidade do Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza que será visto no próximo tópico.

7. Critério material do Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza nas criptomoedas

O critério material é formado pelo verbo mais o seu complemento, como por exemplo: auferir renda. Esse critério é o enunciado que delimita o núcleo do acontecimento e está no antecedente da norma jurídica tributário em sentido estrito (regra-matriz de incidência), conhecido como hipótese de incidência. Esta por sua vez, não contém o evento, nem o fato jurídico, ela descreve uma situação futura a partir de critérios mínimos necessários (ação, tempo e espaço) para identificar um fato jurídico.

O art. 43 do CTN prescreve o fato gerador do IR e sua materialidade:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1o A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou

²⁶¹ MCNAUGHTON, Charles. Curso de IRPF. Noeses. 2019. São Paulo p.52.

nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2o Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

Como apresentado no dispositivo acima, renda e proventos de qualquer natureza constituem o acréscimo patrimonial, e o conceito de acréscimo patrimonial é relevante na materialidade do tributo. Assim, segundo Charles William Mcnaughton :

Só há acréscimo patrimonial com o advento de novas relações jurídicas, porque o patrimônio não é uma quantia pecuniária, mas um conjunto de direitos e deveres. Acréscimo patrimonial é o aumento do valor de acervo em virtude de direitos e obrigações que surgiram ou se extinguiram ao longo de tempo. O bem pode se valorizar ou desvalorizar e o patrimônio – conjunto de relações de direitos e deveres – é exatamente o mesmo.²⁶²

Diante do exposto, devemos observar que a tributação das criptomoedas pela Receita Federal que está prevista na IN 1888/2019 , aborda os seguintes pontos:

1) Pessoas físicas que negociam entre si no Brasil

Quem negocia sem intermediação de corretoras terá de prestar contas mensalmente quando houver movimentações acima de R\$ 30 mil.

A tributação dos ganhos varia entre 15% (sobre a parcela de ganhos que não ultrapassar R\$ 5 mil) e 22,5% (sobre a parcela de ganhos que ultrapassar R\$ 30 mil).

Pelas regras, as informações deverão ser transmitidas à Receita Federal até as 23h59, horário de Brasília, do último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorreu o conjunto de operações realizadas com criptoativos. Ou seja, as informações do mês de

262 MCNAUGHTON, Charles. Curso de IRPF. São Paulo: Noeses, 2019, p.132.

agosto serão prestadas até o último dia útil de setembro e assim sucessivamente.

O atraso na entrega gera multa de R\$ 100 por mês, que sobe para R\$ 500 por mês caso o contribuinte seja intimado pela Receita a prestar as informações. Se alguma operação estiver incorreta, incompleta ou for omitida, há ainda a cobrança de multa de 1,5% sobre o valor da operação.

2) Pessoas físicas que negociam via corretoras brasileiras

Quem usa o CPF para compra e venda de criptomoedas através de corretoras brasileiras terá de declarar na declaração anual do Imposto de Renda, em geral no início do ano;

3) Pessoas físicas que negociam via corretoras estrangeiras

Quem usar corretora estrangeira para as operações deverá declarar mensalmente, quando o valor das operações ultrapassar R\$ 30 mil. As regras são semelhantes ao primeiro caso.

Com essa Instrução Normativa, a Receita Federal ampliou a base de cálculo do Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza e abrangeu o critério material do IR ao considerar que qualquer transação com criptomoedas, tais como: investimento, pagamento, compra de bens e serviços será tributada pelo IR.

A autora Emília Malgueiros Campos cita o exemplo em que há a cobrança do Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza na troca entre diferentes criptomoedas em operações de compra e venda. Pois, o Fisco considerou que houve ganho de capital sem ter havido a realização efetiva do acréscimo patrimonial e sem o comprador/vendedor ter obtido a disponibilidade econômica ou jurídica elencados como requisitos do fato gerador desse imposto no art. 43 do CTN.

Nesse aspecto, convém analisar se haverá ou não incidência do Imposto de Renda sobre os bitcoins decorrentes da “mineração” feita por pessoas físicas ou jurídicas. De acordo com o raciocínio desenvolvido pelos autores Eduardo e Daniel Paiva²⁶³ em

263 GOMES, Daniel de Paiva. GOMES, Eduardo de Paiva. “A incidência de imposto de renda sobre a aquisição originária de criptomoedas: a tributação da mineração de *bitcoins*”. PISCITELLI, Tathiane, LARA, Daniela, coordenação, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Tributação da economia digital. São Paulo. Thomson Reuters, 2020. pps. 329 – 350.

relação aos *bitcoins* recebidos pelos mineradores, de forma originária, após a validação da transação entre pessoas que trocam criptomoedas, não deverá incidir imposto de renda no momento da aquisição da moeda virtual. Isso se deve ao fato de que nesse momento, os bitcoins recebidos não se configuram nem como acréscimo patrimonial (renda-acréscimo) nem como produto do trabalho (renda-produto), uma vez que não há pagamento de serviço por não existir relação entre os mineradores e os usuários que trocam criptomoedas, pois os bitcoins recebidos pelos mineradores são entregues pelo próprio protocolo de funcionamento, chamado Bitcoin-Core, como se fosse uma "recompensa" pela validação das trocas de moeda virtual feita pela disponibilização do *hardware* do minerador.

Ilegidade da IN 1888/2019 da RFB

A Receita Federal não possui competência para estabelecer, através de instrução normativa, qual a hipótese de incidência e a base de cálculo do Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza, pois as obrigações nela elencadas atinge a "riqueza" de outros impostos, ocasionando a bitributação. Com isso ela violou o artigo 146, III da Constituição Federal que alberga a lei complementar o papel de tratar sobre fatos geradores e a base de cálculo dos impostos.

A utilização do critério da fungibilidade das criptomoedas enseja a ampliação do critério material e da base de cálculo do Imposto de Renda, correndo o risco da União tributar fatos geradores de outros impostos que não são de sua competência, violando o art. 145, I da Constituição Federal. Em que pese a Instrução Normativa violar dispositivo constitucional e a lei infraconstitucional quanto ao critério da materialidade da Regra-Matriz de Incidência Tributária, ela continua gerando efeitos por simplesmente pertencer ao sistema jurídico, pois na teoria do emérito professor, uma norma é válida quando passa a existir. Dessa maneira, a norma continua incidindo e gerando efeitos até que venha outra norma que a retire do sistema ou declare sua inconstitucionalidade. Divergindo de Pontes de Miranda, o professor Paulo de Barros assevera que :

Há certa confusão na doutrina jurídica entre "critérios de validade" da norma (requisitos de pertencibilidade) e seu "fundamento de validade" (fundamentação jurídica), principalmente entre aqueles que trabalham a validade como sinônimo de existência.[...] uma coisa é a validade da norma jurídica e outra a adequação de sua fundamentação jurídica às normas que disciplinam sua produção. Uma norma pode pertencer ao sistema jurídico sem, no entanto, estar de acordo com as regras que disciplinam sua produção ou a sua materialidade. A validade é aferida com a relação de

pertencialidade da norma para com o sistema e não com sua adequação às demais normas existentes neste sistema. Tal averiguação é feita num momento posterior, pressupõe a sua validade e permite-nos dizer se a norma permanecerá, ou não, no sistema.²⁶⁴

Essa Instrução Normativa também é eivada de ilegalidade, pois nem toda transação com criptomoedas enseja acréscimo patrimonial, como é o caso de tributar como ganho de capital a operação de trocas entre diferentes criptomoedas(permuta). É oportuno abordar a usurpação das normas técnicas em matérias jurídicas tributária citada pelo professora Misabel Derzi:

“Somente a lei, formalmente compreendida, vale dizer como ato oriundo do Poder Legislativo, é ato normativo próprio à criação dos fatos jurígenos, deveres e sanções tributárias. Não se deve reduzir a extensão do princípio às atribuições de regulamentar as leis, inerentes às funções do Poder Executivo, constitucionalmente conferidas.[...] No caso do Direito Tributário, a lei tornou-se instrumento raro de veiculação das normas, recorrendo-se, ordinária e abusivamente, aos decretos-leis para a criação e regulação dos tributos federais.²⁶⁵

E, para compreender a construção de normas, necessário o estudo das fontes do direito, uma vez que é por meio do estudo da enunciação que se verificará a validade da produção formal do direito. Contribuindo para a compreensão, expõe com clareza Lourival Vilanova que:

As normas de organização (e de competência), e as normas do "processo legislativo", constitucionalmente postas, incidem em fatos e os fatos se tornam jurígenos. O que denominamos "fontes do direito" são fatos jurídicos criadores de normas: fatos sobre os quais incidem hipóteses fáticas, dando em resultado normas de certa hierarquia.²⁶⁶

264 CARVALHO, Aurora Toazini. Curso de Teoria Geral do Direito. São Paulo: Noeses, 2019, p.746.

265 DERZI, Misabel. Tipo ou conceito no Direito Tributário? Revista. Faculdade de direito da UFMG. Belo Horizonte. 1987/1988, p. 220/225.

266 VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: Noeses, 5 ed., 2015, p.29.

Com a precisão de sempre, Paulo de Barros Carvalho explica :

A validação da produção formal do direito se realiza por meio da fiscalização da sua enunciação, possível em face da enunciação (= produção). A enunciação jurídica deixa marcas no texto produzido que permitem a sindicância de seu processo de produção. Os dêiticos de pessoa, espaço e tempo remetem para a enunciação, permitindo a sua reconstrução. Ao tempo que significam o desaparecimento do processo, retratam a produção jurídica por meio dos rastros do processo no produto. Consiste numa metalinguagem que relata a enunciação.²⁶⁷

Desta feita, o exame do processo de enunciação se dará pelas marcas deixadas na descrição normativa, e onde se verificará se o processo de produção dos enunciados foi realizado por autoridade competente, se foi utilizado procedimento próprio, ou seja, se houve vício na produção dos enunciados.

No que tange a competência legislativa, debruçar-se-á sobre os seus limites, quais sejam: se a pessoa política é apta para expedir normas que introduza outras normas no sistema do direito positivo, o espaço e tempo para a realização da conduta e se a conduta era própria do sujeito.

Com mestria defende Tácio Lacerda Gama que, "investigar regime jurídico de certa norma tributária é o mesmo que investigar a competência para a sua criação. E, mais. Cada uma das proposições que delimitam a competência serve, simultaneamente, como critério para aferição de validade."²⁶⁸ No mesmo sentido esse autor analisa essa relação entre a competência e o processo de criação da norma:

Cabe à chamada norma de competência indicar o sujeito da enunciação. É ele que deve desempenhar o ato ou conjunto de atos necessários à produção válida de normas no sistema jurídico. É também essa norma que vincula, por meio de uma relação jurídica, o sujeito competente e os demais sujeitos de direito. No cerne desse vínculo se encontra a possibilidade de editar normas sobre uma matéria qualquer. Mais uma vez, as respostas sobre quem, como e a respeito do que se devem versar as normas para serem jurídicas se encontram nas normas de competência.²⁶⁹

267 IVO, Gabriel. Norma Jurídica: Produção e Controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. XLVI.

268 GAMA, Tácio Lacerda. Competência Tributária, São Paulo: Noeses, 3ª ed., 2019, nota de rodapé da p. 248.

269 GAMA, Tácio Lacerda. Competência Tributária, São Paulo: Noeses, 3ª ed., 2019, nota de rodapé da p. 160.

O instrumento introdutor da norma, que no caso é a instrução normativa, tem que ter por fundamento de validade a relação de compatibilidade que esta (norma criada) estabelece com a norma de competência. Isto porque, no sistema jurídico há a hierarquia das normas, cujas normas de competência estabelece como a norma inferior deve ser criada. Portanto, há hierarquia entre elementos normativos, isto é, quando uma norma é fundamento de validade da outra.

Norberto Bobbio esclarece a possibilidade de delegação a órgãos inferiores o poder de produzir normas jurídicas, senão vejamos:

Fala-se de poder regulamentar, de poder negocial para indicar o poder normativo atribuído aos órgãos executivos e aos privados. (...)

Típico exemplo de fonte delegada é o regulamento em relação à lei.

Os regulamentos são, como as leis, normas gerais e abstratas; no entanto, diferentemente das leis, a sua produção é habitualmente confiada ao Poder Executivo por delegação do Poder Legislativo, e uma das suas funções é aquela de integrar leis demasiado genéricas, que contêm apenas diretrizes de máxima e não poderiam ser aplicadas sem que fossem ulteriormente especificadas.²⁷⁰

A Instrução Normativa não pode ampliar, alterar ou modificar o critério material da regra-matriz de incidência tributária, visto a necessidade de tal matéria ser estrita a lei, consoante artigo 97 do CTN. Cabe apenas a instrução normativa completar, regular e estabelecer regras processuais e orgânicas para a implementação da lei, e este ato administrativo deve estar em consonância com o ordenamento jurídico

E, “ao qualificar sujeito, matéria e finalidade, os enunciados de autorização delimitam a natureza jurídica da norma que será criada. Natureza jurídica é sinônimo de conceito jurídico”²⁷¹. Sendo assim, a Instrução Normativa da Receita Federal não tem competência para alterar o critério material da regra-matriz tributária, e sequer esta instrução normativa é fundamento de validade na norma de competência para tratar de tal matéria. Além de violar o princípio da estrita legalidade tributária, estabelecida no artigo 150, inciso I da Constituição Federal.

²⁷⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico.; tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: EDIPRO, 2 ed., 2014, p.51.

²⁷¹ GAMA, Tácio Lacerda. Competência Tributária, São Paulo: Noeses, 3ª ed., 2019, nota de rodapé da p. 261.

Conclusão

Num cenário onde crescem os avanços das tecnologias disruptivas no modo de se relacionar com o dinheiro, substituindo este por uma moeda virtual, traz diversas consequências nas relações jurídicas - tributárias. Por vezes, a dinâmica dos acontecimentos econômicos e sociais são mais voláteis que dinâmica jurídica. Havendo uma dificuldade na conceituação de alguns institutos e na sua regulamentação. Em que pese tais entraves, jamais poderemos admitir a deturpação do direito com práticas administrativas que fogem da sua competência. Se a ausência de regulamentação na definição da natureza jurídica das criptomoedas e o modo como deve ocorrer sua tributação é grave e gera insegurança jurídica, de maior gravidade é a sua má regulamentação, feita por órgãos administrativos que usurpam a competência do legislador e não respeitam os requisitos exigidos por lei. A inércia legislativa em tratar sobre assuntos econômicos, financeiros e tributários gera uma cultura pragmaticista em que muitas vezes levam os tribunais ou autarquias a criar o direito sem possuir competência e técnica para tal mister.

É necessário respeitar o processo de formação das normas e a sua semântica nas relações jurídicas por ela estabelecidas. Dessa forma, o critério material do Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza deve estar de acordo com seus limites legais e constitucionais, não podendo, assim, ser alterados pela prática administrativa ou financeira. Se nem o legislador poderá desrespeitar a semântica do signo "renda e proventos de qualquer natureza", menos ainda poderá as autoridades administrativas.

Nem toda operação com "moedas virtuais" ensejará o acréscimo patrimonial que demarca a materialidade do IR. Com isso, não poderá o Fisco abranger o núcleo da hipótese de incidência e por consequência a sua base de cálculo sem observar os planos sintáticos, semânticos e pragmáticos da norma jurídica.

Bibliografia

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. A função dominante na linguagem do Direito Positivo, Brasília: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, vol. 12, 2018.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. Incidência Jurídica: Teoria e Crítica. São Paulo: Noeses, 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico.; tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2º ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, p.51.

CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptomoedas e Blockchain. O direito no Mundo Digital. 2ª edição. Ed.Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo Lógico-Semântico. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. Fundamentos jurídicos da incidência no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2012.

DERZI, Misabel. Tipo ou conceito no Direito Tributário? Belo Horizonte: Revista. Faculdade de direito da UFMG, 1987/1988.

GALVÃO, Lucas de Britto. Tributar na era da Técnica: Como as Definições Feitas Pelas Agências Reguladoras Vêm Influenciando a Interpretação das Normas Tributárias. São Paulo: Noeses, 2018.

GAMA, Tácio Lacerda. Competência Tributária, São Paulo: Noeses, 3ª ed., 2019.

GOMES, Eduardo de Paiva. GOMES, Daniel de Paiva. "A incidência de imposto de renda sobre a aquisição originária de criptomoedas: a tributação da mineração de bitcoins". PISCITELLI, Tathiane, LARA, Daniela. Tributação da economia digital. 2ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Thomson Reuters, 2020.

IVO, Gabriel. Norma Jurídica: Produção e Controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. XLVI.

MCNAUGHTON, Charles William. Curso de IRPF. São Paulo: Noeses, 2019.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: Noeses, 5 ed., 2015, p.29.

Site: www.infomoney.com.br/minhas-financas/novas-regras-do-imposto-de-renda-como-declarar-bitcoin-e-outras-criptomoedas/. Acessado em: 02 de março de 2020.

Site: exame.abril.com.br/seu-dinheiro/cvm-autoriza-fundos-a-aplicarem-emcriptomoedas-no-exterior/. Acessado em: 02 de março de 2020.

Site: www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acessado em: 02 de março de 2020.

AS EFICÁCIAS E INEFICÁCIAS DAS REGULAMENTAÇÕES VIGENTES SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO

PAULO VICTOR BARROSO EVANGELISTA:

Bacharelado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA

RESUMO: Este projeto visa analisar e evidenciar as problemáticas advindas do novo modelo econômico (*e-commerce*) sob o aspecto jurídico, demonstrando as lacunas existentes na legislação pátria sobre a matéria, as quais estão sujeitas a gerar possíveis ineficiências na aplicação normativa para a solução dos conflitos.

Palavras-chave: Comércio Eletrônico; Conflitos Judiciais; Eficácias e Ineficácias das Legislações Vigentes.

ABSTRACT: This project aims to analyze and highlight the problems arising from the new economic model (*e-commerce*) under the legal aspect, demonstrating the existing gaps in the country's legislation on the matter, which are subject to generating possible inefficiencies in the regulatory application for the resolution of conflicts.

Keywords: E-commerce; Legal Conflicts; Effectiveness and Ineffectiveness of Current Legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Como surgiu o Comércio Eletrônico .3 Quais os principais problemas originados do E-commerce. 4. Como o E-commerce está sendo regulamentado. 5. Quais as principais lacunas legislativas a serem sanadas para o melhor funcionamento do E-commerce. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. Introdução

Através do desenvolvimento tecnológico e das evoluções das atividades capitalistas, as práticas comerciais vêm cada vez mais adquirindo novas formas, onde é possível evidenciar a *internet* como objeto principal dessas inovações. Em decorrência desse cenário, é que emergiu o novo modelo econômico denominado *e-commerce*, o qual se caracteriza basicamente pela realização de transações comerciais através da *internet* e dos meios eletrônicos.

Em decorrência destes avanços nas transações comerciais, aflorou-se novas formas de conflitos entre as partes utilizadoras dessa nova ferramenta, pois, a realização de compra e venda de produtos e serviços *on-line* apesar de possuir características gerais baseadas nos modelos comerciais tradicionais, trouxe consigo também novas formas e métodos de comercialização.

Inicialmente, é importante destacar que, em função do progresso e expansão da tecnologia e da *internet*, as práticas comerciais tornaram-se cada vez mais globalizadas, aumentando ainda mais os níveis de interações entre fornecedores e consumidores de bens e serviços de todo o mundo, gerando a necessidade de se obter uma maior padronização nos métodos de comercialização, bem como nos tipos de legislações aplicáveis à essas novas espécies de conflitos.

Neste cenário, as Nações Soberanas bem como as grandes organizações mundiais vêm buscando meios para regulamentar e padronizar os mercados digitais. Contudo, por se tratar de uma modalidade contemporânea de comércio, muitos dos conflitos originados através da utilização desse novo modelo econômico ainda não haviam sido experimentados pela sociedade, e, por consequência disso, os órgãos competentes para solucionar esses conflitos ainda encontram dificuldades de promover a melhor solução para cada caso.

Cabe ressaltar que muitas das matérias que são objetos de controvérsias no âmbito judicial, são capazes de serem administradas por meio das legislações gerais pré-existentes, mas, de acordo com o que será demonstrado a seguir, ainda existem questões obscuras que podem gerar embaraços e por em risco a seguridade do negócio jurídico praticado.

2. Como surgiu o comércio eletrônico

O surgimento do comércio eletrônico está relacionado com diversos avanços tecnológicos decorrentes do período de guerras no século XX e, dentro desses avanços, é fundamental imporcitar a origem do computador no contexto da segunda guerra mundial e a origem da *internet* no contexto da Guerra Fria.

Inicialmente, a criação da *internet* possuía cunho exclusivamente militar, mas, posteriormente, o projeto foi ampliado para o meio acadêmico e empresarial. Para melhor entendimento deste cenário, destacamos o que diz Arystóbulo Freitas (2006, p. 23):

Assim, surge, por volta de 1970, a possibilidade de diversos usuários acessarem o mesmo programa, ao mesmo tempo. Também, a possibilidade de envio de mensagens (correios eletrônicos), transferência de arquivos e acesso a bancos de dados. A partir daí, o projeto da Internet sai dos meios militares, ingressando nas grandes universidades norte-americanas. Em 1990, a rede, já dividida para fins militares e acadêmicos, passa a aceitar conexões com empresas comerciais. O passo seguinte foi a interligação também com os cidadãos isolados, que nessa época já possuíam computadores em suas residências, graças à democratização dos PCs (Personal Computer).

Isto posto, impende também destacar que apesar do uso da *internet* para compra e venda de produtos e serviços ter iniciado em 1970, foi só através da criação do *World*

Wide Web (Rede Mundial de Computadores) que este novo modelo de comércio ganhou um grande crescimento. Sobre esta matéria cabe trazer as lições dos mestres Claudio Paoliello e Antonio Furtado (2004, p. 1-2):

O comércio eletrônico começa a ser praticado de acordo com o objetivo mais geral de realizar negócios por meios eletrônicos. Desta forma, pode-se definir o Comércio Eletrônico como aquele que envolve o intercâmbio de bens físicos e não tangíveis (como informação ou um software) através de etapas que se iniciam com o marketing on-line e com o gerenciamento dos pedidos, do pagamento, da distribuição e dos serviços de pós-venda. A Internet e a WWW permitiram que o Comércio Eletrônico ficasse mais acessível para um grande volume de novos usuários. E esse acesso, dependendo da natureza tecnológica da conexão, deve permitir uma interação mais segura, mais rápida e mais fácil.

Já no Brasil, o comércio eletrônico iniciou-se a partir do ano de 1995, onde ocorreu a entrada de grandes empresas físicas no âmbito virtual, inclusive a Amazon, a qual foi decisiva para a consolidação desse novo método de comércio e, desde aquele período, o *e-commerce* vem crescendo exponencialmente a cada ano.

Segundo pesquisas realizadas pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico, em parceria com o movimento Compre&Confie, com o advento da pandemia a receita do *e-commerce*, nos seis primeiros meses de 2020, cresceu 65,7%, indo de 63,4 bilhões para 105,6 bilhões de reais, superando a média de crescimento padrão.

Atualmente, o comércio digital tem sido o oxigênio para que muitas empresas continuem se mantendo vivas, pois, em decorrência da política adotada pelos governos no período de pandemia, muitos estabelecimentos físicos não suportaram a crise que se instaurou e tiveram que fechar suas portas.

Em contrapartida, é possível observar nos dados econômicos fornecidos pelo Ministério da Economia que, em virtude dos fomentos e da desburocratização de órgãos dos entes federativos, o Brasil tem registrado um aumento maior na abertura de novos negócios, do que no próprio fechamento de empresas, vejamos o que consta no *site* no Ministério da Economia:

Brasil ultrapassou os 20 milhões de empresas em atividade, marca impulsionada pelo desempenho na abertura de novos negócios em 2020, o melhor em pelo menos uma década. O tempo médio para abrir novas empresas é outro aspecto positivo para o empreendedor: foi reduzido à metade nos dois últimos anos. Enquanto em janeiro de 2019 era de 5 dias e 9 horas, agora é de 2 dias e 13 horas. Os dados foram detalhados nesta terça-feira (2/2) na apresentação do boletim anual do Mapa de Empresas pela Secretaria Especial de

Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

Em 2020 foram abertas 3.359.750 empresas, um recorde. É um aumento de 6% na abertura de negócios em relação ao ano anterior. No mesmo período, ocorreu o fechamento de 1.044.696 empresas, o que representa queda de 11,3% na comparação com 2019. O saldo positivo é de 2.315.054 empresas abertas.

Desde janeiro de 2019, o tempo médio de abertura de empresas foi reduzido mais da metade e hoje já temos mais de 45% das empresas abertas em menos de um dia”, destacou o secretário especial adjunto de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, Gleisson Rubin. “Temos observado que, quadrimestre a quadrimestre analisado, o tempo médio de abertura tem caído, o que demonstra que as medidas adotadas têm surtido efeito e o Brasil caminha para a sua meta, que é obter o tempo de abertura em todo o país inferior a um dia. E a extração de dados feita agora, em 22 de janeiro, aponta a existência de mais de 20 milhões de empresas no Brasil. É a primeira vez que esse indicador supera essa marca.

Medidas recentes que facilitam a vida do empreendedor propiciaram a redução no tempo para abrir novos negócios e favoreceram as pessoas a tomar a decisão de empreender. É o caso da transformação digital impulsionada pelo governo federal e que já atinge todas as 27 juntas comerciais – existe uma por unidade federativa.

O governo do futuro será digital e integrado. 2020 foi um ano difícil para todos nós. Os brasileiros foram à luta, abriram seus pequenos negócios e estão virando o jogo”, ressaltou o secretário de Governo Digital, Luis Felipe Monteiro. “Do lado do governo, investimos forte na transformação digital e no diálogo com os estados e municípios, colocando os serviços na palma da mão do cidadão, a qualquer hora e em qualquer lugar. Mesmo diante do cenário de pandemia, tivemos recorde histórico (grifo nosso).

Neste sentido, é possível evidenciar que o mercado digital é a ferramenta do futuro e tem sido fundamental para a retomada do progresso econômico mundial, pois, possui várias características que auxiliam os fornecedores e consumidores à atingir grandes resultados de forma mais célere, prática e econômica. Porém, não podemos nos abster de

que esta ferramenta também possui seus riscos e, para que se possa continuar crescendo, esses riscos precisam ser sanados.

3. Quais os principais problemas originados do e-commerce

O *e-commerce* trouxe ao meio social grandes avanços e benefícios, todavia, em decorrência de suas peculiaridades, também ensejou uma série de novas problemáticas e ameaças à dignidade e ao patrimônio dos seus usuários.

Um dos mais relevantes aspectos prejudiciais ao desenvolvimento e utilização do comércio eletrônico é a sua falta de segurança na contratação de bens e serviços, pois, como se trata de modalidade *on-line* de negociação, há maiores possibilidades de ocorrência de fraudes e de práticas de ilicitudes.

Os exemplos mais comuns deparados por usuários quando realizam compras pelo meio virtual é a inexistência do vendedor, falta de entrega do produto, emissão de nota fiscal falsa e também a violação no sigilo das informações pessoais. Tais circunstâncias se dão por vários motivos, que vão desde a insuficiência de regulamentações que estabeleçam diretrizes na utilização dos meios eletrônicos para a prática do comércio, até mesmo a falta de promoção de políticas e programas sociais de conscientização sobre o *e-commerce*.

Em suma, cabe ao próprio consumidor tomar as precauções necessárias para não sofrer danos materiais e morais. Sobre este ponto é válido destacar o que diz o Advogado Philippe Pacheco (2015):

Não é necessário que sejamos *experts* na ciência da computação para nos protegermos das ameaças que se apresentam, todavia devemos conhecer pelo menos o mínimo para que venhamos a exercer uma navegação preventiva, evitando cair em armadilhas. A grande maioria da população não é composta por grandes penalistas, todavia a maior parte de nós sabe o que é um estelionato e como se proteger dele, bem como sabemos identificar uma propaganda abusiva ou uma propaganda enganosa quando somos expostas a elas. Diante disso, é extremamente válido conhecer o que são e como agem as mais comuns espécies de ameaça virtual.

Destarte, é possível verificar que boa parte dos problemas advindos das práticas comerciais podem ser evitados pela simples diligência e cuidado dos usuários ao realizar as transações *on-line*, entretanto, há situações que fogem do domínio das partes contratantes, necessitando da criação de normas que estabeleçam critérios para que a negociação ocorra de forma segura.

Para melhor compreensão da matéria, convém suscitar, primeiramente, uma decisão judicial que versa sobre possíveis fraudes nas negociações, vejamos:

TJ – RS – Apelação Cível AC 70079479556 RS (TJ-RS)

Jurisprudência Data de Publicação 20/03/2019

AÇÃO CONDENATÓRIA. VENDAS REALIZADAS ATRAVÉS DE E-COMMERCE. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. VENDAS POR E-COMMERCE COM UTILIZAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO ATRAVÉS DO SISTEMA DA OPERADORA RÉ. CONCRETIZAÇÃO DAS VENDAS PELA AUTORA COMERCIANTE DEMONSTRADA. ENTREGA DAS MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIAS DE DESRESPEITO ÀS NORMAS DE SEGURANÇA. DESCABIMENTO DE ESTORNO POSTERIOR DE VALORES SOB ALEGAÇÃO DE FRAUDE. Cabe a ré, operadora do sistema de pagamento através do cartão de crédito, a responsabilidade pela higidez das transações que previamente autoriza. No caso concreto, não estando comprovada qualquer negligência ou desrespeito às normas de segurança pela autora vendedora, tendo essa demonstrado a concretização das vendas com a remessa das mercadorias adquiridas através do e-commerce, após autorizada a transação pelo sistema, descabe o posterior estorno pela operadora sob o argumento de fraude. Os lojistas se utilizam do sistema confiando exatamente na aparência de segurança que confere às transações efetuadas. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70079479556 , Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 13/03/2019) (Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=E-commerce>. Acesso em: 25 de jun. 2021).

Conforme se extrai do caso acima, a parte autora comerciante, ingressou em meio judicial para buscar a validade de um negócio jurídico firmado com a parte ré, a qual esta alegou possível fraude na utilização do seu cartão de crédito e, a partir da análise do caso e das provas produzidas, o magistrado deu provimento ao pedido da parte autora, reconhecendo a existência do negócio jurídico.

É possível evidenciar através deste caso, que a contratação eletrônica de bens e serviços em muitas ocasiões, não precisa passar por uma convalidação pessoal, bastando

apenas a transmissão eletrônica de dados para sua consumação, caracterizando, assim, um grau de informalidade que pode gerar diversos tipos de prejuízos às partes.

Assim sendo, é indubitável que existem objetos de lides em matéria de *e-commerce* que, por não possuir instruções que sirvam de base dentro do ordamento jurídico, muitos casos são solucionados pela mera interpretação do magistrado, acarretando em certos casos julgamentos desproporcionais e injustos.

4. Como o e-commerce está sendo regulamentado

Inicialmente, cumpre destacar que quando o comércio eletrônico chegou ao Brasil, este passou a ser regulamentado por duas principais legislações que regulam, de maneira geral, o negócio jurídico, os contratos e as relações comerciais, que é o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, os quais até hoje são as principais fontes de utilização da jurisdição pátria para a resolução dos conflitos provenientes do *e-commerce*.

Todavia, essas legislações foram promulgadas antes da chegada do comércio eletrônico no país, o que inviabilizou o legislador de regulamentar a matéria em decorrência da ausência de amplas informações. Cumpre elucidar que mesmo com a atualização do código civil em 2002, os redatores desta lei alegam omissão na regulamentação do comércio eletrônico em virtude da falta de doutrina e legislação estrangeira sobre os casos.

Entretanto, é imperioso mencionar que a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional), órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, publicou no ano de 1995 uma lei modelo para o comércio eletrônico, como forma de orientar os países na reformulação de sua legislação interna, o que impulsionou vários países a adotarem as diretrizes da lei modelo.

Diante de tais questões, foi evidenciado pela doutrina brasileira sobre a necessidade de adequação das leis brasileiras a este novo modelo de comércio com o objetivo de suprir as lacunas ainda existentes nas legislações atuais e padronizar ainda mais estas relações comerciais.

Importante citar o que diz o jurista Fabio Ulhoa Coelho (2006, p. 36), acerca da revisão do Código de Defesa do Consumidor:

Hoje, os direitos dos consumidores estão consolidados e, a despeito das imperfeições técnicas, o CDC é, sem dúvida, o mais importante fator de consolidação. Não há mais como retroceder nas conquistas que o movimento consumerista obteve no direito positivo brasileiro. É chegada a hora, então, de cuidarmos do apuro técnico de nossa lei. No bojo da revisão do CDC, caberá certamente disciplinar o comércio eletrônico, que não existia em 1990, com o objetivo de suprir lacunas e modernizar o direito positivo brasileiro.

Em atenção às necessidades de modernização das normatizações existentes, o Brasil vem adotando medidas iniciais com o intuito de regulamentar as regras básicas da atividade comercial eletrônica: uma delas foi a sanção do Decreto Nº 7962/2013, a qual reforçou a essencialidade de uma melhor publicidade nas ofertas de bens e serviços, bem como sobre a qualidade no atendimento aos fornecedores.

Contudo, mesmo com advento de algumas regulamentações sobre as transações comerciais *on-line*, ainda não se conseguiu preencher algumas omissões deixadas pelo CDC e pelo Código Civil, o qual se faz necessário a criação de lei específica para solucionar as questões controversas.

5. Quais as principais lacunas legislativas a serem sanadas para o melhor funcionamento do comércio eletrônico

De acordo com o que já fora explanado, mesmo após tentativas de adequação legislativa diante dos acontecimentos no ambiente eletrônico, as legislações vigentes ainda não possuem base normativa sobre diversos assuntos essenciais para o bom funcionamento do comércio virtual e um dos exemplos evidenciados acima é a ausência de regulamentação sobre a assinatura digital e certificação digital para dar validade jurídica às contratações feitas de forma virtual.

O Código Civil mesmo após a reformulação no ano de 2002, apenas tratou a contratação eletrônica de forma indireta, vejamos o que diz o artigo 428 do CC/02 sobre a formação de contratos:

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. **Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; (grifo nosso)**

De acordo com a norma supracitada, é considerada presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante. Diante disto, há entendimento

doutrinário que a contratação por meio eletrônico se enquadra dentro das diretrizes deste artigo, por se tratar de meio de comunicação semelhante ao telefone.

Todavia, a legislação mencionada não traz qualquer segurança jurídica sobre as contratações eletrônicas, pois, levando em consideração que o ambiente virtual não é cem por cento seguro, há possibilidade de ocorrer diversas fraudes na contratação de bens ou serviços, onde terceiros de má fé podem se utilizar de dados pessoais de outras pessoas para realizar compras e vendas de bens e serviços.

Atualmente, houve a sanção da Lei 14.063/2020 que dispôs sobre o uso de assinaturas eletrônicas para a proteção de informações pessoais e dar eficiência a segurança dos serviços públicos prestados, sobretudo em ambiente eletrônico. Todavia, esta Lei não se aplica entre pessoas naturais ou entre pessoas jurídicas de direito privado. Vejamos o que versa a Lei em vigor:

Art. 2º Este Capítulo estabelece regras e procedimentos sobre o uso de assinaturas eletrônicas no âmbito da:

I - interação interna dos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos dos entes federativos;

II - interação entre pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado e os entes públicos de que trata o inciso I do caput deste artigo;

III - interação entre os entes públicos de que trata o inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. O disposto neste Capítulo não se aplica:

I - aos processos judiciais;

II - à interação:

a) entre pessoas naturais ou entre pessoas jurídicas de direito privado (grifo nosso).

Impende salientar que existe atualmente um projeto de Lei de nº 1589/99 que tramita na câmara dos deputados que dispõe de maneira genérica sobre as regras de

comércio eletrônico, validade de documentos e transações e assinatura digital, baseando-se nos termos legais da Lei modelo da UNICITRAL.

Sendo assim, conforme vislumbrado, através de um dos vários exemplos existentes no que concerne a omissões legislativas, é latente o estado de fragilidade dos consumidores em face da ausência de segurança jurídica no ambiente virtual e tais questões só prejudicam o maior crescimento do comércio eletrônico, em virtude da ausência de confiança dos consumidores nas transações comerciais. Vejamos o que reitera Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 36-37):

Confiança é chave para o desenvolvimento do comércio eletrônico. Para se firmar como alternativa de consumo, ele deve inspirar credibilidade.

Do lado do comércio eletrônico, a postura dominante tem sido a de preservar e ampliar a confiança do usuário, a qualquer custo. O segredo da sobrevivência na rede mundial está, por enquanto, em não permitir que o consumidor tenha má experiência de consumo. Mesmo que o consumidor não tenha, estritamente falando, razão em reclamar, o mais importante, nesse momento da trajetória do comércio eletrônico, é cativar sua confiança.

Portanto, se faz imprescindível para esta nova forma de contratar um corpo normativo que não tão somente der validade jurídica ao contrato eletrônico, mas também que possa dar segurança aos contratantes e aos negócios firmados.

6. Considerações finais

A cada ano que se passa o progresso tecnológico vem aperfeiçoando as relações comerciais, fazendo com que as atividades econômicas alcancem de forma mais rápida e prática o maior número de usuários, rendendo lucros cada vez maiores para a classe empreendedora.

O comércio eletrônico está no caminho de se tornar a ferramenta principal para o desenvolvimento financeiro dos países, ocorrendo, assim, a necessidade de garantir que esse modelo econômico possa funcionar de maneira adequada.

É possível observar que muitas medidas vêm sendo adotadas com intuito de normatizar o ambiente virtual, contudo este novo modelo econômico ainda passa por diversas transformações, surgindo diversos fatos oriundos dessas relações consumeiristas.

É evidente que para que esta nova atividade geradora de renda alcance cada vez mais sucesso, deve possuir essencialmente em sua base a segurança jurídica, pois, a confiabilidade dos consumidores é o fator decisivo para que este novo modelo econômico possa progredir.

É consabido que todo negócio jurídico possui riscos e que é necessário que os contratantes tomem as devidas cautelas para evitar perdas e danos, todavia também se faz necessário que o Estado promova diretivas que norteiem a utilização dessa atividade comercial, as quais possam atuar de maneira a prevenir a prática de ilicitudes e que possam assegurar às vítimas de possíveis lesões a devida reparação moral e patrimonial.

Conforme fora observado, ainda existem algumas matérias que carecem de legislações que padronizem seu funcionamento, pois, apesar do comércio eletrônico possuir uma alta capacidade de rentabilidade, ainda possui uma alta capacidade de gerar prejuízos.

Portanto, constata-se que é imprescindível a reformulação do ordenamento jurídico pátrio, para que o mesmo possa se adequar aos novos avanços tecnológicos, e regulamentar de forma devida o comércio eletrônico.

Referências Bibliográficas

COELHO, F. U. **Revista do Advogado**, nº 89, p.31-36. São Paulo: AASP, 2006.

BRASIL. Lei. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm . Acesso em: 26 de nov. 2020.

BRASIL. Lei. 14.063 de 23 de setembro de 2020. Dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas e em questões de saúde e sobre as licenças de softwares desenvolvidos por entes públicos; e altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14063.htm Acesso em: 26 de nov. 2020.

FREITAS, A. **Revista do Advogado**, nº 89, p. 23. São Paulo: AASP, 2006.

PAOLIELLO, C. de M.; FURTADO, A. L. **Sistema de Informação para comércio eletrônico.** Disponível em: <https://pt.slideshare.net/GabrielFaustino/sistema-de-informao-para-ecommerce>. Acesso em: 26 de nov. 2020.

PACHECO, P. **Comércio eletrônico: Conflitos judiciais decorrentes de relações de consumo virtual, 2015.** Disponível em: <https://phillipepacheco.jusbrasil.com.br/artigos/185492042/comercio-eletronico-conflitos-judiciais-decorrentes-de-relacoes-de-consumo-virtual>. Acesso em: 26 de nov. 2020.

TJ – RS – Apelação Cível AC 70079479556 RS (TJ-RS). Jurisprudência. 20 de mar. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=E-commerce>. Acesso em: 25 de jun. 2021.

AMAZÔNIA AZUL: NECESSIDADE DE CONSCIENTIZAÇÃO DA SOCIEDADE SOBRE A MENTALIDADE MARÍTIMA

EMILY ELEN ALVES PILOUCHAS:

Advogada. Especialista em Direito Militar, pelo IPB Instituto Pedagógico Brasileiro) e Direito Público e Privado, para a Carreira da Magistratura, pela EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)

RESUMO: O trabalho tem por foco analisar a região marítima intitulada como Amazônia Azul, apresentando suas singularidades que garantem ao Brasil aspectos relevantes para a Defesa Nacional do país. A partir dessa análise, será possível entender como a sociedade pode e deve ser inserida no contexto de Defesa Nacional a fim de perseguir os interesses legítimos de Soberania do Brasil. Por meio do método hipotético-dedutivo, são analisadas as estratégias Nacionais adotadas no seio da Política Nacional de Defesa, conferindo legitimidade e reforço das orientações e programas proporcionados pela Marinha do Brasil, importantes para consciência da sociedade sobre os aspectos da mentalidade marítima. Constatou-se que a grande diversidade biológica e natural da Zona Econômica Exclusiva (ZEE), assegura ao país uma prerrogativa de grande valia à população para o desenvolvimento de uma Nação forte e soberana, apesar das inúmeras agruras provenientes dos obstáculos e dificuldades próprios de uma região colossal como o mar. Apesar das adversidades, são encontrados muito mais vantagens e privilégios ao Brasil em relação a outros países que não possuem essa localização distinta no continente sul-americano.

Palavras-chave: Amazônia Azul. Defesa Nacional. Mobilização Nacional.

ABSTRACT: The work focuses on analyzing the maritime region called the Blue Amazon, presenting its singularities that guarantee relevant aspects to Brazil's National Defense. From this analysis, it will be possible to understand how society can and should be inserted in the context of National Defense in order to pursue the legitimate interests of Sovereignty of Brazil. Through the hypothetical-deductive method, the National strategies adopted within the National Defense Policy are analyzed, providing legitimacy and strengthening the guidelines and programs provided by the Brazilian Navy, which are important for society's awareness of aspects of the maritime mentality. It was found that the great biological and natural diversity of the Exclusive Economic Zone (EEZ) assures the country a prerogative of great value to the population for the development of a strong and sovereign Nation, despite the numerous hardships arising from the obstacles and difficulties inherent in a colossal region like the sea. Despite the adversities, there are many more advantages and privileges for Brazil in relation to other countries that do not have this distinct location in the South American continent.

Keywords: Blue Amazon. National defense. National Mobilization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Transformação de Consciência para construção de uma estratégia Nacional; 3. A Amazônia Azul e sua relevância para o Brasil; 3.1. O Direito Internacional; 3.2. Recursos à disposição do Brasil; 4. A Sociedade como Estratégia de Mobilização Nacional; 5. Conclusão; 6. Referências.

1- INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a imensa área marítima denominada por Amazônia Azul, expondo suas características e elementos de suma importância para o Brasil. Tem por escopo descrever a influência de sua magnitude para a Defesa Nacional do país e a imprescindibilidade de conhecimento e compreensão que a sociedade precisa ter sobre o dever pátrio e responsabilidade de manutenção e conservação da zona marítima para Defesa do País.

Com este fim, serão identificados os atributos e qualidades da região em estudo, analisando o processo de formação e limites traçados, bem como verificar por meio de posição doutrinária e legislativa acerca do tema, a finalidade de reforçar a seriedade e relevância da Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional.

Por meio dessa análise, serão identificados os pontos estratégicos necessários para transmitir a consciência de Nação à sociedade a qual, por meio de estratégias de mobilização Nacional, realizadas por operações da Marinha do Brasil, deve ser desenvolvida a Defesa do Brasil.

No primeiro momento, será introduzido o conceito de Defesa Nacional, explicando os motivos que levam a sociedade a demandar uma transformação de mente quanto aos primitivos conceitos de Defesa. Em seguida, será apresentada as peculiaridades da alcunhada Amazônia Azul e suas peculiaridades legais, econômicas e sociais.

Após a compreensão analítica dessa região marítima brasileira, será discutido como a sociedade pode e deve atuar como meio de estratégia Nacional, a partir de orientações, diretrizes e programas oferecidos pela Marinha do Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de substanciá-las e fortificá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à

temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

2 TRANSFORMAÇÃO DE CONSCIÊNCIA PARA CONSTRUÇÃO DE UMA ESTRATÉGIA NACIONAL

A Defesa Nacional é realizada por um conjunto de medidas e ações do Estado, com destaque relevante para o plano militar, com o propósito de assegurar a independência territorial, ameaças externas, sejam elas potenciais ou manifestas e garantir a soberania da Nação (PND/END, p. 14-15).

O projeto contendo o plano de Política Nacional de Defesa e Estratégia de Defesa Nacional afirma que o Brasil, por não ter tido muitas experiências com guerras, necessita de um plano estratégico de Defesa pautado na transformação da consciência, uma vez que as pessoas não conseguem assimilar a necessidade de defesa, sem precedentes claros e iminentes de uma guerra (PND/END, p. 41-42).

Isso quer dizer que, as pessoas não possuem lucidez da necessidade de Defesa Nacional, pois não é evidente sua necessidade, já que não há premência de guerra provável. Entretanto, conforme é trazido no projeto de Decreto Legislativo, somente trazer argumentos da utilidade de tecnologia e conhecimento não são suficientes para movimentar o povo em prol de uma mente defensiva.

Deste ponto de vista, Roger Pereira (2019) traz a seguinte proposição da Marinha do Brasil:

A Marinha sustenta que, apesar do Brasil estar em uma área teoricamente livre de grandes conflitos, atuando no cenário internacional baseado na legitimidade dada pelas Organizações Internacionais Governamentais, a história mostra que se um Estado possui um bem valioso, sobre o qual há uma iminente cobiça ou demanda de outros atores, existe uma situação de insegurança para esta nação, que deve se cercar de meios dissuasivos de poder.

Nesse intuito, a transformação da consciência é fator importante para a construção de uma estratégia Nacional em prol da Defesa Nacional. E para isso, é necessário o impulso de preparação para o combate por meio da cultura do hábito da transformação, ou seja, implementar práticas voltadas para conversão de mudanças

provenientes de enfrentamentos para uma cultura de práticas preventivas de defesa mediante dissuasão²⁷².

Assim, é corroborado pela Estratégia Nacional de Defesa (PND/END, p. 46-47), pela Diretriz nº. 1, que traz em seu bojo a seguinte orientação: “Dissuadir a concentração de forças hostis nas fronteiras terrestres, nos limites das águas jurisdicionais brasileiras, e impedir-lhes o uso do espaço aéreo nacional.”

Desta forma, a plausível Defesa Nacional deve ser desenvolvida por meio da mentalidade da sociedade em prol de se obter a força necessária a defender o território nacional, seus interesses econômicos e sua soberania, a qual é reforçada pelo processo de mentalidade marítima, que nada mais é, que a consciência dessa mentalidade direcionada aos aspectos do mar.

3 A AMAZÔNIA AZUL E SUA RELEVÂNCIA PARA O BRASIL

A Amazônia Azul (MARINHA DO BRASIL) é uma área marítima localizada ao redor da costa brasileira, formada por cerca de 4,5 milhões de quilômetros quadrados, abundante em biodiversidade e recursos minerais. Conhecida por sua equivalência continental com a floresta Amazônica, com cerca de 53% do território brasileiro, e é classificada como Zona Econômica Exclusiva (ZEE) e Plataforma Continental.

Esse conceito e limites foram estabelecidas na 3ª Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, em 1982, pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e assinada por 118 países, incluindo o Brasil.

Entretanto, a Convenção não estabeleceu pontualmente quais os limites estariam abrangidos nessa área, como por exemplo a Plataforma Continental, uma vez que a definição depende de panoramas detalhados e pesquisas científicas entre os países envolvidos e devotados a esse documento. Dessa forma, a partir desses levantamentos, é necessário aguardar a aprovação da Comissão de limites da ONU para que possam gozar do privilégio dessa área.

3.1 O DIREITO INTERNACIONAL

O Brasil, por meio da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM), formado pela Marinha do Brasil, Petrobrás e da Comunidade Científica, é responsável pelo

²⁷² Segundo a Doutrina Militar de Defesa, “caracteriza-se pela manutenção de forças militares suficientemente poderosas e prontas para emprego imediato, capazes de desencorajar qualquer agressão militar”.

encargo de realizar os levantamentos necessários para definição dos limites da Amazônia Azul (AMAZÔNIA..., com adaptações).

Uma área em torno de 760 mil quilômetros quadrados já foi pleiteada e aprovada pela Comissão de limite da ONU. No entanto, fundamentado em motivos de imprecisão de informações, foram negados cerca de 190 mil quilômetros do pedido total, feito em 2004.

Nesta ótica, Roger Pereira (2019) aponta que “a navegação, pesca, turismo, geração de energia renovável, e, principalmente, extração de petróleo e gás fazem da faixa oceânica fundamental para a economia e a soberania do país. A ponto de o Brasil pleitear junto à Organização das Nações Unidas (ONU) a ampliação do que é chamado de Zona Econômica Exclusiva (ZEE) em mais 2 milhões de km²”.

Essas áreas reconhecidas como águas jurisdicionais brasileiras ficam a encargo da Marinha do Brasil, que tem como função zelar por essa extensa zona da Amazônia Azul. Isso porque, por sua extensão, necessita de meios de vigilância e controle a fim de salvaguardar, preservar e conservar as áreas jurisdicionais brasileiras, voltadas para garantia da Soberania e interesses Nacionais.

3.2 RECURSOS À DISPOSIÇÃO DO BRASIL

A Amazônia Azul traz uma grande diversidade de seres vivos que habitam o mar profundo. Entretanto, devido a aspectos de natureza físico-químicos das águas oceânicas, pobre em nutrientes, resulta na limitação das espécies e conseqüentemente na quantidade de peixes.

Por isso, há muita disputa entre milhares de pescadores nesta região, que utilizam deste recurso para manter o sustento e sobrevivência de suas famílias. Além disso, nas últimas décadas, a região teve aumento de sua movimentação, causadas por pesca industrial, ocasionando ameaças de poluição na costa, o que trouxe outros infortúnios preocupantes, que merecem atenção do país.

Segundo a Amazul (AMAZÔNIA AZUL TECNOLOGIAS DE DEFESA S.A. – AMAZUL, p. 1-3), a prática da aquarioria, atividade que explora, de forma indevida, peixes ornamentais, é outro fator que piora o cenário de conservação da biodiversidade, tendo em vista que retira do ecossistema os animais e partes das “rochas vivas” dos corais brasileiros, no intuito de colocá-los à venda, para exportação.

O controle e inibição dessas práticas ilegais é difícil, em virtude da amplitude dessa região oceânica objeto de estudo e, por isso, ainda é bastante frequente e danosa à preservação desse espaço.

Os recursos minerais, também de valor inestimável na região, cuja exploração representa cerca de 4% do PIB nacional, tem grande potencial de exploração. É por meio da extração do petróleo e do gás natural que o Brasil impulsiona a realização de inúmeras atividades da sociedade, sendo considerado recurso básico da sociedade industrial contemporânea.

No entanto, os custos ambientais para extração desses recursos ainda são muito altos, o que implica na subsistência da costa, ocasionando problemas como a turbidez das águas e ainda devastando o habitat de plantas, moluscos e crustáceos.

A Marinha do Brasil tem sido pioneira em projetos alternativos e mais sustentáveis de geração de energia, afora o petróleo e gás natural, como processos marítimos utilizando as correntes, marés e ondas, além dos processos eólicos (AMAZÔNIA..., com adaptações).

Além disso, a Amazônia Azul também é fonte de diversas fontes de ecossistema, como as citadas e ainda outras, que não podem ser medidos ou valorados quantitativamente, como as vias de transporte marítimo, considerado a principal incumbência dessa imensa área marítima.

Por fim, importante mencionar que a Amazônia Azul também é explorada pelo turismo, o qual serve como fonte de renda de inúmeras famílias e possuindo diversas outros benefícios aos indivíduos e à sociedade em si, como o controle do clima global, através da diminuição dos danos do efeito estufa.

Logo, é possível constatar que essa imensa área litorânea pertencente ao Brasil possui funções distintas capazes de trazer desenvolvimento ao país. Por isso, nada mais importante do que a participação da sociedade em prol da Defesa desta área, tendo em vista que quanto mais desenvolvida estiver, maiores chances de crescimento e estabilidade de um país forte e soberano.

3 A SOCIEDADE COMO ESTRATÉGIA DE MOBILIZAÇÃO NACIONAL

Primeiramente, é importante ressaltar que a conscientização da sociedade está prevista como um dos objetivos Nacionais de Defesa (PND/END, p. 29-30). Logo, entende-se que a sociedade é elemento fundamental para a configuração de uma Nação, forte e capaz de manter seus traços culturais, éticos, seu território, suas leis, ou seja, manter íntegros seus bens econômicos, sociais e políticos.

Nesse sentido, a conscientização da sociedade sobre a necessidade de manter a Defesa Nacional perante à Amazônia Azul é realizada por meio da composição de efetivos

(Serviço Militar Obrigatório); pela educação sobre o Mar (atividades pesqueiras e preservação das águas nas atividades econômicas e turismo/lazer); desenvolvimento de pesquisas e apoio científico sobre a tríade de monitoramento/controle, mobilização e presença.

A relevância significativa da preservação e conservação da Amazônia Azul, não somente para manutenção da vigilância e do controle da ZEE, mas também como forma de desenvolvimento sustentável (social, econômico e político) nas áreas em torno da Costa brasileira, é ponto de atenção para que a Defesa Nacional consiga efetuar seu trabalho de forma eficiente e eficaz, enquanto auxilia a população a estar mais comprometida com as necessidades do país.

Assim, a Marinha do Brasil pode implementar um sistema naval de ponta, ao trazer um aspecto de maior consciência, quando une estrategicamente as pessoas que compõem a Nação, com sua cultura, valores e maneiras diferentes de viver, reunindo-os com um só objetivo, proteger a Soberania do país.

Logo, a Soberania do Brasil tem se preservado por dois aspectos importantes, quais sejam: por meio da projeção de Poder naval e pelo Poder dissuasório. Segundo Bittencourt (2006, p. 13), "Poder Naval é o componente militar do Poder Marítimo, capaz de atuar no mar e nas águas interiores, na conquista e manutenção dos objetivos estabelecidos pelo Estado Brasileiro.

O autor afirma que o Poder Naval compreende:

- os meios navais, aeronavais e de fuzileiros navais;
- as bases e posições de apoio, suas estruturas de comando e controle;
- logística e administração;
- forças e os meios de apoio não constitutivos da Marinha do Brasil, quando vinculados ao cumprimento da missão da Marinha e submetidos a algum tipo de orientação, comando ou controle de autoridade naval (BITTENCOURT, 2006, p. 13-14).

Ainda tratando sobre o Poder Naval, ele será eficaz quando satisfizer os seguintes requisitos:

- 1) Necessidade de atuar em grandes áreas;
- 2) Por período de tempo ponderável;

- 3) Adotar atitudes tanto defensivas quanto ofensivas e;
- 4) Com aproveitamento de características de mobilidade, permanência, versatilidade e flexibilidade (BITTENCOURT, 2006, p. 13-14).

Como movimentos dissuasórios importantes, está a inibição de pescas ilegais nas áreas marítimas. Também uma fiscalização contumaz sobre tráfico de ilícitos internacionais de entorpecentes pelas vias marítimas, reduzindo assim a possibilidade de conflitos externos (PND/END, p. 20-22). E desenvolvimento sustentável (social, político e econômico) das cidades litorâneas, evitando assim a poluição desenfreada do Mar, estimulando as atividades econômicas pesqueiras, que culminam no aumento da produção e sua consequente elevação social da população, que possui mais oportunidades de crescimento e ativismo junto às Forças Armadas, o que reduz a vulnerabilidade, existente ainda por falta da participação da sociedade.

Por último, a mobilização Nacional, seja por meio de atividades operativas ou por meio de atividades estratégicas, faz parte da frente humana, a parte mais importante para garantia da Nação de um país. É um Projeto forte de defesa o qual favorece um forte desenvolvimento.

Nesse sentido, conforme é trazido nas orientações de Estratégia Nacional, o projeto de desenvolvimento deve se guiar por alguns princípios, dentre eles, o de Independência nacional efetivada pela mobilização de recursos físicos, econômicos e humanos, para o investimento no potencial produtivo do País (PND/END, p. 43-44).

Quando se tem firme quais os valores que devem ser defendidos e preservados, fazendo com o povo aja voltado à um só objetivo, que é a garantia da Soberania Nacional, gera uma barreira intransponível sobre o país.

O Brasil caminha nessa linha estratégica, desde a formulação da PND e END, sendo atualizadas e sistematicamente implementadas para tornar o Brasil num dos cinco países detentores de tecnologia nacional independente, cujo objetivo é se manter um país unido, forte, desenvolvido e soberano.

Alguns passos ainda terão que continuar a correrem, mas diante do que já é possível visualizar, a Marinha do Brasil, aliada às outras Forças Armadas (Exército e Aeronáutica), estão cumprindo os planos estratégicos e a sociedade está cada vez mais ciente e participativa deste processo.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa científica explorou as características e elementos da imensa área marítima denominada por Amazônia Azul, a qual tem grande importância para o Brasil. Teve como objetivo descrever a influência de sua magnitude para a Defesa Nacional do país e a imprescindibilidade de conhecimento e compreensão que a sociedade precisa ter sobre o dever pátrio e responsabilidade de manutenção e conservação da zona marítima para Defesa do País.

Assim, foram identificados os atributos e qualidades da região, analisando o processo de formação e limites traçados, bem como se verificou por meio de posição doutrinária e legislativa acerca do tema, a destinação de reforçar a seriedade e relevância da Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional.

O estudo observou os pontos estratégicos necessários para transmitir a consciência de Nação à sociedade a qual, enfatizando sobre os meios de estratégias através de mobilização Nacional, realizadas pela Marinha do Brasil, para desenvolvimento da Defesa do Brasil.

Inicialmente, foi introduzido o conceito de Defesa Nacional, explicando os motivos que levam a sociedade a demandar uma transformação de mente quanto aos primitivos conceitos de Defesa. E então, foi apresentada as peculiaridades da qualificada Amazônia Azul e suas peculiaridades legais, econômicas e sociais.

Após a compreensão analítica dessa região marítima brasileira, argumentou-se como a sociedade pode e deve atuar como meio de estratégia Nacional, a partir de orientações e diretrizes oferecidas pela Marinha do Brasil.

A pesquisa foi desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretendeu eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para análise do objeto da pesquisa, com o objetivo de substanciá-las e fortificá-las argumentativamente.

Logo, foi possível compreender que a sociedade deve ter consciência que a construção de uma Nação estável e resistente só é possível quando se desenvolve e multiplica. E isso só é possível quando possui conhecimento sobre a relevância do que lhes circunda sobre sua região habitada.

REFERÊNCIAS

AMAZÔNIA AZUL TECNOLOGIAS DE DEFESA S.A. – AMAZUL. **Valor Público em Termos de Produtos e Resultados Gerados, Preservados ou Entregues no Exercício, e a Capacidade de Continuidade em Exercícios Futuros.** 6 p. Disponível em: <https://www.amazul.mar.mil.br/sites/www.marinha.mil.br/amazul/files/Valor%20p%C3%BA>

blico%20em%20termos%20de%20produtos%20e%20resultados%20gerados.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

AMAZÔNIA Azul: Documentário #MarinhaDoBrasil. Direção de MARINHA DO BRASIL. W1TV 10 MINUTES (32min37seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7bO9t81JVPc>. Acesso em: 6 jun. 2021.

BITTENCOURT, Armando de Senna. **Introdução à História marítima brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Serviço de documentação da Marinha, 2006. 181 p.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ComstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 mai. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar n. 97**, de 09 de junho de 1999. Diário Oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.706**, de 08 de agosto de 2012. Diário Oficial. Disponível em: Lei Nº 12.706 de 8 de agosto de 2012. Acesso em: 10 jun. 2021.

MARINHA DO BRASIL. **Promoção da Mentalidade Marítima**. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/secirm/promar>. Acesso em: 30 mai. 2021.

PEREIRA, Roger. **O que é a Amazônia Azul e por que o Brasil quer se tornar potência militar no Atlântico**. Marinha.mil.br. 2019. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/economia-azul/noticias/o-que-%C3%A9-amaz%C3%B4nia-azul-e-por-que-o-brasil-quer-se-tornar-pot%C3%Aancia-militar-no-atl%C3%A2ntico>. Acesso em: 30 mai. 2021.

PND/END. **Mensagem n° 83**, de 18 de dezembro de 2012. Encaminha, nos termos do § 3º do art. 9º da Lei Complementar n° 97, de 1999, alterado pelo art. 1º da Lei Complementar n° 136, de 2010, os textos da proposta da Política de Defesa Nacional, da Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa Nacional. Disponível em: https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/copy_of_estado-e-defesa/ENDPND_Optimized.pdf. Acesso em: 30 mai. 2021.

EDUCAÇÃO INFANTIL COMO MEIO DE PREVENÇÃO AO ABUSO SEXUAL

BÁRBARA LETÍCIA TEIXEIRA DE LIMA:
Acadêmica de Direito pelo Centro
Universitário Una de Betim.

JÉSSICA FERREIRA LEOCÁDIO²⁷³

(coautora)

GABRIELA NOGUEIRA XAVIER MATIAS

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo propor a reflexão sobre a educação sexual na infância como um meio de prevenção e combate ao abuso sexual infantil. A construção do presente artigo se dará através da análise de dados obtidos como respostas de um questionário online, formulado em conjunto com profissionais da educação e da psicologia, tendo por base, ainda, estudos científicos anteriormente publicados com temas correlatos, doutrina e Legislação Brasileira aplicável. Trata-se da busca pelo entendimento da assimilação social acerca da necessidade da aplicação da educação sexual desde o ensino primário como forma de prevenção e combate ao abuso sexual infantil.

Palavras-Chave: Educação sexual. Família. Prevenção. Combate. Abuso Infantil.

ABSTRACT: This article aims to propose a reflection on sexuality education in childhood as a means of preventing and combating child sexual abuse. The construction of this article is provided through the analysis of data obtained as responses to an online questionnaire, formulated in conjunction with professionals in education and psychology, also based on previous scientific studies published with related themes, doctrine and applicable Brazilian legislation. . It is about seeking to understand social assimilation about the need to apply sex education since primary education as a way of preventing and combating child sexual abuse.

Keywords: Sex education. Family. Prevention. Combat. Child Abuse.

Sumário. 1. Introdução. 2. Infância e educação Infantil. 2.1. A educação como garantia do direito à dignidade humana. 2.2. Senso comum acerca do tema. 3. Abuso na Infância. 3.1. Dos crimes sexuais contra o vulnerável. 4. Interação entre família e escola como meio de prevenção ao abuso na infância. 5. Educação sexual como meio de prevenção ao abuso na infância. Referências. Apêndice.

²⁷³ Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário Una de Betim.

1. INTRODUÇÃO

Pesquisar a educação sexual infantil em escolas em parceria com a comunidade familiar foi pensada no intuito de prevenir e combater atos de violência sexual contra crianças.

O abuso sexual é um crime que possui consequências físicas e psicológicas, deixando marcas para sempre na vida da vítima. Dessa maneira, faz parte dos objetivos gerais desta pesquisa, a necessidade de conscientizar as crianças de que seu corpo é inviolável, e desmistificar o conceito preexistente na sociedade de que a educação sexual se traduz em ensinar, de fato, a prática sexual para a criança, ou que a educação sexual irá despertar curiosidades antes do tempo considerado adequado.

O tema pode ser apresentado de forma sutil e natural, envolvendo família e escola, visando orientar e apresentar para as crianças as partes do seu corpo, quais são seus nomes, o porquê que algumas delas não devem ser tocadas por outras crianças e por adultos além de seus pais e/ou responsáveis, sempre com respeito à faixa etária e utilizando-se de meios pedagogicamente adequados.

Como objetivos específicos incluem a aplicação da educação sexual na infância, visando proporcionar o aprendizado sobre o próprio corpo e a compreensão da importância da preservação e higienização do mesmo, além de trabalhar o diálogo com os pais e/ou responsáveis sobre qualquer tipo de violação, por menor que possa ser, possibilitando, assim a redução e o combate à violência sexual de crianças.

A criança deve ser capaz de reagir à eventual violação, pois poderá obter a compreensão de que “no meu corpo, não se toca sem a minha permissão”. Sendo válido ressaltar, que a educação sexual deve ser considerada como responsabilidade tanto da escola quanto da família.

2. INFÂNCIA E EDUCAÇÃO INFANTIL

Antes do início da abordagem acerca da educação sexual na infância, é essencial conceituar e contextualizar o que é considerado criança pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“A palavra infância, é originária do latim *infantia* e significa “incapacidade de falar” (MELLO, *et al*; 2013) sendo que o conceito de infância vem sendo construído ao longo da história, tratando-se ainda hoje, de uma palavra de difícil conceituação.

Considera-se criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei nº8.069/90. Ariès(1973) retrata que no século 12,

Idade Medieval, as crianças a partir dos 07 anos de idade, após tardio desmame, passavam a ser independentes de suas mães, ingressando no mundo adulto, e vivendo da forma como estes viviam, nas noites de jogos, e trabalhando como estes trabalhavam, como se fossem mini adultos. De acordo com Aline Melo, "quando as crianças eram representadas através de pinturas, elas eram frequentemente retratadas numa perspectiva de um adulto em miniatura." (MELLO, *et al*, 2013)

Entre os séculos XV e XVII, na idade moderna, a preocupação com a educação foi tomando força, tornando-se essencial na sociedade. (ARIÈS, 1973). Já durante o século XX, na Europa, havia uma preocupação dominante em encaminhar as concepções sobre a infância a um estudo mais rigoroso. No período seguinte à Primeira Guerra Mundial, destacaram-se na psicologia e na pedagogia as ideias a respeito da infância como fase de valor positivo e de respeito à natureza. (OLIVEIRA, 2011. Pág.77).

No Brasil, aprovada em 1961, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional aprofundou a perspectiva apontada desde a criação dos jardins de infância com a sua inclusão no sistema de ensino. (OLIVEIRA, 2011. Pág 97 a 102). Além disso, determina em seu artigo 2º, a educação como dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, reforçando o dever do Estado e da família em promover o acesso das crianças à educação, sendo esta uma forma de desenvolvimento saudável da criança.

Ressalta-se que a Constituição de 1988 prevê em seu artigo 208, inciso IV, a garantia da educação infantil em creche e pré-escola, até os cinco anos de idade, ou seja, de 0 (zero) aos 5 (cinco) anos de idade.

Ainda no artigo 205 da Constituição Federal, está descrito que além de dever do Estado, a educação é também um dever da família e da sociedade. No mesmo sentido, se expressa o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º, prevendo que a família, a sociedade em geral e o poder público tem o dever de assegurar com absoluta prioridade, o acesso das crianças aos direitos fundamentais que incluem a educação e a dignidade, baseando-se a presente discussão no segundo.

2.1 A educação como garantia do direito à dignidade humana

Segundo Barroso (2010), a dignidade da pessoa humana teve origem inicialmente no âmbito religioso, e após, com o surgimento do Iluminismo e a centralização do homem, este conceito migra para a filosofia, fundamentando-se na busca pela razão, e no século XX passa a ser um objetivo político e social. Após a 2ª Guerra Mundial, a dignidade humana começa então a fazer parte da esfera jurídica.

A dignidade humana é protegida no âmbito nacional através da Constituição Federal, e fundamenta o Estado Democrático de Direito (Art.1º, III, CF/88).

Vê-se que a expressão “dignidade humana” é de difícil conceituação, mas trata-se de garantia que visa proporcionar ao ser humano uma vida em que possa usufruir com liberdade e integridade de todos os seus direitos e deveres. Mencionada em incontáveis documentos, inclusive de alcance internacional, como constituições, leis e tratados, a dignidade da pessoa humana é um dos poucos e grandes consensos éticos do mundo ocidental e, embora possua inúmeras variações, remete a situações de discussão acerca do controle sobre o próprio corpo, direitos igualitários, exercício de crenças, limites científicos e limites a penalidades a serem aplicadas em condenações criminais, além da definição do que é considerado vida, e suas implicações.

Este Princípio Constitucional trata da valorização da pessoa humana de múltiplas formas, buscando a garantia do exercício dos direitos do ser social sem que haja a necessidade de termo específico como referência em cada campo de vida e convivência social. Embora amplo, é parte fundamental da construção do direito contemporâneo, desde o resguardo aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos até às relações internacionais advindas da globalização. Ressalta-se que embora não haja uma especificação do modo de aplicação deste princípio presente na Carta Magna brasileira, é inquestionável o dever de observar essa garantia em todas as decisões no âmbito judicial, em qualquer relação em âmbito público e particular, devendo ser resguardado os direitos individuais, desde físicos aos culturais.

O Estado, quando garante à educação desde o primeiro ano de vida, proporcionando o resguardo dos direitos constitucionalmente garantidos, promove a dignidade humana, sendo que a escola exerce um importante papel de complementação da educação infantil. Nas palavras de Pedro Goergen, percebe-se que a educação vem evoluindo conforme a sociedade, e a evolução é capaz de proporcionar melhorias na vida das crianças e conseqüentemente, nas novas gerações.

A educação, antes destinada a aprimorar a conformidade do ser humano com os desígnios divinos, passa a ser concebida como um instrumento de aprimoramento de uma racionalidade que seja capaz de, desvendando os segredos da natureza tanto humana, quanto material, alcançar uma vida melhor para o ser humano, aqui mesmo, na Terra.(GOERGEN, 2005, p. 59)

Os números mostram que o abuso sexual contra crianças vem aumentando desde 2018. De acordo com dados disponíveis no site do governo brasileiro, de 2018 para 2019,

o aumento foi de 14%, um grande aumento, conforme demonstra dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde:

Dos 159 mil registros feitos pelo Disque Direitos Humanos ao longo de 2019, 86,8 mil são de violações de direitos de crianças ou adolescentes, um aumento de quase 14% em relação a 2018.

Com a crescente estatística de abusos sexuais cometidos contra crianças, é necessária a evolução no sentido de tratar o assunto de forma mais efetiva com as próprias crianças, de modo preventivo.

A proposta de incluir a educação sexual desde a infância tem o intuito de educar a criança a respeito de seu corpo e de suas características, levando-a a compreender os limites do contato físico com outras crianças e até mesmo com outros adultos. Isso extrapola o âmbito educacional, sendo relevante discussão com o objetivo de minimizar a ocorrência e a sensação de impunidade quanto aos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro que visam a proteção da dignidade sexual pela ausência de informação àquelas que são as maiores vítimas, as crianças.

2.2 Senso comum acerca do tema

Para complemento deste estudo, foi realizada uma pesquisa via preenchimento de formulário com diversas pessoas com idades entre 14 e 67 anos, as quais terão suas identidades preservadas em sigilo.

Quando indagados com a seguinte pergunta: "Você poderia explicar resumidamente, a diferença entre as expressões "educação sexual" e "incentivo a sexualidade"?" - do total de respostas obtidas, aproximadamente 86,54% se manifestaram no sentido de traduzir a educação sexual como um meio de orientação acerca do corpo, entendendo ser o autoconhecimento um meio de proteção, e tratando o incentivo à sexualidade como uma forma de incentivar a criança à prática do ato sexual propriamente dito.

Com relação à pergunta: "Você considera interessante que as escolas infantis abordem assuntos relacionados à sexualidade e abuso sexual?" - aproximadamente 18,5% dos entrevistados se manifestaram total ou parcialmente contra, expressando que seria dever da família abordar este assunto, sendo que entre os entrevistados, 59,23% não possuem filhos e apenas 18,44% não possui convivência próxima com crianças. Dos que se manifestaram a favor, alguns reconhecem que essa tratativa desde a infância pode prevenir algumas situações de abuso, e que muitas vezes o abuso pode ocorrer no próprio seio familiar.

Das respostas obtidas, aproximadamente 36,89% dos entrevistados afirmaram que não abordaram com crianças assuntos como toques indevidos, e daqueles que apresentaram justificativas, algumas foram no sentido de que ainda não consideram o momento de abordar esse assunto, e outros entendem que essa abordagem é de responsabilidade das mães dos infantes.

Diversas respostas afirmativas quanto à concordância da prática da educação sexual, se manifestaram no sentido de que essa abordagem deve ser feita de uma forma lúdica, leve ou de forma adaptada para o fácil entendimento.

3. ABUSO NA INFÂNCIA

Atualmente, o termo abuso sexual é utilizado de forma ampla para classificar diversos atos de violação sexual em que não há manifestação ou possibilidade de consentimento da outra parte. Compõe o rol de atos que caracterizam esse tipo de violência a prática de atos sexuais que sejam forçados, dentre eles, os atos libidinosos, de forma a qual a vítima resta impossibilitada de discernir a prática do ato, ou que, não possa oferecer resistência.

A Childhood Brasil²⁷⁴ caracteriza Abuso Sexual como “toda forma de relação ou jogo sexual entre um adulto e uma criança ou adolescente, com o objetivo de satisfação desse adulto e/ou de outros adultos. Pode acontecer por meio de ameaça física ou verbal, ou por manipulação/sedução.”

No presente estudo, antes da análise direta da legislação aplicável, destaca-se que o bem juridicamente protegido face os crimes a serem mencionados, é a dignidade sexual, que é uma das ramificações protegidas pelo Princípio da Dignidade Humana, sob o objetivo da busca pelo respeito ao corpo humano, constituindo parte importante na formação da personalidade de qualquer indivíduo.

A dignidade sexual é um conjunto dos fatos e ocorrências que está ligada ao direito à inviolabilidade do próprio corpo, autoestima e intimidade da vida privada, estando diretamente ligada a sexualidade humana, ou seja, a vida sexual de cada um, independentemente de idade, raça, etnia, classe social, gênero ou qualquer forma de

²⁷⁴ Parte da World Childhood Foundation (Childhood), instituição que conta ainda com escritórios na Suécia, na Alemanha e nos Estados Unidos. A organização é certificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e busca estimular, promover e desenvolver ambientes de apoio e soluções para prevenir e enfrentar o abuso e a exploração sexual, bem como a violência contra crianças e adolescentes.

separação. Nesse sentido, é socialmente abominável a prática de qualquer tipo de constrangimento ilegal visando a prática de ato com conotação sexual.

A legislação brasileira prevê diversos crimes que atentam contra a dignidade sexual, porém, para o presente estudo considerando-se que o objetivo é o debate acerca da prevenção ao abuso sexual infantil, os crimes a serem abordados, para fins de fundamentação, são os que atentam contra a dignidade sexual dos infantes, quais sejam, o estupro de vulnerável, a corrupção de menores, e a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente. O Código Penal prevê outros crimes que ferem a dignidade sexual do vulnerável, e que tratam de formas de abuso mediante exploração sexual do vulnerável, porém estes não serão objeto do presente estudo. Os crimes sexuais contra o vulnerável estão dispostos no Capítulo II, do Título VI do Decreto Lei 2848/40, Código Penal em vigência no Brasil.

3.1 Dos crimes sexuais contra o vulnerável

O Código Penal proíbe a prática de ato sexual por vulnerável, sendo estes os menores de 14 anos e o doente mental que não possua discernimento para a prática do ato, ou por algum motivo não possa oferecer resistência.

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir à custa desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual. Por esse motivo, não se confundem a vulnerabilidade e a presunção de violência da legislação anterior. São vulneráveis os menores de 18 anos, mesmo que tenham maturidade prematura. (CAPEZ, 2019. P. 157)

Entre os crimes sexuais contra o vulnerável, estão o estupro de vulnerável, cometido por aquele que pratica conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos; corrupção de menores, quando o sujeito induz menor de 14 anos a satisfazer lascívia de outrem - de acordo com PIMENTA (2016) lascívia é o "comportamento de quem apresenta uma inclinação para os prazeres do sexo, des pudor; característica daquilo que está destinado à libidinagem ou do que possui uma inclinação para a sensualidade", podendo ser conjunção carnal ou outro ato libidinoso; e satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente,

O tipo penal pune a ação de praticar, na presença de alguém menor de 14 anos, ou induzi-lo (convencê-lo, persuadi-lo, aliciá-lo, levá-lo) a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem. Incrimina-se, dessa forma, a realização de conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso, pelo agente com outrem, na presença de menor de 14 anos. Da mesma maneira, incrimina-se a ação de persuadir menor a assistir a prática da conjunção carnal ou outros atos libidinosos levados a efeito por terceiros. Em ambas as condutas típicas, não há qualquer contato corporal do menor com o agente ou com outrem. (CAPEZ, 2019. P. 172)

Observa-se, que conforme expressado por Capez, nesta modalidade, não há a necessidade de haver qualquer tipo de contato físico da vítima com o agente do delito ou com terceiro, bastando apenas que a vítima presencie a prática do ato mencionado.

4. INTERAÇÃO ENTRE FAMÍLIA E ESCOLA COMO MEIO DE PREVENÇÃO AO ABUSO NA INFÂNCIA

Mesmo com a mudança no comportamento das pessoas acerca da sexualidade com o passar do tempo, o assunto envolve questões que algumas pessoas preferem não discutir, o que por si, promove a ignorância de crianças e jovens acerca dessa temática. Segundo Severo, "A sexualidade é um elemento importante da condição humana e sua história pode e deve ser investigada a partir de uma perspectiva que não tenha a intenção de excitar ou ofender" (2013, p. 70). Nessa perspectiva, de acordo com a Ministra Sueca, Carina Justin, "a sexualidade é parte da essência humana", em suas palavras,

De acordo com Carina Justin, ministra sueca de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento, citado por Cornwall e Joel (2008): A sexualidade reside na essência da vida humana, naquilo que torna as pessoas plenamente humanas - é a chave de nossa capacidade de contribuir positiva e plenamente para as sociedades nas quais vivemos[...] os temas de sexualidade e direitos sexuais dizem respeito ao direito de toda pessoa à vida e à boa saúde. (Cornwall e Jolly, 2008, p.31 *apud.* SEVERO, 2013, p. 70).

Dessa forma, tendo em vista que a sexualidade possui caráter intrínseco à existência humana, a preocupação com a inviolabilidade do direito à dignidade sexual deve ser entendida como uma questão inerente à vida, à educação, à dignidade e à saúde desde a infância, cujo objetivo é de ampliar saberes acerca do assunto e, conseqüentemente, prevenir ações de objetivam tal violação. Logo, a educação em sexualidade se torna

relevante no sistema educacional, reunindo, organizando e ministrando esse conceito na formação humana.

A cartilha de orientações técnicas sobre sexualidade produzida pela UNESCO, em parceria com a UNICEF e a OMS, adaptada em 2014, dispõe sobre a educação sexual no ambiente escolar visando a orientação para desenvolvimento e construção de currículos escolares adaptados, considerando a localização de implementação das diretrizes, entendendo que a educação sexual no ambiente escolar compreende toda forma de socialização experimentada durante a vida, estando presente em todos os espaços, porém ocorrendo de forma fragmentada e não conexa ao conceito de dignidade humana.

Nessa orientação, o documento propõe a divisão dos tópicos de aprendizagem, nele denominados como "ideias-chaves", em quatro níveis, visando a inserção de informações de acordo com faixas etárias específicas, com início aos 05 anos de idade, e sendo reforçadas e aprimoradas nas faixas etárias superiores. Ressalta-se que, pelo estudo realizado, foi identificado que assuntos relativos a toque, identificação e busca de ajuda em situações de abuso, por exemplo, encontram-se nos conceitos-chaves 2 (Valores, atitudes e habilidades) e 3 (Cultura, sociedade e direitos humanos) da referida cartilha, sendo uma das interessantes e importantes formas de abordagem acerca do tema com as crianças.

Resta evidenciado, pelo contexto geral da educação, que embora seja importante à tratativa acerca da educação sexual no cronograma da educação infantil, demonstra-se indispensável à participação da família no âmbito educacional externo ao ambiente escolar.

Conforme expressado por Zilda de Moraes (2011), "o processo de aprendizagem evolui de uma participação imitativa sincrética, em que o parceiro mais experiente empresta à criança suas funções psicológicas", o que permite entender que o que a criança vê, quando criança, refletirá conseqüentemente em seu desenvolvimento. Portanto, a participação da família em um contexto geral, é essencialmente eficaz quando trabalhada da maneira correta, pois a criança vê os pais ou seus responsáveis como um tipo de exemplo a ser seguido.

Um estudo de mapeamento de fatores de risco para abuso sexual intrafamiliar identificados nos processos jurídicos do Ministério Público do Rio Grande do Sul – Brasil por violência sexual, no período entre 1992 e 1998, incluiu a análise de 71 expedientes e apresenta o perfil das vítimas e dos agressores, conforme abaixo,

Na maioria dos casos este era do sexo masculino (98,8%) e tinha vínculos afetivos e de confiança com a vítima. Em 57,4% dos casos, o agressor era pai da vítima e em 37,2% dos casos, este era padrasto ou pai adotivo desta. Estes resultados corroboram a literatura especializada que aponta que o abuso sexual contra crianças e

adolescentes é perpetrado, na maioria dos casos, por cuidadores do sexo masculino. (Habigzang, L. F. & Caminha, R. M. 2008)

Conforme apresentado, em grande parte dos casos, o abusador, quando não é integrante da família, possui certa proximidade com a vítima ou com sua família, podendo ser ainda mais intensificados quando comparado à fatores de desemprego, desigualdade social e de gênero, "do total de casos investigados, 83% aconteceram na própria família, concedendo à violência sexual um caráter intrafamiliar" (Habigzang, L. F. & Caminha, R. M. 2008)

Essa violação praticada no seio familiar, além do abuso sexual, acarreta outros tipos de violência, como a psicológica, física e até mesmo a moral, pois a pessoa que comete o abuso precisa esconder seu delito a todo custo, conforme expressado por Furniss,

O abuso sexual intrafamiliar é desencadeado e mantido por uma dinâmica complexa. Tal dinâmica envolve dois aspectos que se apresentam interligados: a "Síndrome de Segredo", que está diretamente relacionada com a psicopatologia do agressor (pedofilia) que, por gerar intenso repúdio social, tende a se proteger em uma teia de segredo, mantido às custas de ameaças e barganhas à criança abusada; e a "Síndrome de Adição" caracterizada pelo comportamento compulsivo do descontrole de impulso frente ao estímulo gerado pela criança, ou seja, o abusador, por não se controlar, usa a criança para obter excitação sexual e alívio de tensão, gerando dependência psicológica e negação da dependência (Furniss, 1993, *apud* Habigzang, L. F. & Caminha, R. M. 2004)

Estes dados reforçam a importância da interação entre família e escola, com a gradual inserção do tema nas aulas e no âmbito familiar, devendo a família atuar ainda na observação dos sinais apresentados pela criança a fim de identificar a existência do abuso para efetivo combate e prevenção à violência sexual infantil.

Entretanto, é compreensível a dificuldade em levar às autoridades competentes informações que indiquem a prática de abuso sexual em face de um infante e/ou incapaz, tendo em vista a possibilidade da existência de relação próxima entre a pessoa que comete o abuso, a que pretende denunciar e a criança. Nesses casos, diante do temor em indicar casos de violação ao direito à dignidade sexual, especialmente se não há base probatória

sólida, a pessoa interessada pode realizar uma denúncia utilizando-se do canal “Disque Direitos Humanos”, também conhecido como “Disque 100²⁷⁵”.

5. EDUCAÇÃO SEXUAL COMO MEIO DE PREVENÇÃO AO ABUSO NA INFÂNCIA

Durante a evolução humana, a noção social a respeito da infância modificou-se continuamente, desde momentos em que as crianças eram reconhecidas como miniaturas de adultos até a conscientização da necessidade de se respeitar as fases de desenvolvimento e aprendizado e a noção da responsabilidade inerentes à criança. Em momento posterior, a consciência da necessidade de comunhão de esforços entre escola e família a fim de preservar o desenvolvimento da criança de forma saudável ganhou força, havendo a criação de dispositivos legais que positivaram deveres da família e do Estado para com os menores.

Estabelecendo que o respeito à dignidade sexual do indivíduo é abrangida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo direito constitucionalmente protegido, a necessidade de esforço coletivo para busca de meios eficazes de proteção às crianças, frente à vulnerabilidade delas, demonstra-se cada dia mais indispensável.

Com o crescimento do número de casos de abuso sexual, a legislação brasileira possui diversos dispositivos que positivam sanções a serem aplicadas em casos de constatação de violação à dignidade sexual, especialmente tratando-se de vulneráveis. Ressalta-se o avanço no sentido de ampliação nos meios de reconhecimento do abuso em suas diferentes formas, sendo efetivamente admitido que é dispensável a existência do contato físico para a caracterização dos danos à vítima do abuso, demonstra um certo progresso no longo caminho a ser percorrido na busca pela proteção das crianças, ainda que longe do que pode ser considerado suficiente, conforme estatísticas apresentadas.

Tendo em vista as mudanças ao longo do tempo, acerca da conceituação do que é considerado criança, é complexa a definição da faixa etária ideal para que haja o início da abordagem acerca da educação sexual com as crianças. Entretanto, tendo em vista que grande parte dos casos de abuso sexual infantil ocorrem em âmbito familiar, mediante ameaça, e sem testemunhas, é imprescindível que as crianças possuam papel efetivo na prevenção, através do conhecimento de meios de identificar os abusos e procurar ajuda, não podendo que elas sejam excluídas da busca pelo cuidado.

²⁷⁵ Serviço vinculado ao Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, da SPDCA/SDH, que visa a proteção de crianças e adolescentes com foco em violência sexual. É um dos canais de comunicação entre a sociedade civil e o poder público, que tem por objetivo a informação acerca da extensão da prática da violência em face dos direitos humanos através de sistema de proteção, bem como a elaboração de políticas públicas.

Com base nas informações coletadas nos formulários, e por todo o conteúdo levantado durante a composição do presente trabalho, a inserção gradual e moderada da abordagem acerca da temática da sexualidade desde a educação infantil demonstrou-se um meio de prevenção, e por consequência, meio efetivo de combate aos abusos sexuais perpetrados contra crianças.

Nas entrevistas realizadas, foi averiguada a concordância por parte dos entrevistados na implantação da educação sexual no ambiente escolar, desde que seja realizada de forma a respeitar o vocabulário e os meios recomendados por profissionais qualificados, o que é plenamente razoável. Embora alguns entrevistados tenham apresentado resistência, foi possível observar que a deturpação de informações acerca do tema contribui muito para a oposição apresentada. Foi possível verificar ainda, o desinteresse no debate sobre o assunto, visto que para alguns entrevistados, a responsabilidade de proteção e discussão sobre o tema é apenas da mãe ou mulher responsável legal pela criança.

Resta evidente, portanto, que o esforço que tenha por pretensão o resguardo da criança ante a prática de abuso sexual deve ser realizado de forma conjunta entre núcleo familiar e escola. Não podendo as famílias serem isentadas de tratar o assunto, pois em vários casos, a violência é perpetrada no próprio seio familiar, e sendo este o caso, a ajuda da qual a criança necessita pode vir a ser efetivada através da escola, e caso a violência seja no ambiente escolar, a confiança estabelecida entre a família e a criança será também uma possibilidade de obtenção de ajuda, pois a criança estará melhor preparada para lidar com a situação.

Conforme demonstrado nos resultados obtidos através de respostas ao questionário proposto, grande parte dos genitores ou responsáveis concordam que a inserção do assunto na grade curricular infantil iria repercutir de forma positiva, especialmente se realizada através de abordagem que objetive a prevenção e levando em conta a faixa etária da criança. Proporcionar informações e ensinar as crianças sobre seu corpo, e que este não pode e não deve ser violado, é um grande passo para que, caso a criança venha a ser vítima de qualquer tipo de abuso, ela possa identificar e buscar ajuda.

REFERÊNCIAS

A Escola interrompendo o ciclo da violência sexual. Disponível em:
<<https://www.passeidireto.com/arquivo/70920224/a-escola-interrompendo-o-ciclo-da-violencia-sexual-guia-escolar-parte-2-1-2>> Acesso em 02 de outubro de 2020.

ARIÉS, Philippe. História social da criança e da família. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em 10 de janeiro de 2021;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 de outubro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 02 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 02 de outubro de 2020.

BRASIL, Childhood. Disponível em: <<https://www.childhood.org.br/tipos-de-abuso-sexual-de-criancas-e-adolescentes#:~:text=Abuso%20sexual%20%C3%A9%20toda%20forma,e%2Fou%20de%20outros%20adultos.&text=Na%20maioria%20dos%20casos%2C%20o,vizinhos%20ou%20amigos%20da%20fam%C3%ADlia>> Acesso em 14 de outubro de 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 3, parte especial : arts. 213 a 359-H / Fernando Capez. - 17. ed. atual. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. (Biblioteca virtual)

CAVASIN, Sylvia; GAVA, Thais; e BAPTISTA, Elizabete Regina. Orientações técnicas de educação em sexualidade para o cenário brasileiro: tópicos e objetivos de aprendizagem. Brasília : UNESCO, 2014. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000227762>> Acesso em 28 de novembro de 2020.

Denunciar violação de direitos humanos (Disque 100), última Modificação em 30/03/2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos>> Acesso em 20 de abril de 2021.

FURLANI, Jimena. Educação Sexual na Sala de Aula: Relações de Gênero, orientação sexual e igualdade étnico-racial numa proposta de respeito às diferenças. 1. ed. ; 1 reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016. (Biblioteca virtual)

GOERGEN, Pedro. Pós-modernidade, ética e educação. 2.ed. revista- Campinas, SP: Autores Associados, 2005.

GOMES, Ivani Ambrósio; DOS SANTOS, Elizabeth Ângela. EDUCAÇÃO SEXUAL NA EDUCAÇÃO INFANTIL: COMBATE E PREVENÇÃO AO ABUSO SEXUAL NA INFÂNCIA. REVISTA DE COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA, v. 3, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unemat.br/index.php/rcc/article/view/3095/2483>> Acesso em 09 de março de 2021.

GUÍMARO, Carina. Abuso Sexual de Crianças: uma proposta de intervenção em meio escolar. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso. [sn]. Disponível em: <<https://bdigital.ufp.pt/handle/10284/8010>> Acesso em 14 de outubro de 2020.

HABIGZANG, Luísa F.; AZEVEDO, Gabriela Azen; KOLLER, Sílvia Helena; *et al.* Fatores de risco e de proteção na rede de atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. Psicologia: Reflexão e Crítica, v. 19, n. 3, p. 379–386, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722006000300006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 25 de abril de 2021.

HABIGZANG, Luísa Fernanda; CORTE, Fabiana Dala; HATZENBERGER, Roberta; *et al.* Avaliação psicológica em casos de abuso sexual na infância e adolescência. Psicologia: Reflexão e Crítica, v. 21, n. 2, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722008000200021>. Acesso em 09 de março de 2021.

MELLO, Aline. DIAS, Camila; BADARÓ, Carolina; MORAIS, Gabriela; COSTA, Gleice; ROCHA Kelly; e REZENDE, Valquíria. As multifacetadas da infância: um olhar interpretativo de uma turma de pedagogia. Disponível em: <<http://petpedagogia.ufba.br/infancia#:~:text=A%20palavra%20inf%C3%A2ncia%20%C3%A9%20originaria,inc%C3%B3gnito%2C%20sem%20evid%C3%A2ncia%20na%20sociedade>> Acesso em: 18 de novembro de 2020.

Infância... | PET Pedagogia. Disponível em: <<http://petpedagogia.ufba.br/infancia#:~:text=A%20palavra%20inf%C3%A2ncia%20%C3%A9%20originaria,inc%C3%B3gnito%2C%20sem%20evid%C3%A2ncia%20na%20sociedade>>. Acesso em: 11 maio. 2021.

Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e->

adolescentes#:~:text=Dos%20159%20mil%20registros%20feitos,corresponde%20a%2017%20mil%20ocorr%C3%AAscias.> Acesso em 03 de março de 2021

OLIVEIRA, Zilda de Moraes Ramos de. Educação infantil: fundamentos e métodos. - 7.ed. - São Paulo: Cortez, 2011. (Coleção Docência em Formação)

SILVA, Maria Cecília Pereira da, organizadora. et al. Sexualidade começa na infância. 1. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

SEVERO, Rafael Adriano de Oliveira. Gênero e Sexualidade: Grupos de discussão como possibilidade Formativa. Paco Editorial: 2013.

PINHEIRO, Milena dos Santos; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A violação da dignidade da pessoa humana frente a exploração do trabalho infantil. Seminário

Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2019. Disponível em:
<<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19618/1192612333>> Acesso em 26 de novembro de 2020.

PIMENTA, Luciana. 2016. A expressão "contemplação da lascívia" e o que o STJ entende por ela. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/247514/a-expressao--contemplacao-da-lascivia--e-o-que-o-stj-entende-por-ela>> Acesso em 10 de abril de 2021.

APÊNDICE

Abaixo apresentaremos os quesitos apresentados aos entrevistados. Todas as perguntas foram marcadas com respostas obrigatórias, o que pode ter causado, ocasionalmente, respostas repetitivas.

Pergunta 1 - Qual sua idade?

Pergunta 2 - Você possui filhos?

Pergunta 3 - Você é educador infantil / Professor?

Pergunta 4 - Você possui contato direto com crianças?

Pergunta 5 - Você poderia explicar resumidamente, a diferença entre as expressões "educação sexual" e "incentivo a sexualidade"?

Pergunta 6 - O que você entende ser a educação sexual infantil?

Pergunta 7 - Como você descreveria a forma ideal de abordar sobre o assunto sexualidade com uma criança, seja na escola, ou em casa.

Pergunta 8 - Você considera interessante que as escolas infantis abordem assuntos relacionados à sexualidade e abuso sexual?

Pergunta 9 - Com as crianças que eventualmente ou normalmente estão sob sua responsabilidade, você já abordou assuntos como, "toques indevidos em partes íntimas"?

Pergunta 10 - Você acredita que a educação sexual desde a infância pode prevenir abusos sexuais contra crianças e adolescentes?

Pergunta 11 - Você gostaria de deixar sua opinião, ou alguma outra consideração acerca do tema? Fique à vontade!

Através do link abaixo é possível visualizar as respostas dos entrevistados às perguntas propostas:

https://docs.google.com/spreadsheets/d/1ZcoDM_I5B13EBykkqehL9_DOP45898-XDITzFkkdFII/edit?usp=sharing

IMPACTOS DO NOVO CORONA VÍRUS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

ALEF MAGALHÃES DOS SANTOS:

Bacharelado do Curso de Direito do Centro
Universitário Luterano de Manaus– ULBRA

INGO PIETZSCH

(orientador)

Resumo: O desafio da COVID-19 é inédito, tanto para a economia quanto para aspectos do sistema jurídico. Os operadores do direito devem se preparar para uma ampla gama de cenários, cuja probabilidade dependerá da eficácia das intervenções de política econômica e de saúde pública. A Covid-19 transformou dramaticamente o mundo em apenas alguns meses. Os fatos são razoavelmente semelhantes em todos os lugares: colapso do mercado devido a perspectivas econômicas negativas; crescimento do desemprego; e muitas empresas correm o risco de falência. O Brasil não é exceção e está tentando alterar seus regulamentos para responder de forma mais eficaz à ameaça do vírus (ARAÚJO, 2020). No entanto, algumas dessas mudanças podem ter um impacto enorme no quadro jurídico. Contratos públicos, doações, legislação anticorrupção e transparência são os principais temas de interesse que seriam afetados. O objetivo desse trabalho é examinar os principais impactos na justiça brasileira em razão da pandemia do COVID-19, fornecendo uma visão ampla das medidas tomadas em relação à pandemia, e que afetam o judiciário brasileiro, analisando o uso da tecnologia pelos tribunais e suas implicações em termos de acesso à justiça.

Palavras-Chave: Desafio; Covid-19; Tecnologia; Impactos.

Abstract: The challenge of COVID-19 is unprecedented, both for the economy and for aspects of the legal system. Law practitioners must prepare for a wide range of scenarios, the probability of which will depend on the effectiveness of economic policy and public health interventions. Covid-19 dramatically transformed the world in just a few months. The facts are reasonably similar everywhere: market collapse due to negative economic prospects; growth in unemployment; and many companies are at risk of bankruptcy. Brazil is no exception and is trying to change its regulations to respond more effectively to the threat of the virus (ARAÚJO, 2020). However, some of these changes can have a huge impact on the legal framework. Public contracts, donations, anti-corruption legislation and transparency are the main topics of interest that would be affected. The objective of this work is to examine the main impacts on Brazilian justice due to the COVID-19 pandemic, providing a broad view of the measures taken in relation to the pandemic, which affect the Brazilian judiciary, analyzing the use of technology by courts and its implications in terms of access to justice.

Keywords: Challenge; Covid-19; Technology; Impact.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é um recorte da atual realidade vivenciada, sendo assim, um dos principais motivadores para abordar o presente tema. Como a pandemia COVID-19 causou perturbações em massa em pelo mundo, os sistemas de saúde e de justiça lutaram para lidar com os últimos acontecimentos de operação e aumento da demanda. Embora o impacto nos sistemas de saúde e nos trabalhadores tenha sido objeto de muita atenção da mídia, esse não foi necessariamente o caso no setor de justiça, onde sistemas judiciais antiquados movidos por tecnologias legadas muitas vezes lutaram para lidar com um mundo onde o distanciamento social, arranjos remotos e eletrônicos e a troca de documentos era necessária. As mudanças que foram feitas no setor judicial não foram uniformes. Isso ocorre porque algumas jurisdições operam tribunais 'modernos' (que poderiam alavancar tecnologias mais novas de forma mais eficiente), enquanto em muitos lugares os tribunais continuam a replicar abordagens para litígios que estão presentes há décadas (ou mesmo séculos).

Além disso, as respostas variaram, visto que algumas partes do sistema de justiça sofreram um aumento na carga de trabalho, enquanto outras viram uma redução na procura. Por exemplo, houve um aumento da demanda no setor de justiça criminal para reconsiderar os arranjos de fiança e prisão preventiva (de modo que, sempre que possível, as populações carcerárias pudessem ser reduzidas), bem como um foco maior na violência doméstica e arranjos familiares, incluindo um significativo aumento da necessidade de ordens judiciais relativas à guarda de menores. Ao mesmo tempo, houve algum declínio em partes do sistema comercial, à medida que a atividade econômica diminuía e as aquisições, fusões e novos arranjos contratuais não eram o foco da atividade.

É uma sorte que, no prazo mais curto, tenha havido alguma redução na necessidade de atividades judiciais, visto que muitos tribunais não conseguiram mudar para um estilo de Home Office. Há duas razões para isso. Em primeiro lugar, muitos tribunais não são digitalizados. Simplificando, em muitos casos, há uma dependência contínua de documentos de papel. Em segundo lugar, bem anteriormente a pandemia do COVID-19, poucos tribunais haviam desenvolvido instalações de videoconferência como forma de lidar com processos de interlocução ou audiência final. Em resposta ao COVID-19, muitos tribunais adotaram rapidamente tecnologias de apoio que permitiam a videoconferência e, às vezes, a troca de documentação usando plataformas baseadas na web que incluem Teams, Skype, Zoom, Google Hangouts e Meet. Alguns tribunais já tinham sistemas de arquivamento online existentes e, portanto, estavam mais preparados para acordos de Home Office. Outros, no entanto, lutaram com a videoconferência, incluindo privacidade

de dados e questões relacionadas à segurança, e as adversidades específicas que surgem em relação às audiências do júri. Fora dos tribunais, onde ocorre grande parte do trabalho de justiça, os acordos de soluções de disputas online tornaram-se um foco mais significativo à medida que os atrasos aumentavam em muitos sistemas judiciais.

Os tribunais foram forçados a se adaptar a esse novo cenário rapidamente e, em muitos países, tecnologias mais recentes têm sido utilizadas para 'apoiar' o trabalho dos tribunais e os processos de despachos de disputas. Apesar dos benefícios de proporcionar maior acesso à justiça trazida pela inovação tecnológica, existem preocupações sobre o uso de tais conhecimentos tecnológicos no sistema de justiça, incluindo como salvaguardar os direitos de grupos sociais vulneráveis e gerir as rupturas à justiça causadas por algumas inovações.

O decorrente trabalho será apresentado da seguinte forma para seus leitores: Introdução; Desenvolvimento; Conclusão e Referências.

O estudo apresentado poderá contribuir com informações úteis que podem ser utilizadas no âmbito jurídico e, para tomada de ações que contribuam para o atendimento através da tecnologia que veio como item primordial para que o sistema continue ativo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Referencial Teórico

O acesso à justiça deve ser tratado como um princípio básico do Estado de Direito (situação de pandemia pode ser uma tentação para as autoridades atenuarem este princípio, tratá-lo de forma instrumental). O acesso à justiça é, em um país baseado no Estado de Direito, um regime geral e coletivo de salvaguarda processual para quem busca justiça, incluindo uma série de procedimentos específicos de garantias, que são baseadas em padrões de proteção de direitos humanos expressos em lei. Esta proteção está disponível para cada indivíduo, bem como para cada grupo de pessoas de forma igual e não discriminatória. É fornecido por uma variedade de soluções jurídicas e institucionais (por exemplo, isenção de custas judiciais, acesso a assistência jurídica, direito à informação, direito à interpretação e tradução) (DANTAS, 2012).

Não há acesso real à justiça se, na esfera normativa ou prática, um adequado nível de respeito pelos direitos humanos - direitos individuais ou de grupo - não é garantido (não alcançado) por autoridades públicas. Um nível adequado de respeito pelos direitos humanos significa a existência de regulamentos legais de boa qualidade, conduta honesta dos órgãos do Estado.

Além disso, não há acesso real à justiça sem o funcionamento efetivo do sistema de instituições de ajuda organizadas ou apoiadas por autoridades estaduais (como pontos de ajuda a pessoas, instituições que prestam assistência específica a vítimas de crimes).

Os tribunais e juízes podem usar a tecnologia para apoiar a função judicial, para se envolver com o público e os usuários e para apoiar as funções de triagem, resolução de disputas, autoajuda e gerenciamento de casos. Além disso, os tribunais podem usar as oportunidades oferecidas pela tecnologia para mudar a maneira como os tribunais funcionam e para alterar a forma como as reformas ocorrem. No entanto, até o momento, a maior parte dos tribunais tem usado tecnologia para replicar sistemas e processos existentes, em vez de se concentrar na reforma das estruturas e processos existentes no sistema de justiça. Como resultado, muitos tribunais continuam a se parecer muito com os tribunais do século passado (e até mesmo do século anterior) (NALINI, 2015).

Embora a pandemia COVID-19 tenha resultado em muitas mudanças em termos de funcionamento dos tribunais, os comentários de Dobjenski e Servidore (2020) ainda ressoam em termos da maneira como muitos tribunais operam em qualquer lugar do mundo. Ou seja, os processos em vigor são muito semelhantes aos processos que operam há décadas (ou mesmo séculos). Às vezes, notou-se que tanto os juízes quanto os tribunais relutam em inovar e podem ser inerentemente conservadores. No entanto, conforme observado, existem diferenças consideráveis entre juízes e tribunais em termos de abordagens judiciais à tecnologia.

Conforme mostrado por Gagliano e Oliveira (2020), um número significativo de tribunais pelo mundo fez uma mudança urgente para o modo online em resposta ao COVID-19. No entanto, apesar dos benefícios gerais para a continuidade dos serviços judiciais, o uso da Internet e de outras tecnologias online no sistema de justiça apresentou questões interessantes em torno do impacto sobre o direito de acesso à justiça, o direito a um julgamento justo e a administração da justiça mais amplamente. Em particular, o direito de acesso à justiça se torna um dos princípios fundamentais do direito internacional dos direitos humanos e é parte integrante do Estado de Direito e do princípio da igualdade perante a lei. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, por exemplo, estabelece o direito de acesso à justiça conforme Artigo 13 e exige que os Estados Partes forneçam acomodações processuais e adequadas à idade para facilitar o papel de um indivíduo como agente direto e participante indireto no julgamento (inclusive como testemunha). O princípio de acesso à justiça é visto como um princípio abrangente que deve ser lido em consonância com outros direitos da Convenção. O acesso à justiça também fez referência a uma série de outros direitos, incluindo o direito de ter acesso a procedimentos, informações e locais utilizados na administração da justiça bem como o direito de ser julgado sem atrasos indevidos. Deve, portanto, ser considerado em

todos os modos de resolução de disputas e ser respeitado nos Estados que ratificaram as leis de direitos humanos.

Em relação às leis no Brasil, a primeira parte da legislação relacionada à Covid-19, conhecida como 'Lei Coronavírus' (Lei nº 13.979 / 2020), foi publicada em 6 de fevereiro de 2020. Entre outras medidas, as regras para aquisições foram simplificadas para permitir uma resposta mais rápida e fornecer suprimentos tão rapidamente quanto a crise exigir (STOLZE; OLIVEIRA, 2020).

Face às duras consequências da Covid-19, a Lei Coronavírus foi alterada pela Medida Provisória nº 926/2020, em 20 de março de 2020, para alargar a aplicabilidade da sua disposição em procedimentos de contratação pública. A Lei Coronavírus alterada não só permite a aquisição ágil de insumos para saúde, mas também estende essa regra a qualquer produto ou serviço necessário ao enfrentamento da crise: não há necessidade de licitações demoradas em função da emergência. Além disso, dispensa a apresentação de certas certidões fiscais e trabalhistas e autoriza contratos com empresas declaradas inelegíveis ou suspensas de contratar com o governo, caso sejam as únicas fornecedoras de determinados bens ou serviços. Em alguns casos, é mesmo possível que os entes públicos não realizem uma pesquisa de preços antes de celebrar um contrato (STOLZE; OLIVEIRA, 2020).

Embora as medidas possam ser bem-vindas, tem havido vários casos de alegações de preços excessivos e fraude em contratos assinados sob as exceções legais da Lei Coronavírus.

As doações de bens e serviços por entidades privadas ou pessoas físicas também foram regulamentadas por um decreto, de 6 de abril de 2020. O decreto esclarece as regras e procedimentos para o governo federal receber doações vinculadas a obrigações não financeiras para com o doador. Caso os bens ou serviços sejam doados por uma empresa e estejam vinculados a uma obrigação, deve ser assinado um Termo de Doação, firmado por órgão governamental (SILVA, 2020).

A pandemia Covid-19 também trouxe mudanças à legislação anticorrupção. A Medida Provisória nº 928/2020, publicada em 23 de março de 2020, prevê a suspensão dos prazos de prescrição em processos administrativos e sancionatórios contra pessoas físicas e jurídicas ao abrigo da Lei Anticorrupção do Brasil durante o estado de emergência (SILVA, 2020).

Também foram feitas alterações nas regras de acesso à informação. O artigo 6º-B da Medida Provisória nº 928/2020 estabelece provisoriamente que os prazos para atendimento dos pedidos de acesso à informação seriam suspensos para os órgãos ou entidades governamentais em que os funcionários estivessem sujeitos a medidas de

quarentena, teletrabalho ou equivalentes. No entanto, o STJ- Supremo Tribunal Federal do Brasil suspendeu a aplicação do Artigo 6-B, argumentando que interferia no direito constitucional de acesso à informação (SILVA, 2020).

2.2 O Acesso à Justiça

É essencial, e um direito de todo ser humano ao completo exercício da cidadania. Mais que acesso ao judiciário, alcança também o acesso a aconselhamento, consultoria, enfim, justiça social.

O acesso à justiça está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no artigo 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) que diz: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.*" Pode ser chamado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

Esse assunto tem um sido um dos mais mencionados no campo do Direito brasileiro nesses últimos tempos. Porém, se percebe que a questão do acesso à justiça, é algo que se deve ser trabalhado de modo sempre eficaz, tendo em vista que o acesso à justiça deve ser concebido de forma efetivo e material perante as pessoas, o que significa dizer que a resposta apresentada pelo Estado deve dirimir o conflito existente ou legitimar as situações adversas que existe.

Mesmo com inúmeros avanços já conquistados na consolidação de um integral acesso à justiça, instrumento essencial à efetivação dos direitos componentes da cidadania plena, ainda existem muitos obstáculos para poder se completar efetividade esse direito social básico. Esta efetividade somente se daria se algumas partes possuísem "completa 'igualdade de armas' – a garantia de que a conclusão final dependa apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos" Evidentemente que tal "paridade de armas" tem caráter utópico, razão pela qual devemos buscar meios, paulatinamente mais radicais, para alcançá-la (CAPPELLETTI, p.15,1988).

2.3 Dificuldades ao Pleno Acesso à Justiça

O acesso à justiça ultrapassa o acesso ao Judiciário, pois vem da instrumentalidade do direito processual que também deve propiciar alcance parecido. Sendo assim, as normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas sob a visão da efetividade e do acesso à justiça.

Sendo assim, “à justiça pode ser encarada como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (RODRIGUES, 2008, p. 249).

Se observa que existem alguns obstáculos que se destacam quando precisa-se ter acesso à justiça que acabam se tornando entraves (jurídicos e não jurídicos) que se colocam ao efetivo acesso à justiça são eles: a pobreza, a primordialidade, de advogado e a demora da prestação jurisdicional.

O primeiro item a pobreza, atingi a maior parte da população, que não dispõe de recursos financeiros para custear os gastos de uma demanda judicial, por se tratar muito cara. Além disso, tem o agravante do princípio constitucional da igualdade ser aplicado diretamente entre as partes em sua leitura meramente formal, não se levando em conta as diferenças sociais, econômicas e culturais existentes.

Isso que dizer que, se não existir a igualdade material, de nada adianta a preocupação com a igualdade formal, a qual dificilmente possibilitará uma decisão verdadeiramente justa.

No caso de necessitar de advogado surgem dois aspectos a serem considerados: o primeiro é a impossibilidade econômica da maioria da população. O segundo, diz respeito à qualidade dos profissionais disponíveis no mercado.

Para que se possa todo cidadão ter direito a um advogado, mesmo que sem condições financeiras, o Estado possui as Defensorias Públicas, que procura possibilitar aos mais carentes o acesso à justiça, entretanto, a realidade não condiz com o objetivo estatal. A falta de mecanismos e recursos materiais e humanos impossibilita o atendimento a todos os necessitados.

3 A PANDEMIA DO COVID-19

É uma doença causada pela nova corona vírus 2019 (COVID-19) um dos grandes problemas do século XXI. Seus impactos ainda são inestimáveis, mas afetam direta ou indiretamente a saúde e a economia da população mundial.

Doença infectocontagiosa causada por um vírus que ataca as vias respiratória de forma aguda grave, ou seja, é denominada de (SARS-CoV-2), do inglês *severe acute respiratory syndrome-associated coronavirus*. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 31 de dezembro de 2019, em *Wuhan*, na China, foram descritos os primeiros casos de pneumonia causada por um agente desconhecido e reportados às autoridades de saúde (APUZZO, 2020).

Com conhecimento científico insuficiente sobre o novo vírus, que se alastra por uma velocidade sem proporções com habilidade de provocar mortes em populações vulneráveis, geram incertezas sobre quais seriam as melhores estratégias a serem utilizadas para o embate da epidemia em diferentes partes do mundo (*op.cit*, 2020).

No Brasil, os obstáculos são ainda maiores, pois pouco se sabe sobre as características de transmissão da COVID-19 num contexto de grande desigualdade social, com populações vivendo em condições precárias de habitação e saneamento, sem acesso sistemático à água e em situação de aglomeração (*op.cit*, 2020).

Para combater o vírus e tentar diminuir o indicadores de morte em massa foram adotadas diferentes estratégias de isolamento social, vertical ou horizontal, pautadas em uma análise da situação e progressão da epidemia em um determinado contexto (*op.cit*, 2020).

Partindo desse ponto de vista estritamente teórico, uma estratégia efetiva de “isolamento vertical” poderia ser a mais eficiente também por reduzir as repercussões econômicas e sociais associadas ao “isolamento horizontal” (*op.cit*, 2020).

Sendo que, as condições para a execução de um “isolamento vertical” efetivo, na situação atual da epidemia no Brasil, possuem várias limitações. Em parte, pela alta velocidade de expansão da infecção e as dificuldades para o monitoramento e vigilância estrita de casos e contatos, uma vez que a proporção de assintomáticos se aproxima de 80% dos infectados.

Os casos que aconteceram na China nos mostra que, no início da epidemia, cerca de 86% das infecções não foram detectadas, mas constituíram a fonte de infecção em torno de 79% dos casos (*op.cit*, 2020)..

Os progressos no domínio da epidemia na China só aconteceram após a implantação de medidas amplas e drásticas de distanciamento social. Em outros países que apresentam amplas restrições tanto na capacidade de testagem nos momentos iniciais da epidemia como na cobertura da assistência ao paciente grave, como os Estados Unidos e a Itália, o “isolamento vertical” foi inicialmente executado, porém, a evolução rápida do número de casos exigiu, ainda que tardiamente, a introdução da estratégia de supressão via “isolamento horizontal” (*op.cit*, 2020).

Da mesma maneira, no Reino Unido, a estratégia de isolamento vertical foi inicialmente preconizada, mas a evolução da epidemia e as projeções disponíveis levaram a uma mudança de rumo, com a adoção da estratégia de supressão baseada em isolamento social horizontal (*op.cit*, 2020).

3.1 Medidas Tomadas em Relação à Pandemia covid-19 que afetam o judiciário Brasileiro

Passados mais de um ano do início das medidas de contenção da pandemia causada pelo novo coronavírus a nível mundial e nacional, já mostram todas as evidências de seus reflexos sobre o Poder Judiciário brasileiro. Onde o mesmo mostrou suas consequências que também afetaram a prática da advocacia.

O distanciamento social imposto pelas autoridades produziu efeitos marcantes no funcionamento da atividade jurisdicional: atendimentos presenciais limitados, processos paralisados, prazos suspensos, audiências e sessões de julgamento canceladas, providências cartoriais atrasadas.

Embora o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os Tribunais tenham reagido de imediato, promulgando atos infralegais na tentativa de diminuir esses impactos (especialmente as Resoluções n. 313, 314 e 318 do CNJ), é evidente que não conseguiram restabelecer a normalidade da atividade jurisdicional.

Novas práticas foram implantadas ou ampliadas no Poder Judiciário, algumas delas surgiram com Home Office de juízes e serventuários, audiências e sessões de julgamento transmitidas virtualmente em tempo real, ampliação da digitalização de autos físicos.

Todos os processos materializados em autos físicos não podem tramitar enquanto vigerem as medidas de isolamento social. E acabam afetando, consideravelmente, a prática da advocacia frente aos procedimentos no Poder Judiciário.

Mesmo que os tribunais viabilizem as petições por correio, pelo sistema de processo eletrônico, bem como por fax ou e-mail (como permite a Lei n. 9.800/99), não haveria quem juntasse as petições aos autos, atendesse as partes quando pretendessem consultá-los ou os levasse ao juiz para proferir decisões (SICA,2021).

Atos efetivados fora dos fóruns, tais como: citações, intimações, penhoras. Colocaria em risco a saúde de oficiais de justiça e funcionários dos correios e, por isso, sofreriam naturais restrições.

Inclusive os processos eletrônicos, onde o peticionamento, proferido de decisões e atos cartoriais passou a serem feitos à distância. Os tribunais devem fornecer equipamentos adequados aos seus servidores e, à luz do art. 198 do CPC, aos advogados (SICA,2021).

Outra novidade é extinção dos autos físicos. A pandemia deu um empurrão que faltava para acabar com processos em papel. O que ainda não foi digitalizado, até porque

os magistrados terão se habituar a trabalhar em regime de home-office e, portanto, tenderão a exigir a implementação de tal medida (*Op. Cit.*,2021).

Outro ponto que sofreu alterações foi a prova testemunhal que já vem há tempos sendo naturalmente reduzida, com o avanço da tecnologia. Todos dispõem nos bolsos de uma poderosa ferramenta disponível para pré-constituição da prova: o telefone celular, que permite registro de provas escritas, por áudio e vídeo.

Se as audiências de instruções virtuais se popularizarem, como o esperado, a prova testemunhal tenderá a se tornar ainda menos relevante, diante das inevitáveis dificuldades em sua realização.

4 METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi de uma abordagem dedutiva, basicamente utilizando banco de dados e de jurisprudências. Ainda também para que ocorra um melhor desenvolvimento foram realizadas pesquisas bibliográficas em doutrinas e obras literárias obtendo diversas opiniões plausíveis, como também legislações aplicáveis ao tema para uma efetiva revisão bibliográfica.

Desta forma, a pesquisa bibliográfica é aquela em que documentos primários e secundários são utilizados para a produção da pesquisa.

Para Nascimento (2018, p. 37) “a principal forma de coleta de dados foi através de leitura (livros, revistas, jornais, sites, CDs etc.), que certamente são utilizadas para todos os tipos de pesquisa. Esta técnica também é chamada de pesquisa bibliográfica”.

Foi utilizada uma pesquisa qualitativa, visto que este tipo não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc.

Nascimento (2018) acentua que a pesquisa qualitativa não procura enumerar e/ou medir os eventos estudados, nem emprega instrumental estatístico na análise dos dados, envolve a obtenção de dados descritivos sobre pessoas, lugares e processos interativos pelo contato direto do pesquisador com a situação estudada, procurando compreender os fenômenos segundo a perspectiva dos sujeitos, ou seja, dos participantes da situação em estudo.

Trata-se de uma pesquisa exploratória e descritiva.

Foi utilizado um procedimento exploratório, na qualidade de parte integrante da pesquisa principal, como o estudo preliminar realizado com a finalidade de melhor adequar o instrumento de medida à realidade que se pretende conhecer.

Segundo Nascimento (2018, p. 39) em outras palavras:

[...] a pesquisa exploratória, ou estudo exploratório, tem por objetivo conhecer a variável de estudo tal como se apresenta, seu significado e o contexto onde ela se insere. Pressupõe-se que o comportamento humano é melhor compreendido no contexto social onde ocorre.

Este tipo de pesquisa tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses.

A pesquisa descritiva exigiu do investigador uma série de informações sobre o que deseja pesquisar.

Gil (2012) pontua que as pesquisas descritivas têm como objetivo primordial à descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis.

5 O USO DA TECNOLOGIA NA JUSTIÇA BRASILEIRA EM TEMPOS DE PANDEMIA

No mundo do judiciário como ficará o novo normal em plena pandemia da Covid-19? Em um ano e meio, foram criadas várias mudanças tecnológicas na prestação de serviços jurisdicionais previstas para ocorrerem em dez ou mais anos. Em outra esfera, veio o desafio dos órgãos judiciais que tiveram que se preparar para lidar com a proteção da privacidade digital e de dados. Vários magistrados e operadores do Direito tiveram que julgar, planejar e decidir a partir do uso intensivo da tecnologia.

O judiciário teve que se adaptar de forma rápida ao Home Office em contexto global marcado por crise sanitária, econômica e política foi o panorama traçado pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Paulo de Tarso Sanseverino (FLORÃO, 2021).

O ministro pontuou que a pandemia teve que acelerar a revolução tecnológica, a mesma já vinha dando sinais que estava evoluindo com a inteligência artificial.

A transição digital do processo judicial significa abandonar os autos físicos, ou seja, aqueles em papel, substituindo-os por equivalentes eletrônicos, em meio digital.

Esta mudança já estava em caminhada no setor jurídico antes da pandemia, ancorada na previsão legal instituída pela Lei 11.419/06, que estabeleceu a validade do

processo digital no país. A partir deste marco legal instituído há 14 anos, muitos Tribunais iniciaram projetos para adoção e uso crescente do processo digital.

5.1 Os Obstáculos da digitalização

Uma Corte de Justiça, evita limitar-se aos atos intrínsecos aos processos judiciais por ela conduzidos. Existem inúmeros processos de trabalho que transcendem este aspecto, e que ainda precisam ser executados de forma física e presencial. A partir desse ponto se inicia a transição digital do negócio ainda está em amadurecimento, e alguns pontos certamente serão impulsionados pela pandemia.

O destino da substituição dos autos físicos em função dos processos digitais não resolve tudo. A maior parte da laboração das Cortes de Justiça ainda depende de instalações físicas e de procedimentos executados em locais e salas determinados. Um exemplo disso são as audiências e oitivas de testemunhas, procedimentos executados quase que totalmente por meio de salas físicas com agenda marcada e local definido.

Os procedimentos que sofreram transformações digitais e foi pouco aplicada até agora com a pandemia. Outro ponto que passaram por mudanças foi nos casos das negociações para acordos e conciliações, realizadas majoritariamente em ambientes também físicos, com local e data marcados. Isso implica em deslocamentos e custos para os envolvidos, impactando também na celeridade processual. Sendo assim, existem espaços para avançar na transformação digital nestes e em outros aspectos.

5.2 Onde fica mais provável avançar

Com a pandemia, notam-se movimentos de maior adoção de tecnologia para tentar suprir estas lacunas. O próprio Supremo Tribunal Federal (STJ) adotou em caráter de urgência um sistema de videoconferência e plenário virtual para a discussão de suas matérias.

O ato vem ocorrendo em pequena escala, entre as Cortes. Isso é um sinal de que a pandemia tem atuado como catalisador para o andamento da transformação digital nestes procedimentos, confirmando a tese de que há espaço para evoluir.

Também é de suma importância o investimento em novas formas de resolução de conflitos, de modo a prevenir os atos da justiça, e nisso a tecnologia também pode contribuir.

Hoje em dia, existem soluções que facilitam a negociação de acordos em plataformas digitais, prevenindo litígios. Contribuindo na redução do congestionamento de todas as Cortes.

Todas essas medidas foram necessárias, porém, lembra-se que sempre no centro está o ser humano. Pois são as pessoas que recorrem à Justiça. E são ela que a entregam.

Não se pode pensar num futuro onde existam apenas máquinas ou algoritmos que substituam pessoas, e não é por aí que as coisas estão caminhando. É importante compreender que sem o auxílio da tecnologia pode-se fazer muito menos. Portanto, não é uma questão da tecnologia substituir pessoas, mas sim, de ajudá-las a se tornarem mais produtivas e eficientes.

É necessário lembrar que existe uma mudança cultural em andamento. O Direito vem se transformando à luz das novas tecnologias, mas este processo leva tempo e não acontece da noite para o dia. É uma jornada. O importante é não parar. As conquistas já aocançadas são relevantes e precisam ser ampliadas, pois a sociedade anseia por uma Justiça mais célere.

CONCLUSÃO

É notório que os tribunais estão se adaptando aos impactos da pandemia da covid-19. Atualmente a maior parte dos servidores se encontra em regime de Home Office.

Além do mais, a maior parte dos tribunais editou normativos para regulamentar o Home Office e, apesar de muitos tribunais não determinarem nesses normativos a forma de acompanhamento da produtividade, a gestão e acompanhamento dos trabalhos estão sendo realizado em grande parte pelos gestores.

A disponibilidade de dados em formato aberto e não proprietário ainda não é uma realidade nos tribunais brasileiros.

Em alguns tribunais não existem possibilidades de extração de relatórios de dados processuais em formato aberto e não proprietário. Os que disponibilizam o fazem majoritariamente por meio de seus painéis.

As mudanças na rotina e a adoção de novas tecnologias no judiciário trouxeram ganhos efetivos de produtividade para todos. Um dos efeitos da pandemia é que todos estão aprendendo, ainda que de forma forçada, a trabalhar de uma forma diferente, à distância e com o uso de vídeo conferência, por exemplo, Os tribunais devem identificar essas mudanças positivas e institucionalizá-las, de forma a compatibilizá-las com o direito à ampla defesa.

A pesquisa demonstra revela que nem todos os legados pandemia para o nosso Poder Judiciário tenderão a ser positivos. Possivelmente teremos, passada a crise, uma justiça mais distante do litigante e mais fechada ao escrutínio público.

Muitos ainda ficarão de fora, principalmente a classe com menos recursos financeiros, que além de não possuírem muita instrução de como proceder em caso precisar procurar a justiça, ainda irão se esbarrar na questão financeira.

Porém, nunca mais o mundo será o mesmo, a tecnologia veio para ficar, e se bem aplicada será uma ferramenta fundamental para economia de tempo e agilidade para encerrar os processos. Sem contar que, a natureza também agradecerá pois com a diminuição de consumo de papel.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, p.15, 1988.

DANTAS, Andréa Medeiros. **Linguagem jurídica e acesso à Justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3111, 7 jan. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20812>>. Acesso em: 05 out. 2020.

DOBJENSKI, Sandra; SALVADORE, Cássio. **O Direito em tempos de COVID**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85377/o-direito-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 05 out. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Continuando os comentários à Lei da Pandemia (Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020 - RJET). Análise dos novos artigos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6279, 9 set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85303>. Acesso em: 6 out. 2020.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso a justiça**. 11.ed.rev.,atual e ampl.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2015.

NASCIMENTO, Dinalva Melo do. **Metodologia do trabalho científico: teoria e prática**. 7. ed. São Paulo: Fórum, 2018.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no Estado Contemporâneo: concepção e principais entraves**. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alveme Barreto (Org). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento** – Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 249.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 05 out. 2020.

STOLZE, Pablo; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Comentários à Lei da Pandemia (Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020 – RJET).** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46412/comentarios-a-lei-da-pandemia-lei-n-14-010-de-10-de-junho-de-2020-rjet>. Acesso em: 06 out. 2020.

Sites Consultados:

ARAUJO, N. **A advocacia em tempos de pandemia e a experiência dos atos à distância: uma salvação aos empregos e atividades empresariais.** Migalhas. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328639/a-advocacia-em-tempos-de-pandemia-e-a-experiencia-dos-atos-a-distancia-uma-salvacao-aos-empregos-e-atividades-empresariais#:~:text=migalhas%20de%20peso-,A%20advocacia%20em%20tempos%20de%20pandemia%20e%20a%20experi%C3%AAnc ia%20dos,aos%20empregos%20e%20atividades%20empresariais&text=A%20sociedade%20passa%20por%20tempos,pessoas%20e%20na%20economia%20mundial>. Acesso em: 05 out. 2020.

APUZZO M, Pronczuk M. COVID-19's economic pain is universal. But relief? Depends on where you live. The New York Times 2020; 23 mar. Site Consultado: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/coronavirus-economic-relief-wages.html>. Em 01/06/2021.

FLORÃO, Marcos. <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-pandemia-como-catalisadora-da-evolucao-digital-da-justica-brasileira-16062020>. Site Consultado em 15/05/2021.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. <https://blog.sajadv.com.br/coronavirus-poder-judiciario/> . Consultado em 25/05/2021.

UMA ANÁLISE SOBRE A AGROECOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO ESTADO DE DIREITO ECOLÓGICO E COMO ESTRATÉGIA DA DÉCADA DAS NAÇÕES UNIDAS DA RESTAURAÇÃO DOS ECOSISTEMAS

RAFAELLA FERNANDES DE MATTOS: Advogada. Formada em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande (2013); pós-graduada em Direito Processual Civil, pela Universidade Anhanguera-UNIDERP (2015), e em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica de Pelotas (2020). Atualmente, aluna especial do mestrado em Direito e Justiça Social da FURG.

Resumo: A modernização da agricultura exigida pela globalização tem causado graves danos aos ecossistemas e prejudicado as condições de vida na Terra. As consequências da adoção de técnicas produtivas de monocultura e o uso excessivo de agrotóxicos exigem a superação do atual paradigma do desenvolvimento econômico. O objetivo deste artigo é apontar que, para promoverem um efetivo Estado de Direito Ecológico, os processos agrícolas precisam respeitar os limites dos recursos naturais e a cultura tradicional dos povos. O problema elaborado aponta a insuficiência dos programas governamentais adotados até o presente momento para incentivar as práticas de restauração e proteção dos ecossistemas e garantir os direitos básicos necessários ao pleno desenvolvimento humano. A hipótese apresentada indica que a agroecologia constitui importante instrumento de promoção da nova ética na busca pela sustentabilidade. A pesquisa doutrinária, legislativa e a análise empírica dos programas de governo nacionais e internacionais sobre o tema são a base metodológica adotada no trabalho, observadas as publicações oficiais de organismos com o Ministério do Meio Ambiente e a Organização das Nações Unidas, bem como a interdisciplinaridade das fontes de pesquisa a partir de conceitos advindos de obras de diversas áreas do direito, além de obras não necessariamente jurídicas.

Palavras-chave: Agroecologia. Transição. Sustentabilidade. Políticas Públicas.

Abstract: The modernization of agriculture required by globalization has caused serious damage to ecosystems and harmed living conditions on Earth. The consequences of adopting monoculture production techniques and the excessive use of pesticides require overcoming the current economic development paradigm. The purpose of this article is to

point out that, in order to promote an effective Ecological Rule of Law, agricultural processes need to respect the limits of natural resources and the traditional culture of peoples. The problem elaborated points to the insufficiency of the governmental programs adopted so far to encourage the practices of restoration and protection of ecosystems and guarantee the basic rights necessary for full human development. The hypothesis presented indicates that agroecology is an important tool for promoting the new ethics in the search for sustainability. Doctrinal, legislative research and empirical analysis of national and international government programs on the subject are the methodological basis adopted in the work, observing the official publications of bodies such as the Ministry of Environment and the United Nations, as well as interdisciplinarity of research sources from concepts arising from works from different areas of law, in addition to works that are not necessarily legal.

Keywords: Agroecology. Transition. Sustainability. Public policy.

Sumário: Introdução. 1. O caminho para a construção do Estado de Direito Ecológico. 1.1. A dimensão ecológica da dignidade humana. 1.2. A necessária superação do paradigma civilista: uma busca pela sustentabilidade. 2. Agroecologia: reflexões sobre uma nova ética. 2.1. Transição agroecológica: conceitos e elementos fundamentais. 2.2. A regulamentação da agroecologia no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A Década das Nações Unidas da Restauração dos Ecossistemas. 3.1. Estratégias agroecológicas no âmbito das Nações Unidas. 3.2. PANORAMA: soluções governamentais para ecossistemas degradados. Conclusões. Referências.

Introdução

A crise ambiental planetária que se vive demonstra que fatores como a globalização e o crescimento populacional desenfreado desencadearam a industrialização dos processos agrícolas e tornaram insustentável o modo de produção baseado no uso excessivo da terra e de agrotóxicos. O resultado alcançado, fruto do investimento no desenvolvimento econômico e da ausência de políticas públicas voltadas à agricultura sustentável, fez surgir a noção de agroecologia. Essa nova ética fundamenta uma mudança de paradigma que exige a atuação solidária entre Estado e sociedade para romper com o modelo de produção reducionista e recuperar a cultura das populações locais capazes de restaurar e preservar a natureza.

Embora o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja consagrado no Brasil como uma condição básica ao pleno desenvolvimento humano e constitua o fundamento do Estado de Direito Ecológico, mecanismos estatais que o

garantam precisam ser efetivados. Como proposta de solução ao problema apontado, a agroecologia se desenvolve na busca por um desenvolvimento social, cultural, econômico e ambiental integrado, em respeito as condições da natureza como um todo. O presente estudo foi elaborado com o objetivo de evidenciar que o incentivo à implementação de processos agrícolas sustentáveis é importante não apenas porque fornece elementos à construção de um efetivo Estado de Direito Ecológico, mas por promover estratégias reconhecidas mundialmente como adequadas a restaurar os ecossistemas e, conseqüentemente, salvar as condições de vida na Terra.

Para tanto, o artigo utilizou o método de abordagem dedutivo, a partir de pesquisa doutrinária, legislativa e da análise empírica de programas nacionais e internacionais de governo. Inicialmente, subdivide a apresentação do caminho para a construção do Estado de Direito Ecológico entre o reconhecimento da dimensão ecológica da dignidade humana (1.1) e a necessária superação do paradigma civilista por uma visão mais sustentável (1.2). O segundo capítulo aborda a importância da transição agroecológica por meio da definição de conceitos e elementos centrais (2.1) e a regulamentação do tema na legislação brasileira (2.2). Por fim, o terceiro capítulo é dedicado às estratégias agroecológicas da Década das Nações Unidas da Restauração dos Ecossistemas (3.1) e a alguns programas governamentais já existentes para recuperar a degradação ambiental (3.2).

1. O caminho para a construção do Estado de Direito Ecológico

Os direitos humanos são reconhecidos nos sistemas jurídicos nacional e internacional conforme surgem exigências sociais em cada momento histórico. São classicamente considerados como direitos subjetivos de ordem pública, básicos e essenciais à vida humana, e que, quando positivados pelo Estado em uma ordem constitucional, passam a ser chamados de direitos fundamentais. Para Luigi Ferrajoli, eles são "um fator essencial e um motor essencial de crescimento, não apenas civil, mas também econômico", que legitimam o ordenamento jurídico estatal e exigem a criação de normas de funcionamento que introduzam a nível nacional garantias primárias (2020, p. 55).

A doutrina tradicional os classifica por dimensões: a primeira surgiu com o reconhecimento de direitos civis e políticos através dos quais o ser humano passou a exigir seu próprio espaço e limitar a atuação estatal; a segunda reconheceu direitos sociais, econômicos e culturais, os quais passaram a exigir uma ação do Estado para alcançar o bem comum (DE PAULA, 2006, p. 40-43). Cada uma delas fundamentou, respectivamente,

o Estado Democrático de Direito e o Estado Social de Direito. A terceira dimensão e a atenção dada a ela no direito brasileiro serão objeto de análise no subcapítulo seguinte.

1.1. A dimensão ecológica da dignidade humana

Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgiram em 1979, no Instituto Internacional de Direitos do Homem, e consagraram os chamados direitos de solidariedade. O Supremo Tribunal Federal os definiu como direitos que materializam “poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais”, dentre os quais está incluído o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (1995).

A solidariedade é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, I) e apresenta natureza jurídica tanto de direito fundamental quanto de princípio que rege a sociedade moderna. Em qualquer das suas formas, dá ensejo não só à preservação do indivíduo, mas também à sua integração ao meio em que vive e à manutenção da própria sociedade (REMEDIOS, 2016, p. 247). Nesse sentido, orienta o Poder Público a promover políticas intencionadas a reduzir as desigualdades sociais na maior medida possível e a garantir condições ambientais adequadas ao pleno desenvolvimento das pessoas.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente surgiu na Declaração de Estocolmo, cujo primeiro princípio garantiu ao homem viver “em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras” (ONU, 1972). Trata-se, como é possível observar, de um direito tão amplo que alcança todas as questões que envolvem a vida saudável na Terra e determina uma solidariedade intergeracional que atenda as necessidades atuais, sem prejudicar as que surgirão com o passar do tempo.

Na esfera infraconstitucional, a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938/81, definiu a participação social como condição essencial à proteção ambiental (art. 2º) e serviu como fundamento para que, posteriormente, outros países também o fizessem. A norma conceituou pioneiramente o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (PNMA, art. 3º).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi consagrado como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, sendo dever irrefutável do Poder Público e da coletividade

protegê-lo (art. 225). Embora de projeção inicial antropocêntrica, a simples leitura do texto constitucional demonstra o reconhecimento de que o desenvolvimento econômico, social e ambiental precisa ocorrer de forma integrada.

A partir desse conceito, José Canotilho identificou a dupla natureza jurídica do direito ao meio ambiente: é um direito subjetivo da personalidade, em razão de a sua manutenção ecologicamente equilibrada ser condição ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e garantir aos indivíduos pleitear o direito de defesa contra atos lesivos; e um elemento fundamental da ordem objetiva, diante das incumbências indeclináveis do Estado com vista à consecução da equidade ambiental (1995, p. 18-19).

O reconhecimento de que o meio ambiente é a base para a completa fruição dos direitos básicos dos seres humanos, os quais são fundamentais para a garantia da proteção ecossistêmica, revela uma relação direta e complementar entre esses direitos e garantias que evidencia a intenção da Lei Fundamental de promover o desenvolvimento sustentável. Márcia Bertoldi acrescenta que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, compreendido como um direito de todos, assume não apenas uma garantia de vida saudável aos cidadãos e um desenvolvimento sustentável, mas efetiva o “direito do próprio ambiente em possuir condições de renovar continuamente seus recursos e manter íntegras todas as complexas conexões que interligam desde os microorganismos até a espécie humana” (2019, p. 249).

Na época da publicação do texto constitucional brasileiro, ressalvadas raras exceções Europeias, as constituições ainda não defendiam qualquer forma de proteção ambiental e foi a partir de então que os demais países iniciaram o processo gradual de constitucionalização do tema. A iniciativa de incentivo a que todas as esferas de governo (federal, estadual e municipal) desenvolvessem políticas públicas dedicadas a garantir a integridade ecológica adequada a assegurar os direitos básicos de desenvolvimento humano e ecossistêmico tornou-se um exemplo mundial.

Com uma visão mais atual a respeito da proteção ambiental no ordenamento jurídico nacional, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer ensinam que a “forma simultânea de um objetivo e tarefa estatal e de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade” implica a criação de “um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico” (2017, p. 417). Constitucionalizar a matéria, segundo Andreas Krell, além de vetar ao poder estatal tomar medidas que diminuam o nível de proteção ambiental já

alcançado, em evidente proibição do retrocesso, garante ao cidadão um mínimo existencial ecológico (2017, p. 49-50).

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski

“o mínimo existencial é aquele conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual uma pessoa não pode levar uma vida digna e esta inclui, evidentemente, um meio ambiente hígido, condição *sine qua non*, registre-se, para viabilizar a própria continuidade da vida dos seres humanos na Terra” (2018).

Em outras palavras, ao reconhecer a necessidade de que condições materiais sejam garantidas para que as pessoas alcancem uma vida saudável e determinar a definição de parâmetros mínimos de cuidados com o meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 consagrou uma dimensão ecológica da dignidade humana. Dito isto, no subcapítulo seguinte será analisada a mudança de paradigma necessária à construção de um efeito Estado de Direito Ecológico de acordo com os conceitos estudados até aqui.

1.2. A necessária superação do paradigma civilista: uma busca pela sustentabilidade

O Superior Tribunal de Justiça, além de reconhecer expressamente a dimensão ecológica da dignidade humana, vincula a ela o princípio da solidariedade para determinar a integração axiológica da garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao ordenamento jurídico brasileiro e impor que as normas de preservação respeitem a teleologia constitucional de forma sistêmica e harmônica (2019). Com isso, entende-se que um modelo estatal que promova a proteção ambiental e o pleno desfrute da dignidade humana deve levar em consideração aspectos ecológicos e sociais de forma conjunta.

Condições saudáveis de vida humana, de acordo com Tiago Fensterseifer

“só são possíveis dentro dos padrões mínimos exigidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da existência humana, num ambiente natural onde haja qualidade ambiental da água que se bebe, dos alimentos que se comem, do solo onde se planta, do ar que se respira, da paisagem que se vê, do patrimônio histórico e cultural que se contempla, do som que se escuta, entre outras manifestações da dimensão ambiental” (2008, p. 61).

Como visto no subcapítulo anterior, essas necessidades básicas serão garantidas por meio do desenvolvimento de novas políticas públicas sustentáveis e pela efetiva

implementação das já existentes. Para tanto, é indispensável a solidariedade entre a prestação estatal de proteção do meio ambiente e a abstenção de práticas ambientais degradantes por parte da sociedade. Essa visão mais sustentável e sensível em relação à saúde das pessoas, à expectativa das futuras gerações e à manutenção das funções ecológicas substitui o velho paradigma civilista de desenvolvimento econômico (POPE, 2017, p. 323).

A nova dimensão deve ultrapassar o antropocentrismo do Estado de Direito para garantir que as invasões, deteriorações e destruições da natureza sejam protegidas na mesma medida em que são protegidos os cidadãos, considerados os interesses e objetivos conflitantes (BUGGE, 2013, p. 7). Essa reconstrução das bases da estrutura estatal, a partir da imposição de limites às liberdades individuais para que seja preservada a natureza, acrescenta à concepção clássica de Estado o elemento ambiente – tradicionalmente formada por soberania, território e povo – e fundamenta o Estado de Direito Ecológico.

A teoria jurídica alemã estabeleceu o conceito de Estado Eco-constitucional como aquele que determina ao Poder Público promover o equilíbrio dos ecossistemas entre todos os interesses de vida, observando o princípio da sustentabilidade e respeitando os limites da Terra (BOSELNANN, 2013, p. 4-9). Embora essa não seja uma definição estática, porque se aperfeiçoa conforme surgem novas exigências políticas, sociais e jurídicas, ela garante a extensão de uma responsabilidade, anteriormente restrita aos direitos civis, aos direitos do meio ambiente.

Na prática, o Estado de Direito Ecológico brasileiro ainda constitui uma espécie de ideologia que serve para incentivar o Poder Público e a sociedade a alcançar as metas necessárias à superação do paradigma civilista atual. O valor de um Estado cujo fundamento seja a sustentabilidade está, segundo a lição de Morato Leite e Helene Ferreira, na força da construção teórica “que se projeta no mundo real ainda como devir” para explorar “outras possibilidades que se apartam da realidade para compor novas combinações daquilo que existe” (2012, p. 22).

A definição do marco legal-constitucional socioambiental é importante para proteger e promover, de forma integrada e interdependente, direitos sociais e ambientais como parte do mesmo projeto político dedicado ao desenvolvimento humano a partir do conceito de sustentabilidade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011). No entanto, desafios como as reduzidas e pouco eficazes estratégias governamentais para a proteção da natureza e a

prevalência dos interesses econômicos sobre os ecossistêmicos precisam ser enfrentados para que o Estado de Direito Ecológico se afaste da utopia e se torne real.

2. Agroecologia: reflexões sobre uma nova ética

Os estudos realizados pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente apontam que o atendimento de demandas – como a globalização e o crescimento populacional – exige a modernização da agricultura e afeta diretamente os bens e recursos ambientais da América Latina (2015). No Brasil, desde que o comércio de insumos químicos foi liberado pelo Plano Nacional de Desenvolvimento (1975), a diversidade natural passou a ser substituída pela tecnologia. Além disso, a utilização de técnicas de monocultura, através das quais a matéria-prima é extraída do ecossistema de forma manufaturada a partir de critérios de padronização adotados entre transnacionais e governos para exportação, causa graves impactos socioambientais e prejudica as condições de vida na natureza como um todo.

Diante da necessidade do rompimento com o modo de produção vigente, a agroecologia surge como um importante instrumento de substituição do paradigma do crescimento econômico por um modelo de desenvolvimento ecologicamente sustentável. O estudo da nova ética será desenvolvido neste capítulo para demonstrar que, ao adotar a proteção ambiental como estratégia produtiva adequada a proporcionar uma melhor qualidade de vida a todos os seres ecossistêmicos, a ciência jurídica ultrapassa os antigos padrões responsáveis por considerar o meio ambiente como um entrave econômico. Para tanto, inicialmente serão apresentados os conceitos e elementos centrais sobre a transição agroecológica (2.1) e, em uma segunda etapa, será analisada a regulamentação da matéria no ordenamento jurídico brasileiro (2.2).

2.1. Transição agroecológica: conceitos e elementos fundamentais

A agroecologia, segundo Miguel Altieri, é uma ciência que integra as dimensões ecológica, social e cultural, e avalia o efeito das tecnologias utilizadas nos sistemas agrícolas sobre a sociedade como um todo (2004, p. 23). Trata-se de processo caracterizado por uma agricultura que respeita a diversidade dos recursos naturais, retoma os saberes dos povos colocados à margem do sistema econômico e, conseqüentemente, rompe com o modelo anterior de desenvolvimento. Orienta-se na busca pela sustentabilidade, identificada no capítulo anterior como o fundamento do Estado Ecológico de Direito, e faz dela uma meta global a ser atingida na maior medida possível.

Paulo Cruz e Gabriel Ferrer defendem a flexibilidade como uma característica essencial da sustentabilidade, na medida em que permite que cada processo identifique e opte, “dependendo dos casos, por globalizar ou desglobalizar, crescer ou decrescer, desenvolver ou regredir, conservar ou transformar” (2015, p. 243). Alcançar a meta depende, para Miguel Altieri, de respeitar os conhecimentos que nutrem a cultura dos produtores, uma vez que fornecem informações relevantes a serem “utilizadas no desenvolvimento de estratégias agrícolas apropriadas, adequadas às necessidades, preferências e base de recursos de grupos específicos de agricultores e agroecossistemas regionais” (2004, p. 26).

O paradigma de conhecimento agroecológico, segundo Shiva, é um instrumento que remodela as formas pelas quais a humanidade compreende as questões relacionadas com agricultura e segurança alimentar em benefício da produção local e da cultura tradicional, especialmente das mulheres (2016, p. 16). A transição para este modelo determina a utilização de recursos naturais já existentes, de acordo com suas possibilidades, para definir estratégias que levem em consideração a capacidade produtiva do ambiente como um todo.

Nas palavras de Felipe Wienke, a transição agroecológica representa a

“alteração de um modelo de produção agrícola incompatível com a manutenção da sadia qualidade de vida, rumo a uma nova sistemática produtiva que incorpore práticas justas socialmente, ambientalmente e culturalmente” (2018, p. 224).

Além disso, o respeito à capacidade de regeneração e reprodução de cada ecossistema é requisito essencial para alcançar um novo paradigma que tenha como objetivo alcançar um “desenvolvimento socialmente justo, economicamente eficaz e ecologicamente comprometido” que respeite as capacidades de regeneração e reprodução de cada ecossistema (BRAUNER; GOMES, 2019, p. 49).

Para fazer parte do mundo real, essa transição depende da criação, aprovação e inserção de políticas agroecológicas que incentivem o setor econômico a promover o equilíbrio dos ecossistemas e estimulem a diversificação do sistema produtivo. Processos manufaturados artesanalmente pelas comunidades locais e integrados com o meio ambiente necessitam ser fomentados, a fim de que pequenos e médios agricultores

consigam alcançar a qualidade produtiva necessária, para ingressar em redes locais de distribuição e consumo que precisam ser criadas.

Conforme destacado no subcapítulo 1.1, a solidariedade é essencial a qualquer mudança estrutural que se pretenda promover. Por isso, alterar todo o sistema de produção agrícola exige não apenas prestações estatais positivas, mas comportamentos sociais que, além de cessarem práticas ambientalmente nocivas, recriem os padrões de consumo a partir dos pilares da nova ética. Cabe aos setores público e privado formular um sistema produtivo e econômico sustentável, que torne a agricultura familiar mais rentável aos produtores, acessível aos consumidores e benéfica à saúde de todos os seres ecossistêmicos.

Ainda que o sistema jurídico nacional disponha de instrumentos capazes de intensificar a proteção ambiental e a restauração dos organismos degradados, caso sejam utilizados adequadamente pelo Poder Público, novas e complementares estratégias são necessárias para que seja implementada, de fato, a transição agroecológica. Feitas essas considerações, o subcapítulo seguinte analisará a atenção que a legislação brasileira concede aos processos agrícolas sustentáveis e as políticas públicas disponíveis, até o presente momento, para instrumentalizar a mudança de paradigma.

2.2. A regulamentação da agroecologia no ordenamento jurídico brasileiro

Há mais de três décadas surgiram no Brasil as primeiras políticas públicas voltadas à agricultura familiar, mas ela só foi adotada como estratégia de promoção da qualidade ambiental e da diversidade cultural no decorrer dos anos 2000 (WIENKE, 2018, p. 229-230). Embora a Lei nº 10.831/03, que dispõe sobre a agricultura orgânica em âmbito nacional, tenha definido princípios, diretrizes e instrumentos jurídicos que atribuíram ao meio ambiente uma visão sistêmica e integrada, o Decreto nº 7.794/12, que instituiu a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica foi o primeiro instrumento a fomentar a transição agroecológica no País, conceituando-a como

“processo gradual de mudança de práticas e de manejo de agroecossistemas, tradicionais ou convencionais, por meio da transformação das bases produtivas e sociais do uso da terra e dos recursos naturais, que levem a sistemas de agricultura que incorporem princípios e tecnologias de base ecológica” (PNAPO, art. 2º, IV).

A norma determinou a criação de um Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica, conhecido como Brasil Ecológico, a ser desenvolvido em dois ciclos: o primeiro teve como principais objetivos ampliar o número de agricultores envolvidos com a produção orgânica, fomentar a conservação, o manejo e o uso sustentável dos recursos naturais e democratizar o conhecimento agroecológico (PLANAPO 2013-2015); o segundo foi lançado para dar continuidade e aperfeiçoamento ao anterior, a partir das mesmas bases, com a meta de desenvolver programas e ações indutoras da transição agroecológica e da produção orgânica de base agroecológica (PLANAPO 2016-2019)²⁷⁶.

Em que pese as medidas planejadas pareçam adequadas, os números da agroecologia no Brasil não são capazes de romper com o modelo de produção reducionista atual. Observada a área agricultável informada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE no Censo Agropecuário de 2017 de 351.289.186 hectares, verifica-se que o País destina apenas 0,36% à agricultura orgânica (2017, p.61) e ocupa o décimo segundo lugar mundial em áreas dedicadas ao setor, com 1.283.054 hectares (IFOAM; FiBL, 2019, p. 41).

As políticas públicas ambientais brasileiras são promissoras especialmente porque desenvolvidas de forma associada à Política Nacional do Meio Ambiente, como os exemplos das políticas que tratam dos recursos hídricos, resíduos sólidos, desenvolvimento urbano e até mesmo a recente Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais. No entanto, resultados efetivos de transição agroecológica dependem de fatores complementares às suas simples instituições.

Sobre o tema, cumpre destacar que a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, instituída pela Lei nº 14.119/21, é extremamente bem-vinda e estabelece um marco legal importante de valorização dos ecossistemas por meio da regulação da relação entre a atuação humana e os ecossistemas. Estabelece um mecanismo de monetização da natureza orientado a remunerar os produtores que voluntariamente preservem e recuperem os recursos naturais e abandonem a utilização de técnicas agrícolas degradantes.

A norma foi elaborada na busca por mitigar as consequências negativas das ações antrópicas que tenham como objetivo principal a utilização de recursos naturais. Para

²⁷⁶ Por solicitação do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, a Meta 7, relativa à implementação e ao monitoramento do Programa Nacional de Redução de Agrotóxicos ainda está em processo de detalhamento e ajustes.

tanto, definiu objetivos, diretrizes, modalidades e criou o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais destinado a oferecer remuneração em troca das atividades dos setores público e privado que promovam o desenvolvimento sustentável.

Entretanto, ainda que tenha dado especial atenção às comunidades locais com vistas a proteger as propriedades rurais de pequena produção, depende da adequada regulamentação administrativa para revalorizar efetivamente a cultura tradicional, a sociedade e a economia. Caso contrário, poderá acarretar o aumento da desigualdade entre o modo de produção intensivo e o modelo agroecológico, privilegiando a produção agrícola em vigor.

Além da implementação adequada das políticas ambientais já existentes, medidas públicas complementares precisam ser incrementadas para garantir a sustentabilidade dos modos de produção e, conseqüentemente, instrumentalizar a mudança de paradigma. A partir da análise do tema no âmbito nacional, o capítulo seguinte propõe uma abordagem acerca do incentivo à agroecologia no âmbito da Organização das Nações Unidas como instrumento de proteção e recuperação dos ecossistemas.

3. A Década das Nações Unidas da Restauração dos Ecossistemas

O estudo realizado no capítulo 1 demonstra o reconhecimento de uma dimensão ecológica à dignidade humana decorrente da identificação da proteção ambiental como a base para a completa fruição dos direitos humanos e neles o fundamento da própria restauração e manutenção da natureza. Para efetivar essa garantia primária de condições de vidas ecossistêmicas, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável forneceu um plano compartilhado para todos os Estados-Membros das Nações Unidas, através do qual foram definidos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS dedicados a orientar políticas nacionais e ações de cooperação internacional (ONU, 2015).

Embora a natureza sustente toda a vida na Terra e a saúde de todos os seres vivos que a habitam esteja diretamente vinculada à sua preservação, dados recentemente divulgados pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente alertam sobre a eminência de uma catástrofe. Como proposta de solução à crise ambiental instaurada em nível global, a ONU lançou a Década da Restauração dos Ecossistemas, cujas metas atribuem importante papel aos meios de produção agrícola: promover a sustentabilidade. As estratégias agroecológicas definidas para salvar o planeta serão abordadas inicialmente neste capítulo (3.1), seguidas da identificação de programas governamentais que já alcançaram êxito ao aderir à nova ética (3.2).

3.1. Estratégias agroecológicas no âmbito das Nações Unidas

Em 2020, a Organização de Alimentos e Agricultura das Nações Unidas publicou um estudo que revelou que, embora a América Latina seja uma das maiores produtoras de alimentos do mundo e reúna os países mais ricos em biodiversidade, a fome afetou 47,7 milhões de seus habitantes em 2019 e o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável referente à fome zero não será alcançado²⁷⁷. A situação ficou ainda mais grave após a divulgação de um relatório no Dia Mundial da Biodiversidade ter revelado que, se nada for feito para corrigir o caminho que vem sendo percorrido pela humanidade, os Estados-Membros não alcançarão os demais objetivos da Agenda 2030 (PNUMA; CDB, 2021).

Apesar de registrar progressos em algumas áreas, como água limpa, saneamento, energia limpa e manejo florestal, o estudo apontou como insustentável a forma que o mundo ainda vive e registrou o aumento da perda da biodiversidade e das mudanças climáticas. Com a indicação desses retrocessos, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente reconheceu a importância da produção de dados e de indicadores qualificados para garantir o progresso do desenvolvimento de uma forma mais simples e, no dia 05/06/2021, em parceria com a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, lançou a Década das Nações Unidas da Restauração de Ecossistemas.

O objetivo desse movimento global é prevenir, interromper e reverter a degradação dos ecossistemas em todos os continentes e oceanos. O termo final para que seja cumprido coincide com o prazo para que sejam alcançados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: 2030. A década foi identificada pelos pesquisadores como a última chance para evitar catástrofes globais e o limite para garantir a subsistência das pessoas, combater as mudanças climáticas e deter o colapso da biodiversidade (PNUMA; FAO, 2021).

A fim de orientar com cuidado o desenvolvimento do plano de colocar o mundo no caminho de um futuro sustentável, que permita reviver o meio ambiente e alcançar os ODSs, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura elaboraram um manual que define possíveis abordagens para restaurar os principais tipos de ecossistemas, incluídas as florestas, os campos agrícolas, as pastagens e savanas, os rios e lagos, os oceanos e costas, as vilas e

²⁷⁷ Estima-se que o problema esteja ainda mais grave quando forem contabilizados os impactos da pandemia da COVID-19 na segurança alimentar.

idades, as turfeiras e montanhas. Ao todo foram elaboradas dez estratégias para que entes públicos e privados executem o processo de restauração da natureza (PNUMA; FAO, 2021).

Ao longo do texto é possível identificar um apelo à transição agroecológica, diante da especial atenção voltada aos modos de produção agrícolas sustentáveis baseados na utilização de recursos locais já existentes e na capacidade dos agricultores, para diversificar o sistema produtivo e promover o equilíbrio dos ecossistemas. As medidas apontam para a essencialidade da adoção de práticas que recuperem a degradação da biodiversidade que assola a Terra.

Além de estabelecer incentivos às práticas de restauração ambiental e determinar a redução dos subsídios que financiam práticas agrícolas prejudiciais ao meio ambiente, o programa fomenta uma mudança de comportamentos sociais no sentido de identificar e valorizar o consumo sustentável, o que inclui desde hábitos alimentares mais saudáveis até a aquisição de produtos baseados em sistemas produtivos agroecológicos. Reconhece a importância de fortalecer as culturas locais, especialmente dos grupos mais prejudicados com a destruição dos ecossistemas, para que, diante do vasto conhecimento que possuem, assumam um papel ativo nesse processo de recuperação.

O estudo apresentado no subcapítulo 2.1 apontou que essas medidas remodelam a relação entre a sociedade e a natureza e instrumentalizam a mudança de paradigma necessária à manutenção das condições de vida de todos os seres ecossistêmicos. Além de destacar que o investimento em preservação ambiental traz mais benefícios do que os custos decorrentes das reparações, o manual dedicou uma parte específica a orientar o uso das terras agrícolas, reconhecidas como tesouros culturais cuja vitalidade está sendo esgotada pelos processos produtivos atuais (2021, p. 16).

A cartilha sugere que os agricultores respeitem a biodiversidade, recuperem espécies nativas, invistam na natureza com a utilização de pestes naturais e fertilizantes orgânicos, evitem o uso de substâncias agrotóxicas e adotem regimes de práticas rurais que, além de restaurar áreas já degradadas, deixem de usar excessivamente a terra. O manual indica, ainda, a plataforma PANORAMA como um recurso que reúne soluções comprovadas para uma gama de ecossistemas com o objetivo de instrumentalizar práticas mais sustentáveis. A ferramenta disponibiliza pesquisas que demonstram resultados positivos a partir da implementação de programas agroecológicos desenvolvidos por parcerias entre setores público e privado, conforme será analisado no subcapítulo seguinte.

3.2. PANORAMA: soluções governamentais para ecossistemas degradados

Em pesquisa publicada por Ingrid Heindorf na plataforma, a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica brasileira foi identificada como um marco político federal significativo para o avanço da sustentabilidade (PANORAMA, 2019). De acordo com dados fornecidos, as conquistas alcançadas pelo primeiro ciclo do Brasil Ecológico, desenvolvido entre os anos de 2013 e 2015, resultaram no reconhecimento da PLANAPO com o Future Policy Silver Award 2018, concedido pelo Conselho Mundial do Futuro (WFC), em parceria com a FiBL & IFOAM – Organics International, às melhores políticas em agroecologia e sistemas alimentares do mundo.

O estudo desenvolvido no subcapítulo 2.2 permite acreditar que, com a conclusão do segundo ciclo do PLANAPO e com a instituição Plano Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, o País possa alcançar resultados ainda melhores no caminho da superação do atual paradigma de crescimento econômico pelo almejado desenvolvimento sustentável. Na esfera internacional, outra pesquisa relevante aponta que a agricultura desenvolvida mediante processos que respeitam a conservação ecossistêmica traz benefícios tanto para os agricultores quanto para o meio ambiente (ICARDA, 2021).

Isso porque, ao utilizar tecnologias produzidas de acordo com a cultura local, a produtividade da colheita aumenta, a eficiência do uso de recursos melhora e a saúde do solo se mantém. Com isso, o processo produtivo se desenvolve por uma ética oposta à da superexploração que atende à demanda da globalização, uma vez que aumenta a segurança alimentar, preserva os recursos naturais dos agroecossistemas e cria empregos para as populações locais.

Por fim, o estudo traz o testemunho de agricultores que já identificaram exemplos benéficos nessa alteração do sistema produtivo: as máquinas projetadas por agricultores locais produzem rendimentos semelhantes aos alcançados pelas importadas, mas apresentam maior ajustamento de semeadura e uma taxa de germinação mais alta; houve aumento da produtividade e, conseqüentemente, cresceu o apoio governamental ao setor; os insumos químicos e as cargas de trabalho dos agricultores foram reduzidos e o custo benefício da atividade melhorou (ICARDA, 2021).

A plataforma disponibiliza, ainda, casos em que Programas de Pagamento por Serviços Ambientais foram instituídos. Na Reserva Florestal Kikuyu Escapment do Quênia há uma bacia hidrográfica que enfrenta sérias ameaças de degradação ambiental ocasionada pela má gestão da terra, pelo cultivo nas margens dos rios, pelo aumento da poluição da água e pela redução dos níveis das represas. Para solucionar o problema, uma

parceria entre os setores público e privado iniciou um programa de incentivo financeiro pelo uso do ecossistema hídrico. O objetivo do projeto, ao aumentar o financiamento sustentável local, foi investir na biodiversidade, aumentar a quantidade e qualidade da água, reduzir a erosão e assoreamento e reservatórios de água, além de reduzir a pobreza e outros fatores de perda da floresta (KARIARA, 2019).

Na região do Lago Chamo, na Etiópia, as plantações em terras comunais enfrentam desafios atribuídos à baixa taxa de sobrevivência de mudas em razão da ausência de políticas públicas que regulamentem o uso da terra e a alta demanda de recursos naturais. Como solução, foi desenvolvido um incentivo em parceria com o governo local para que os desenvolvedores florestais restaurem as terras comunais degradadas e plantem mudas de árvores. Ao envolvê-los em um processo de restauração que gera renda sustentável, o número de mudas ecológica e economicamente significativas plantadas e a taxa de sobrevivência delas aumentaram (DEMMERT, 2021).

Em ambos os casos, as sérias ameaças de degradação ambiental foram solucionadas por meio de parcerias entre voluntários, empresas, governo e instituições comunitárias para garantir um financiamento sustentável de proteção ecossistêmica. O estudo dos casos práticos comprova, assim como há anos já defendia a doutrina ambientalista, que essas parcerias aumentam o interesse social em manter a natureza íntegra e, conseqüentemente, melhoram as condições de existência na Terra.

Conclusões

O presente estudo demonstra a importância dos processos agrícolas sustentáveis para que seja alcançada uma proteção da natureza adequada a manter as condições de vida de todos os seres que nela existem. A agroecologia é um instrumento que promove a recuperação dos saberes que nutrem as culturas tradicionais e fomenta a produção orgânica de alimentos no âmbito da agricultura familiar para alcançar um desenvolvimento social, ambiental e econômico harmônico. A adoção dessa nova ética respeita a capacidade regeneração dos ecossistemas em benefício das presentes e futuras gerações, além de impor um repensar dos comportamentos sociais para impulsionar o rompimento com o atual modelo de desenvolvimento reducionista incompatível com a sustentabilidade.

No Brasil, o reconhecimento da dimensão ecológica da dignidade humana determina a integração da garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todo o ordenamento jurídico. Portanto, compete ao Poder Público promover direitos sociais e ambientais de forma conjunta para que os direitos individuais sejam garantidos a partir do conceito do desenvolvimento sustentável que fundamenta o Estado de Direito Ecológico.

Embora as políticas públicas agroecológicas venham ganhando força no País, medidas complementares precisam ser desenvolvidas para recriar os ideais que sustentam a atividade estatal e a produção agrícola vigente. O incentivo à agricultura sustentável permite o equilíbrio dos ecossistemas, otimiza os recursos naturais, diversifica o sistema produtivo e garante não apenas o direito dos indivíduos de viver em um meio ambiente saudável, mas o direito do próprio ambiente de manter-se íntegro.

O fomento à agroecologia no âmbito das Nações Unidas corrobora os resultados das décadas de estudo da doutrina ambientalista no sentido de que, se não houver a superação do paradigma do desenvolvimento, os ecossistemas não sobreviverão e, por ser diretamente dependente destes, a vida humana deixará de existir. Somadas às demais orientações da Década da Restauração dos Ecossistemas, as estratégias agroecológicas traçadas constituem potencial instrumento para solucionar a crise ambiental instaurada no planeta. Basta que os Poderes Públicos desenvolvam políticas de incentivo às atividades que respeitem a capacidade de regeneração e produção da natureza, e utilizem os saberes das populações locais para que promovam, solidariamente, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referências

ALTIERI, M. **Agroecologia**: a dinâmica produtiva da agricultura sustentável. Tradução: Marília M. L. 4. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. Disponível em: <https://www.socla.co/wp-content/uploads/2014/Agroecologia-Altieri-Português.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

BERTOLDI, M; DA ROSA, R. G. A concretização do direito à informação ambiental: o acesso à informação para a efetividade da cidadania socioambiental brasileira. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 3. 2019. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/24448>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

BOSELDMANN, K. The Rule of Law Grounded in the Earth: Ecological integrity as a grundnorma. In: **Planetary Boundaries Initiative Symposium 19&20 September 2013**. London: Charles Darwin House, 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 de maio de 2021.

_____. Decreto nº 7.794, de 20 de agosto de 2012. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7794.htm. Acesso em: 16 de maio de 2021.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 10 de maio de 2021.

_____. Lei nº 10.831, de 23 de dezembro de 2003. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.831.htm. Acesso em 16 de maio de 2021.

_____. Lei nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14199-13-janeiro-2021-790989-veto-162149-pl.html>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

_____. Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica – PLANAPO. **CIAPO**: Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.agroecologia.gov.br/planapo/apresentacao>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.312.435/RJ, 2a T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 07.02.2019. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0643.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 22164/SP, j. 30/10/1995. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.903/DF (Novo Código Florestal), j. 28.02.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

BRAUNER, M. C. C.; GOMES, C. B. O. A agroecologia como instrumento efetivos do desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental e Sociedade**. v. 9, n. 1, 2019.

BUGGE, H. C. Twelve fundamental challenges in environmental law: na introduction to the concept of rule of law for nature. In VOIGT, C. (Ed.). **Rule of Law for Nature**: New dimensions and ideas in Environmental Law. [S.l.]. 1st ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito público do ambiente**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

CRUZ, P. M.; FERRER, G. R. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p239>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

DAMMERT, L. Result based Incentive Payment Approach for better survival of seedlings and creating forest in Lake Chamo Landscape. In: **PANORAMA**, 2021. Disponível em: <https://panorama.solutions/en/solution/result-based-incentive-payment-approach-better-survival-seedlings-and-creating-forest-lake>. Acesso em: 7 de jun. 2021.

DE PAULA, A. S. **Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais**. Campinas: Editora Servanda, 2006.

FENSTERSEIFER, T. **Direitos Fundamentais e Proteção do Meio Ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, L. Por que uma constituição da terra? Constitucionalismo além do estado. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. **Sociedade Científica do Direito**. I Encontro Virtual CONPEDI. 2020. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/nv1cxc5>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

FiBL & IFOAM – Organics International. **The World of Organic Agriculture**. 22. ed. 2019. Disponível em: <https://ciorganicos.com.br/biblioteca/agricultura-organica-mundial-estatisticas/>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

HEINDORF, I. Brazil's National Policy for Agroecology and Organic Production (PNAPO). In: **PANORAMA**, 2019. Disponível em: <https://panorama.solutions/en/solution/brazil-national-policy-agroecology-and-organic-production-pnapo>. Acesso em: 6 de jun. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Agropecuário 2017**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3096/agro_2017_resultados_defdefniti.pdf. Acesso em: 16 de maio de 2021.

ICARDA – Science for resilient livelihoods in dry areas. Conservation agriculture draws on locally produced Technologies to increase productivity while using fewer resources. In: **PANORAMA**, 2021. Disponível em: <https://panorama.solutions/en/solution/conservation->

[agriculture-draw-locally-produced-technologies-increase-productivity-while](#). Acesso em: 7 de jun. 2021.

KARIARA, J. Payment for Water Ecosystem Service at Kikuyu Escarpment Forest, Kenya. In: **PANORAMA**, 2019. Disponível em: <https://panorama.solutions/en/solution/payment-water-ecosystem-service-kikuyu-escarpment-forest-kenya>. Acesso em: 7 de jun. de 2021.

KRELL, A. J. O Estado Ambiental como Princípio Estrutural da Constituição Brasileira. In: LEITE, J. R. M.; DINNEBIER, F. F. (org.). **O Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza**. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2017.

LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S. A expressão dos objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In: LEITE; FERREIRA (org.). **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: UFSC, 2012.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Environmental Rule of Law: Critical to Sustainable Development**, 2015. p. 1 Disponível em: www.unep.org/delc/Portals/24151/Documents/issue-brief-environmental-justice-sdgs.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração de Estocolmo de 1972**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

PNUMA – Programa das Nações Unidas Para o Meio Ambiente. CDB – Conselho Sobre Diversidade Biológica. **Measuring Progress: Environment and the SDGs**. 2021. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/publication/measuring-progress-environment-and-sdgs>. Acesso em: 6 de jun. 2021.

PNUMA – Programa das Nações Unidas Para o Meio Ambiente; FAO – Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura. **Década das Nações Unidas da Restauração dos Ecossistemas 2021-2030**. Disponível em: <https://www.decadeonrestoration.org>. Acesso em: 6 de jun. 2021.

POPE, K. Estado de Direito Ecológico: a ecologização do direito pelo ideal da sustentabilidade. *In*: LEITE, J. R. M.; DINNEBIER, F. F. (org.). **O Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza**. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2017.

REMEDIO, J. A. Os direitos de solidariedade, o princípio da solidariedade, a solidariedade social e a filantropia como instrumentos de inclusão social. **Argumenta Journal Law**, n. 24, jan/jun 2016.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Breves considerações sobre o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental à luz do atual cenário de flexibilização da legislação ecológica brasileira. *In*: LEITE, J. R. M.; DINNEBIER, F. F. (org.). **O Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza**. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2017.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ambiental**: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SHIVA, V. **Who feeds the world? The failures of agribusiness and the promise of agroecology**. 1st ed. Berkley: North Atlantic Books, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

WIENKE, F. F. Em busca de caminhos para a transição agroecológica: as estratégias de pagamento por serviços ambientais como mecanismo político-jurídico para a produção agrícola sustentável no direito brasileiro e comparado. *In*: FERREIRA, H.; LEITE, J. R. M. **Direito e Sustentabilidade na era do Antropoceno**: retrocesso ambiental, balanço e perspectivas. v. 3. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2018.

HERANÇA DE BENS DIGITAIS

MARCUS VINICIUS DOS SANTOS ROCHA:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário
UNA - Contagem.

ANA FLÁVIA SALES²⁷⁸

(orientadora).

Resumo: Este artigo aborda o tema da Herança Digital, buscando entender a destinação dos bens digitais após a morte do legítimo proprietário. No cenário atual, no qual a tecnologia da informação direciona a nação rumo ao desenvolvimento econômico e social, já é esperado que a sociedade evolua, e é natural as mudanças de hábitos, costumes e a forma como a legislação deve prever as regras que mantem a ordem e o progresso. Diferente da década passada, atualmente, o valor econômico não se dá somente a objetos palpáveis. Com o maior alcance de acesso da "internet", as pessoas mudaram a forma de adquirir patrimônio e de produzir atividade econômica. Nos dias atuais, existem formas de negócios totalmente digitais, tal como "Instagram", "Facebook" e "WhatsApp", que geram renda para os proprietários, além de armazenar um acervo emocional e informações privadas. A possibilidade para transmissão desses bens, estão em termos contratuais e ou políticas de privacidade que, em sua maioria, impedem a transmissão dos bens. Esse presente artigo, portanto, busca fundamentos jurídicos para discutir a transmissão de bens digitais.

Palavras-Chave: Herança digital; Legislação específica; Transmissão de bens.

Abstract: *This abstract addresses the subject of Digital Inheritance, seeking to understand the destination of digital assets after their rightful owner dies. In the current world scenario, in which information technology directs a nation's economic and social development, it's already expected that society evolves, naturally, there will be behavioral changes, that need to be accompanied by legislation changes as a way to keep order and progress in society. In the past decades, only palpable objects had economic value, but, with the ongoing growth of internet access, people changed their way of acquiring patrimony and producing their economic activities. Nowadays, there are forms of businesses that are completely digital, for example, "Instagram", "Facebook", and "WhatsApp", that not only generate income for its owners but also, is a collection of emotional and private information. The possibility of transmitting these assets is available in contractual terms, or in the privacy*

278 Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Educação Continuada – IEC PUC Minas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Professora de Direito Processual Civil no Centro Universitário UNA. Advogada.

policy, that, mostly, don't allow the transfer of these assets. Therefore, this article seeks legal grounds to argue the transmission of digital assets.

Key-Words: *Digital inheritance; Specific legislation; Transmission asset*

Sumário: Introdução Preliminar. 1. Herança. 2. Bens Digitais. 3. Herança de Bens Digitais. 3.1 Direitos de Personalidade Após a Morte. 3.2 Sucessão de Bens Digitais. 4. Considerações Finais. Referências.

Introdução Preliminar

O Direito está presente em todas as relações sociais, para regular os direitos coletivos e os direitos individuais, mas isso não impede que os dois colidam em muitas situações. O Direito nada mais é que uma elaboração humana, que sofre alterações com o tempo e o local, e, portanto, deve sempre estar aberto a mudanças.

O tempo faz surgir novas tecnologias que operam em diversos níveis, como profissional e de relacionamento, tal como as redes sociais. "A dogmática jurídica vem desconhecendo quase que por completo este novo momento social, insistindo no mais das vezes em trabalhar hipóteses que fazem referência a uma sociedade calcada apenas na realidade e não na virtualidade" (ZAMPIER, 2016, p. 27). Em um mundo onde as pessoas estão em constante modificação faz-se necessário entender a necessidade de alteração nos conceitos que norteiam o ordenamento jurídico.

Com tantas evoluções, é compreensível sentir insegurança jurídica, naquilo que, de fato, não há previsão legal específica em nossa legislação. É extremamente importante um olhar atencioso no que diz a respeito aos ativos digitais, ora que, os sujeitos dotados de personalidade, têm garantido o direito de controlar o uso de nome, imagem, corpo, aparência ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade.

A sociedade atual possui novas formas de interação, sendo que o meio virtual se tornou totalmente costumeira, para se debater assuntos do dia a dia, ideais, conceitos, opiniões e posicionamentos. "O virtual concorre com o real, sem que haja substituição" (ZAMPIER, 2016, p. 26). Não suficiente, serve como forma de aproximar pessoas, criando uma grande redoma de informações com valores emocionais, sociais, éticos, onerosos e de privacidade.

Para compreender essa evolução da sociedade atual, basta analisar que, a maioria das pessoas estão rodeadas de aparelhos tecnológicos, como "smarphones", relógios inteligentes, "tablets", "smart tv's", assistentes virtuais e leitores de "ebooks". Um mundo foi criado na rede mundial de computadores, e nele existe um imenso patrimônio.

O mercado empresarial, que anda em constante crescimento com o mercado tecnológico, hoje já possui opções para que pessoas preocupadas com seu patrimônio virtual, possam escolher o que acontecerá com seus ativos digitais depois de sua morte. Esses são conhecidos como testamentos virtuais, que podem, desde expressar à vontade, quanto a determinar quem poderá exercer gestão sob suas redes sociais e o acesso a contas bancárias virtuais.

O intuito deste artigo é argumentar sobre a herança de bens digitais e a possibilidade da sucessão dos bens digitais frente a legislação vigente, tornando legal as possibilidades do de cujus de ter sua última vontade atendida.

1. Herança

A Herança é o patrimônio do falecido. Podemos definir como um conjunto de bens materiais, direitos e obrigações que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do “de cujus”, e como definido pelo doutrinador (GONÇALVES, 2019, p.19 e 20): “O fundamento do direito das sucessões repousa na continuidade da vida humana, através das várias gerações”. A herança acontece no momento da morte do titular dos bens, uma vez que, fixada a morte, acontece a transmissão imediata dos bens. Os herdeiros recebem a totalidade ou uma parte do patrimônio do falecido, sendo que o Código Civil expressa duas modalidades de herdeiros:

- a) Herdeiros Legítimos ou necessários, que são os descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e os colaterais.
- b) Herdeiros Testamentários, que são os que tem direito no recebimento de uma parcela dos bens deixado pelo falecido, disposto em testamento.

Após o evento morte, se inicia o inventário, que serve para fazer o levantamento dos bens deixados pelo falecido e das possíveis dívidas existentes, para que depois ocorra uma divisão entre os sucessores. De acordo com a Lei nº 11.441 de 2007, que alterou os Artigos nº 982, 983 e 1.031 do CPC, trouxe a possibilidade da realização de inventário e partilha mediante a escritura pública. Porém, para que ocorra de forma administrativa, o falecido não pode ter deixado testamento, também é necessário que todos os interessados sejam capazes, e a partilha deve ter a concordância de todos os sucessores. Essa forma de trâmite é mais célere que a judicial que, por sua vez, está sujeita a trâmites e prazos diferenciados, podendo se estender por anos.

É muito importante salientar que, independentemente da via utilizada, administrativa ou judicial, a figura do advogado é extremamente importante para seguir

com o trâmite do inventário, uma vez que, a via administrativa também exige a prestação e assessoria do advogado.

Oportuno esclarecer, também, que nem sempre os herdeiros necessários e legais fazem "jus" ao recebimento da herança, é bem raro, mas é possível que esses herdeiros sejam excluídos da sucessão por indignidade e deserdação, conforme disposto nos artigos 1.814 e 1.815 do Código Civil.

Indignidade:

- a) participar de crime, ou tentativa de homicídio de seu esposo, companheiro, pais ou filhos;
- b) acusar caluniosamente em processo judicial o autor da herança, ou praticar crime contra sua honra, ou de seu esposo;
- c) dificultar ou impedir, por meio violento, que o autor da herança disponha livremente de seus bens por testamento, ou ato que expresse sua vontade.

Deserdação dos filhos:

- a) ofensa física contra seus pais;
- b) injúria grave contra seus pais;
- c) tenham tido relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
- d) tenham desamparado genitores com alienação mental ou doenças graves.

Deserdação dos pais:

- a) ofenderem os filhos fisicamente;
- b) praticarem injúria grave contra seus filhos;
- c) mantiverem relações ilícitas com cônjuges ou companheiros dos filhos ou netos;
- d) desampararem filhos ou netos com alienação mental ou doenças graves.

As pessoas que, em vida, se preocupam em como se dará a partilha do seu patrimônio após a morte, tem a opção de fazer o testamento. Porém, a legislação não permite que a pessoa que deseja deixar sua vontade quanto a partilha do patrimônio, o faça por toda a integralidade. O Código Civil estabelece em seu Artigo 1.856 que pelo menos 50% (cinquenta por cento) de todos os bens devem ser transmitidos aos herdeiros necessários e, apenas a outra metade, é que pode ser objeto de deliberação. Portanto, o autor do testamento, pode destinar somente o que vai acontecer com 50% (cinquenta por cento) de seu patrimônio e somente tem efeitos jurídicos após sua morte. A lei não estabelece somente o testamento, existe também os chamados codicilos, que nada mais é que um documento informal que expressa a última vontade da pessoa, conforme disposto nos Artigos 1.881 ao 1885 do Código Civil. O codicilo serve, apenas, para dispor sobre o sepultamento do testador e sobre esmolas e pequenos legados.

Por fim, é importante destacar que quando o autor da herança falece sem deixar herdeiros, sucessores, legatários, testamentos ou codicilos, o Estado, exercendo sua função social, instaura um procedimento judicial, na posição de herdeiro universal para que a herança seja considerada jacente. Após considerada jacente, o município pode vender os bens e utilizar o dinheiro para atividades de interesse público da sociedade, conforme disposto nos Artigos 1.819 ao 1.823 do Código Civil.

2. Bens Digitais

É inevitável que o uso de tecnologia, no dia a dia da vida das pessoas: salvamos nossos dados em nuvem o tempo todo, seja quando acessamos um "site", quando carregamos fotos para armazenamento em nuvem ou quando acessamos nossa conta bancária, através do aplicativo projetado para tal. O que há de comum em todos esses acessos em "sites", aplicativos e armazenamento em nuvem, são os dados que ficam armazenados em cada acesso, em cada momento ou ato no mundo digital, durante todo o decorrer de nossas vidas.

Sabemos que é vasto o que se entende como bens. Para Clóvis Beviláqua (2001, p. 233 e 234) "bem é tudo que tem utilidade para a pessoa, seja num sentido econômico, seja por outros interesses". Neste sentido, podemos considerar que os bens digitais podem ser matérias ou não, devem ter valor econômico e incidir interesse jurídico.

Já para Cesar Fiuza (2004, p. 171) o conceito de bem é abrangente:

"Bem é tudo aquilo que é útil às pessoas. Coisa, para o Direito, é todo bem econômico, dotado de existência autônoma, e capaz de ser subordinado ao *domínio* das pessoas. Conclui-se que coisa, neste sentido, é sinônimo de bem. Mas nem todo bem será coisa. Assim, não

são coisas os bens chamados jurídicos, como a vida, a liberdade, a saúde etc. (FIUZA, 2004, p. 171)“.

Rodolfo Pamplona Filho (2016) assim como Fiuza, citado anteriormente, entende o conceito de bens como mais amplo, compreendendo os materiais e imateriais, o que também engloba o conceito de coisa. E, para Toledo (1994, p. 15)

“Bem em um sentido mais amplo, é tudo aquilo que nos apresenta como digno, útil, necessário valioso [...] os bens são, pois, coisas reais, ou objeto ideal dotado de valor.”

Destarte, os bens possuem um contexto mais amplo, que vai além daquilo que podemos tocar, é imaterial e tem relações mais abstratas. Conforme visto anteriormente, os bens precisam possuir um valor jurídico. E Toledo (1994, p.16) define bens jurídicos como:

“Bens jurídicos são valores éticos sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob a sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas. (TOLEDO, 1994, p. 16).”

Conforme a definição dos grandes doutrinadores citados acima, os bens poderão ter ou não natureza corpórea ou incorpórea, e os bens digitais, se enquadram na natureza incorpórea, porque não possuem a existência física, mas possuem valor econômico agregado. Os bens digitais são bens que estão em meio virtual, onde expomos nossas opiniões, publicamos fotos, vídeos, criamos avatares, compartilhamos músicas, vendemos produtos, armazenamos senhas, digitalizamos textos, dentre outros. A “internet” abre uma variedade imensa para aquilo que podemos considerar bens digitais e esses bens agregam utilidade e são subordinados aos seus criadores.

Para melhor evidenciar o valor econômico e jurídico, o “Facebook Inc”. é um conglomerado de origem estadunidense de tecnologia, voltado a criação e administração de redes sociais, e tem como propriedade a Rede Social “Instagram” que, no ano de 2018, foi avaliada pela “Bloomberg” (empresa de tecnologia de dados voltada para o mercado financeiro) em cerca de 100 (cem) milhões de dólares. Os usuários da plataforma lucram dinheiro compartilhando e monetizando opiniões, conteúdo digital, tais como fotos, vídeos, campanhas de “marketing”, lançamento de livros, “e-books”, álbuns musicais etc. Esses indivíduos são conhecidos como influenciadores digitais e, na maioria das vezes, passam a maior parte do dia compartilhando a rotina diária e armazenando milhões de dados por onde passam. Já outros indivíduos que não são influenciadores digitais, também utilizam a rede social e compartilham a rotina, através de fotos, vídeos e não

recebem valor por isso, no entanto, ainda assim deixam registros de dados por onde passam, o que gera um valor emocional e que agrega valor a eles.

Enquanto em vida, os usuários gerem tudo que ocorre em suas contas de “e-mails”, redes sociais, milhas, pontos etc., mas qual o amparo legal para a destinação desses acessos? Alguém poderá herdar os acessos e geri-los? As plataformas já estão atualizadas com políticas adequadas que visam essa situação, e respeitando o direito à vida privada? Trataremos sobre esses questionamentos no tópico 4.3 desta análise.

3. Herança de Bens Digitais

A evolução é surpreendente. Novas tecnologias são criadas e compartilhadas todos os dias e, com isso tudo, aquilo que fazíamos pelos meios físicos, passam a ser feitos em meios digitais, como escrever um livro digital, ouvir música pelos “smartphones” através de “streaming” de assinatura e jogos “online”. As novas tecnologias atendem bastante aos usuários, aproximam pessoas através do contato digital e democratiza o acesso a informações.

A problematização, aqui, é sobre a aplicação da legislação vigente da herança de bens digitais e a possibilidade de transmissão de bens digitais por herança, além de consagrar o direito dos herdeiros em gerir o patrimônio deixado pelo falecido e exercer propriedade sobre eles.

3.1 Direito de Personalidade após a morte

O direito de personalidade acompanha o indivíduo por toda a vida, desaparecendo após a morte. As obrigações personalíssimas deixam de existir. No entanto, os direitos não personalíssimos, aqui tratando os de natureza patrimonial, são transmitidos aos sucessores. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2006, p. 135), os direitos da personalidade são definidos como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Já para Silvio Rodrigues (2002, p.60) os direitos de personalidade são “direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao próprio nome, ao corpo, à imagem e à honra” que estão ligados ao indivíduo para toda a vida.

E na mesma linha de pensamento, Orlando Gomes (2007, p. 174) considera que os “direitos da personalidade compreendem todos os direitos reputados como essenciais ao desenvolvimento do ser humano, e que, absolutos, têm por fim resguardar a dignidade da pessoa humana.”

Portanto, após a morte, o cônjuge, o parente em linha reta ou parentes colaterais até quarto grau, possuem legitimidade para defender os direitos de personalidade do “de

cujus". Ainda não possui no Código Civil, expressamente, a possibilidade de os herdeiros decidirem o que será feito com os bens digitais, tal como transformar em memorial ou remover definitivamente da "internet". Existem projetos de lei²⁷⁹ a fim de regular o assunto, garantindo aos herdeiros a legalidade na transmissão de todos os conteúdos de qualidade patrimonial ou arquivos digitais. Com a possível aprovação dos referidos projetos de lei, o Artigo 1.788 do atual Código Civil passaria a ter acrescido a seguinte redação: "Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança."

Nos dias atuais, a discussão quanto ao acesso aos bens digitais é bem mais ampla que no passado. Existem casos relatados de pessoas que perderam seus entes queridos e solicitaram a grandes provedores o acesso aos dados personalíssimos deixados pelo falecido, porém, é comum obter, em resposta do requerimento, a impossibilidade de liberar o acesso aos dados, pois a política de usuários falecidos não abrange tal direito. Isso aconteceu com a Britânica Louise Palmer, conforme reportagem da BBC News²⁸⁰, que após o falecimento de sua filha Becky Palmes em 2010, o "Facebook" tornou seu perfil no que é chamado de memorial, uma forma de preservar as memórias do usuário falecido. No entanto, após a página se tornar um memorial, não é mais possível acessar e/ou obter dados da conta.

Após uma solicitação formal a rede social "Facebook" a resposta foi formulada e enviada a Louise da seguinte forma: "Olá Louise, sentimos muito por sua perda. Pela nossa política para usuários falecidos, nos tornamos essa conta um memorial. Isso configura a privacidade da página, para que somente amigos confirmados possam ver o perfil da pessoa ou localizá-la na busca. O mural permanecerá lá, para que amigos e familiares possam deixar posts em memória. Infelizmente, por questões de privacidade, não podemos fazer mudanças no perfil, nem fornecer informações de login da conta. Pedimos desculpas por qualquer inconveniente que isso possa causar. Por favor, avise-nos se houver mais alguma dúvida. Obrigada pelo contato."

A mãe de Louise infelizmente não teve sucesso em seu pleito, em razão da política de privacidade do "Facebook" em não permitir acesso a conta da filha falecida, não podendo mais utilizar e baixar os dados deixados por ela.

²⁷⁹ Projeto de Lei nº 6468/19 de iniciativa do Senador Jorginho Mello (PL/SC) e o Projeto de Lei nº 3050/20 de iniciativa do Deputado Gilberto Abramo (Republicanos/MG).

²⁸⁰ Luta de mãe por acesso ao Facebook de filha morta expõe questão sobre 'herança digital'. BBC News, 2015. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150406_heranca_digital_rm>. Acesso 10/06/21

3.2 Sucessão de bens digitais

No momento em que aderimos a um serviço digital, tal como um “e-mail” ou uma conta em rede social, é comum nos depararmos com o termo de contrato de adesão. É preciso considerar que esses contratos de adesão levam em consideração a privacidade dos usuários, e que alguns usuários, ao utilizarem as redes sociais, podem, em âmbito de suas vidas privadas, terem segredos que não desejam que seus parentes e herdeiros saibam. Sejam eles interações, ideologias, opiniões, fotos, vídeos e mensagens, que podem ser socialmente inaceitáveis ou chocantes por seu ciclo familiar. Muito interessante seria a possibilidade de nos contratos de adesão haver cláusulas nas quais os usuários, com prévio aceite do titular, optem em permitir ou não que, após sua morte, seus herdeiros, legítimos ou testamentários, tenham acesso a essas informações. Pelo fato de o indivíduo, em vida, não ter declarado como os dados devem ser geridos após o evento morte e, em frente ao direito a vida privada, provedores como “Twitter”, “Facebook”, “Instagram”, “Google”, “Microsoft”, “Youtube”, “Yahoo” etc., optam por indeferir o pedido dos interessados ao acesso de dados deixados pelo falecido, conforme exemplificado no caso da Britânica Louise Palmer.

O “Facebook”, por exemplo, em seus termos de uso, garante que todo conteúdo publicado é de propriedade do usuário, mas que, havendo direitos autorais, o usuário cede ao “Facebook” uma licença que dura todo o tempo que o usuário possuir conta ativa na rede. O “Facebook”, diferentes de outros provedores, já disponibiliza para o usuário o direito de escolher como os dados serão tratados, em caso de morte. No entanto, tratam-se, apenas, de duas opções, a exclusão definitiva da conta ou a conversão em conta memorial.

Nos termos de serviço do “Facebook”, item 4. Disposições adicionais, item 5, é possível deparar-se com a seguinte política de transmissão de conta:

“5. Você pode designar uma pessoa (chamado “contato herdeiro”) para administrar sua conta caso ela seja transformada em memorial. Somente seu contato herdeiro ou uma pessoa que você tenha identificado em um testamento válido ou documento semelhante que expresse consentimento claro para divulgar seu conteúdo em caso de morte ou incapacidade poderá buscar a divulgação de sua conta depois que ela for transformada em memorial”.

A conta memorial é uma conta que pode receber homenagem de pessoas queridas, e que garante que os conteúdos compartilhados pelo usuário titular, enquanto em vida, ficará disponível para visualização, e somente poderão ser alteradas, caso tenha herdeiros designados, conforme tratado anteriormente, em caso contrário, a conta nunca poderá ser acessada ou alterada.

Ainda que o “Facebook” tenha em sua política de serviços a possibilidade de indicar herdeiros, e necessário atentar que essa indicação é limitada a uma pessoa e que, para fazê-la, é necessário possuir mais de 18 (dezoito) anos, o que difere com a legislação brasileira, uma vez que a legislação brasileira possui essa autonomia de testar aos 16 (dezesesseis) anos de idade.

Já muitos outros provedores não possuem, em sua política de privacidade, a disposição sobre como serão tratados os dados após a morte do titular, ou como se dará a transmissão dos dados, em caso de definição em vias testamentárias. Em alguns casos, existe a cláusula de intransmissibilidade dos bens digitais; o que pode ser discutido judicialmente, visto que o contrato de adesão, conforme o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define que:

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa *discutir* ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Visto isso, o consumidor não decide ou consegue alterar essas cláusulas de intransmissibilidade, o que pode ser questionável quanto a sua validade. E foi desta forma decido no Acórdão Nº 2021.0000333246 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que trata sobre a transmissão de milhas aéreas de programa de fidelidade:

“Apelações – Programa de fidelização – Milhagem – Ação de nulidade de cláusulas c.c. indenização por danos morais – Sentença de acolhimento parcial dos pedidos – Reforma, com a proclamação da procedência parcial da demanda, em diminuta margem – Verbas da sucumbência atribuídas à responsabilidade exclusiva do autor. 1. Ministério Público – Fiscal da ordem jurídica. Falta de intervenção durante o processamento do feito em primeiro grau. Inadmissibilidade, em face da regra do art. 178, II, do CPC, por haver incapaz no polo ativo da relação processual. Parecer do órgão ministerial em segundo grau que, no entanto, não justifica adequadamente o prejuízo oriundo daquela omissão. O só fato de a sentença ter sido desfavorável ao incapaz não evidencia, no plano lógico-jurídico, o prejuízo oriundo da falta de intervenção do órgão ministerial. Para que se possa reconhecer prejuízo em hipóteses tais, é de rigor que se esclareça minimamente que argumento ou providência poderia ter apresentado o órgão ministerial para obter outro desfecho para o litígio. Cenário diante do qual não cabe a

proclamação de nulidade, nos termos do disposto no art. 279, § 2º, do CPC. 2. Programa de fidelização – Pontos. Regulamento. Cláusula que veda a comercialização ou alienação dos pontos. Licitude. Custo de programas tais que, diversamente do que se supõe, não é embutido no preço dos produtos e serviços cuja aquisição gera os pontos, mas, ao revés, é absorvido pelas empresas patrocinadoras do programa, que lucram com a quantidade de clientes angariada com a adoção dessa estratégia mercadológica. Do contrário, isto é, embutidos esses custos nos preços, tais empresários estariam em franca desvantagem frente aos concorrentes que não adotam programas do gênero. Consumidor aderente que, portanto, não adquire, propriamente, a propriedade, nem tem a livre disponibilidade dos pontos. Fosse assim, forçoso seria concluir, por absurdo, que os pontos representam moeda de troca, cuja utilização fica ao inteiro alvedrio do consumidor, e que são inválidas inúmeras outras cláusulas do negócio a que aderiu o autor, que não apenas as aqui impugnadas, como a que restringe a utilização dos pontos à aquisição de produtos e serviços oferecidos pelos patrocinadores do programa, a que estabelece a caducidade dos pontos após certo tempo sem uso etc. Pontos esses que, em verdade, representam um bônus, um meio de que o consumidor participante do programa pode se valer para adquirir produtos e serviços daqueles específicos personagens. Consequente licitude das disposições do Regulamento que, embora não proibam a cessão dos pontos a pessoas próximas do titular, vedam a respectiva comercialização ou alienação onerosa. Proibição que nada tem de abusivo, pois que se destina a evitar o desvirtuamento do programa, e a atração de corresponsabilidade civil dos patrocinadores frente a terceiros pelas obrigações contraídas por aqueles que fizessem dos indigitados pontos objeto de mercancia. 3. Bloqueio provisório da conta e dos pontos – Licitude. Consequência expressamente prevista no Regulamento para as situações de mau uso do programa. Hipótese que é a dos autos. Quadro assaz sugestivo de que a enorme quantidade de pontos acumulada na conta da criança autora, sem rendas, tanto que litiga sob os auspícios da gratuidade da justiça, a ponto de gerar a aquisição de mais de vinte e quatro bilhetes aéreos em benefício de terceiros no período de doze meses, era formada e utilizada para proveito econômico alheio. Sem relevo a circunstância de ser superveniente a alteração do Regulamento que estabeleceu limite para as transferências de pontos. Alteração essa que nada mais fez que explicitar hipótese de mau uso do programa, já antes vedada pelo Regulamento. Conduta atribuída ao autor caracterizando, sem

sombra de dúvida, mau uso e ensejando a suspensão ou mesmo o cancelamento da inscrição, como previsto já na versão original do Regulamento. 4. Proibição à transferência dos pontos por herança – Inadmissibilidade. Embora não tendo o participante do programa a propriedade e a livre disponibilidade dos pontos, o direito a eles relacionado apresenta inequívoco conteúdo econômico e caráter não personalíssimo, tanto que transmissível em certas circunstâncias. Desse modo, a proibição à transmissão desse direito por herança, em função de norma de natureza meramente contratual, infringe a norma legal cogente que assegura aos herdeiros os bens e direitos deixados pelo morto, salvo os personalíssimos. Além de não se tratar de direito concebido e instituído pelo Regulamento como personalíssimo, apenas poderia ser ele submetido a tal regime excepcional desde que assentada essa característica, com absoluta clareza e destaque, já no ato da adesão do interessado ao programa (CDC, art. 54, § 4º), e contanto que houvesse uma razão juridicamente plausível a justificar a restrição, sem o que cuidar-se-ia de disposição abusiva, iníqua (art. 51, IV). Na hipótese, a mera proibição à transmissão dos pontos por herança não foi assinalada no negócio com o necessário destaque e clareza, nem se funda em justo motivo, até mesmo porque não interfere no funcionamento do programa. Cláusula declarada nula ao estabelecer tal específica proibição. 5. Dano moral – Inocorrência. Basta considerar, a propósito, que, além da rejeição quase que integral dos pedidos declaratórios, a proibição de transferência e o bloqueio provisório dos pontos do autor não lhe trouxeram absolutamente nenhum abalo à imagem, nem tem ele discernimento para entender o que se passou e o que se discute nesta demanda. Afastaram a preliminar e deram parcial provimento a ambas as apelações. (TJ-SP - AC: 10000921720208260565 SP 1000092-17.2020.8.26.0565, Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, Data de Julgamento: 03/05/2021, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/05/2021)".

Neste acórdão o entendimento é que a proibição a transmissão de milhas aéreas em contrato de adesão é nula, uma vez que possui inequívoco valor econômico e de caráter não personalíssimo. Portanto decidiu que a proibição à transmissão das milhas aéreas aos herdeiros através de herança possui natureza meramente contratual e infringe o direito dos herdeiros ao patrimônio deixado pelo falecido.

Após analisarmos como o "Facebook" dispõe sobre a sucessão dos bens digitais e frente ao acórdão referenciado neste artigo sobre a vedação na herança das milhas

aéreas através das cláusulas contratuais, faz-se necessário saber se é possível a herança de bens digitais? Sim, é possível a sucessão destes bens, principalmente quando comprovado o valor econômico, ou seja, a característica patrimonial do ativo. Conforme disposto no item 2 deste estudo, na sucessão existe os herdeiros testamentários e os herdeiros legitimados, destarte, é extremamente importante que todos os bens digitais, nos quais os herdeiros tenham interesse, sejam arrolados no processo de inventário, conforme ressaltado por Bruno Zampier (2016, p. 130 e 131): “há que se ter o cuidado de arrolar tais bens nos inventários que forem abertos, permitindo-se que o Estado chancela tal transmissibilidade”.

Exemplificando, um usuário possui um canal na plataforma de vídeos “YouTube” e quando em vida, posta vídeos diariamente; vídeos estes que são monetizados, ou seja, convertem-se as visualizações do conteúdo em dinheiro para o criador do conteúdo. Nestes casos, após sua morte, requer o acesso a plataforma para que se tenha acesso ao valor econômico derivado do conteúdo criado pelo usuário. Mesmo que houvesse nos termos de uso e ou contrato de adesão sobre a extinção dos valores com a morte do usuário, esta cláusula fere veemente o Código de Defesa do Consumidor, porque nesse caso, são créditos, devendo fazer parte do acervo patrimonial, portanto devem ser incluídos no testamento, inventário. Para Zampier (2016, p. 131 e 132) extinguir ativos de caráter patrimonial:

“Acredita-se que tais cláusulas sejam incompatíveis com o sistema de proteção ao consumidor, por implicar na extinção de ativos digitais de caráter patrimonial sendo, portanto, abusivas, em desacordo ao preceituado pelo princípio da boa-fé objetiva.”

Outro exemplo são as moedas virtuais, milhas e pontos adquiridos como premiações, que são bens que possuem liquidez e podem ser transformadas em dinheiro, ou seja, possuem características de patrimônio e que, teoricamente, não deveriam ser extintos com a morte do usuário.

Tratando-se da transmissão de bens digitais, acredita-se que esses bens possam ter o destino decidido em ato testamentário, ou dos familiares, principalmente aqueles que possuem valor econômico. É necessário que a transmissão ocorra de forma parcial ou total, assim, respeitando o direito ao patrimônio e o interesse do “de cujus” em casos em que tenha deixado testamento.

4. Considerações Finais

Com este artigo, o objetivo foi realizar uma análise a respeito da transmissão de bens digitais, deixado em herança.

O assunto, felizmente, a cada dia ganha mais espaço em discussão, frente a uma sociedade que está em constante evolução, uma vez que o assunto tem grande impacto na vida das pessoas; impactos esses que podem ser positivos. Neste caso, quanto a possibilidade de transmitir os bens deixados pelo falecido, mas que, também, pode gerar grande tristeza e prejuízo patrimonial, em caso de impossibilidade de sua transmissão.

Conforme apresentando nesta análise, é possível perceber que sim, existem, atualmente, provedores preparados para lidar com a morte do usuário, de forma limitada. Mas existem, outrossim, provedores que pensaram e desenvolveram formas de, além de transmitir o acesso, também permitem fazer modificações no acesso deixado. Ademais, ainda se preocuparam em deixar um espaço de dedicatórias e homenagens, para que os familiares e amigos possam declarar seu agradecimento e expressar suas condolências.

A tendência é que os provedores atualizem seus contratos de adesão, termos de uso e termos de privacidade, a fim de acompanhar o desenvolvimento e necessidade dos usuários, frente a que a quantidade de pessoas conectadas no mundo e as legislações sobre o assunto que, um dia, poderão vir a ser sancionadas.

Talvez a evolução dos termos de uso, privacidade e adesão se adequem mais rápido do que uma lei seja aprovada pelo trâmite legislativo brasileiro. Isso não significa que precisamos de uma legislação exclusiva para tratar da transmissão de bens digitais, até porque isso não é o intuito desta análise, mas que, também, não extingue a possibilidade. Frente que na falta de legislação específica, os julgadores tomaram rumo a uma decisão de acordo com a legislação em vigor.

É importante destacar que o presente artigo não o intuito encontrar uma solução para os casos em que os provedores não possuem previsão quanto a destinação dos bens, nem, tão pouco, quanto a necessidade de uma legislação específica para dispor dos bens digitais, mas sim trazer uma análise sobre a transmissão dos bens digitais no cenário atual do Brasil, com as legislações vigentes.

Conclui-se, portanto, que é possível a transmissão de bens digitais por herança, com adendo a necessidade de arrolar todos os bens de interesse no processo de inventário, para que Estado tome a decisão adequada quanto a transmissibilidade. Também é possível herdar bens digitais, de forma limitada, conforme disposto em termos de uso de alguns provedores, como no caso dessa análise, o "Facebook". A não transmissão dos bens digitais, principalmente aqueles com valor econômico, quando negado, mostra-se incompatível com a legislação brasileira em vigor porque viola diretamente o direito dos herdeiros previsto na Constituição Federal Brasileira, que dispõe em seu Art. 5º, inciso XXX, que é garantido o direito de herança. Também viola a legislação as cláusulas contratuais que vedam a transferência de milhas aéreas (bens digitais) e afins

através de herança, uma vez que alteradas em contrato de adesão unilateralmente, fere o direito do consumidor conforme o Art. 54, § 4ª do Código de Defesa do Consumidor.

Referências

ALMEIDA, Juliana. **A Tutela Jurídica do Bens Digitais Após a Morte: Análise da Possibilidade de Reconhecimento da Herança Digital**. 2017. 180 f. Dissertação (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Belo horizonte, Minas Gerais, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.1: Parte Geral. Editora Saraiva, 2019.

ZAMPIER, Bruno. **A Tutela dos Bens Tecno digitais: Possíveis Destinos Frente à Incapacidade e Morte do Usuário**. 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Belo horizonte, Minas Gerais, 2016.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. Saraiva: São Paulo, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.1: Parte Geral. Editora Saraiva, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral, 2002, p. 60

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 2007, p. 174

CAMARA DOS DEPUTADOS. 2020. Direito e Justiça. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/674175-projeto-assegura-a-familiares-direito-a-heranca-digital/>>

SENADO FEDERAL. 2019. Atividade Legislativa. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239>>

BBC NEWS. 2015. Luta da mãe por acesso ao Facebook de filha morta expõe questão sobre “herança digital”. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150406_heranca_digital_rm

SUMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

JAMILLE RAFIC DAKDOUK:

bacharelanda do Curso de Direito na
ULBRA– Universidade Lutherana do
Brasil - Manaus.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a pesquisa a respeito do crime do art. 217-A, tendo por objetivo principal verificar de que forma a relativização da súmula 593 do STJ poderia infringir o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente dada pelo ECA. Nesse sentido, o presente trabalho entendeu que a relativização da sumula 593 do STJ poderia fazer com que esse crime fosse bem menos gravoso, o que pode acabar estimulando a prática do tipo penal – uma vez que a norma penal tem a função preventiva e repressora, diminuir a repressão pode aumentar a ocorrência desse tipo de violência à crianças e adolescentes. Concluiu-se, também, que as medidas repressivas para esses casos de estupro de vulnerável por si só não teriam o efeito completamente necessário, sendo preciso que também haja uma ação preventiva do Estado e isso pode ser feito assegurando-se o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes. Ainda que tais medidas não tenham efeito completo por si só, é muito importante que não haja flexibilização na gravidade de tais crimes, uma vez que eventual flexibilização posterior poderia gerar efeitos desastrosos à proteção de crianças e adolescentes, construída com muito esforço pelas normas jurídicas brasileiras no decorrer dos anos.

Palavras-Chave: Estupro de Vulnerável; Proteção; Integral; Criança; Adolescente.

ABSTRACT: The present work aims at researching the crime of art. 217-A, with the main objective of verifying how the relativization of the 593 STJ summary could violate the principle of full protection for children and adolescents given by ECA. In this sense, the present work understood that the relativization of the Supreme Court's 593 summary could make this crime much less serious, which may end up stimulating the practice of the criminal type - since the criminal rule has a preventive and repressive function, reducing repression can increase the occurrence of this type of violence to children and adolescents. It was also concluded that the repressive measures for these cases of rape of the vulnerable alone would not have the completely necessary effect, and that there must also be preventive action by the State and this can be done by ensuring the principle of full protection. children and adolescents. Although such measures do not have full effect in themselves, it is very important that there is no easing in the seriousness of such crimes,

since any subsequent easing could have disastrous effects on the protection of children and adolescents, built with great effort by Brazilian legal norms over the years.

Keywords: Rape of Vulnerable; Protection; Integral; Kid; Adolescent.

INTRODUÇÃO

O estupro é um crime que choca e revolta a população em geral, haja vista suas inúmeras consequências físicas e psicológicas as vítimas deste tipo de delito. Essa afirmação pode ser verificada pelas inúmeras denúncias de tentativa de linchamentos por parte da população à acusados desse tipo de crime.

Essa situação de revolta piora ainda mais quando as vítimas do estupro são crianças e adolescentes, pois os entendemos como pessoas em situação naturalmente vulnerável em razão de sua incapacidade de entender de forma completa uma situação posta e poder julgá-la como certa ou errada, dando consentimento a ela ou não.

Um dos principais fatores dessa revolta popular é pelo fato de que esse crime acaba gerando um trauma grande na pessoa que o sofreu, carregando-o muitas vezes pelo resto de sua vida, resultando em doenças psicológicas como depressão e ansiedade ou até mesmo doenças físicas, como a ocorrência de doenças sexualmente transmissíveis, por exemplo.

Quando falamos em crianças e adolescentes, entendemos que estes estão em fase de ensino escolar, aprendendo os valores junto sua família e outros locais parte de sua cultura, como na escola, igreja e outras instituições.

Essa ideia faz com que crianças e adolescentes remetam ao seu não desenvolvimento completo de suas capacidades mentais, uma vez que ainda não tem idade suficiente para compreender determinadas implicações que atos podem causar em suas vidas, como o caso do ato sexual, por exemplo.

. Neste momento da vida do menor, temos um ser que ainda está aprendendo o que é moralmente correto para a sua vida ou não. Por conta disso, as crianças e adolescentes acabam sendo vítimas fáceis de pessoas próximas que estejam mal-intencionadas no sentido de as abusar sexualmente, pois não conseguem ter discernimento completo de como essa prática é condenável socialmente.

O trauma gerado pelo estupro poderá significar diversas dificuldades à criança e ao adolescente, como a dificuldade em se concentrar nos seus estudos, muito em decorrência dos danos psicológicos que a vítima sofreu.

Além disso, podemos encontrar em vários casos o isolamento social da vítima, que já não acredita e nem confia em mais ninguém por conta desse evento traumático em sua vida.

Levando em consideração todas essas questões pertinentes a vida da criança e do adolescente, o legislador decidiu que deveria haver algum mecanismo que pudesse coibir essas práticas danosas em especial para crianças e adolescentes: tem-se, portanto, uma das razões da existência do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

Nesse sentido, podemos perceber a necessidade de o crime de estupro de vulnerável ser um tipo penal que deve abarcar muito da função repressora e preventiva do direito penal. Isso porque a certeza da pena e das suas consequências na vida do acusado (o estigma social, por exemplo) pode afugentar possíveis infratores da prática do crime em questão.

Levando em conta todas as considerações feitas anteriormente, o presente trabalho pretende analisar a súmula 593 do STJ à luz do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, para verificar a necessidade de se manter o rigor com esse crime.

Para isso, pretende-se fazer uso da doutrina e jurisprudência, analisando e verificando suas aplicações à cada caso. No decorrer do artigo, exploraremos mais a fundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), explicando o princípio da proteção integral com a interpretação à luz da Constituição Federal; também se pretende ter uma análise mais profunda a respeito da doutrina e verificar de que forma os autores defendem ou criticam essa postura adotada atualmente pelos tribunais.

Pretende-se que este artigo contribua de forma positiva a sociedade, com a disseminação do conhecimento e da defesa deste ideal de proteção integral aos menores.

1 ANÁLISE DO DIREITO PENAL E SUAS FUNÇÕES REPRESSIVA E PREVENTIVA

O Direito Penal é um ramo do direito diferenciado em relação aos demais, uma vez que suas implicações têm reflexo em um dos mais importantes direitos: a liberdade.

A retirada da liberdade de locomoção de um ser humano, ainda que momentânea, pode ser, por si só, uma experiência muito traumática a aquele que a vivência. Nesse

sentido, o Direito Penal tutela apenas aquelas condutas que são condenadas pela sociedade e, conseqüentemente, pelo Direito.

Sanches (2015, p.31) entende que o Estado deve aplicar sanções aos indivíduos que causam danos a paz social e a regular convivência humana e que o Direito Penal se diferencia dos demais ramos do Direito justamente pela espécie de consequência que traz consigo – a pena ou a medida de segurança:

A manutenção da paz social, que propicia a regular convivência humana em sociedade, demanda a existência de normas destinadas a estabelecer diretrizes que, impostas aos indivíduos, determinam ou proíbem determinados comportamentos. Quando violadas as regras de condutas, surge para o Estado o poder (dever) de aplicar as sanções, civis e/ou penais. Nessa tarefa (controle social) atuam vários ramos do Direito, cada qual com sua medida sancionadora capazes de inibir novos atos contrários à ordem social. Todavia, temos condutas que, por atentarem (de forma relevante e intolerável) contra bens jurídicos especialmente tutelados, determinam reação mais severa por parte do Estado, que passa a cominar sanções de caráter penal, regradas pelo Direito Penal. O que diferencia uma norma penal das demais impostas coativamente pelo Estado é a espécie de consequência jurídica que traz consigo (cominação das penas e medidas de segurança).

É importante citarmos que o Direito Penal tem importante missão dentro da ordem jurídica: a preservação da paz social. Justamente por esse motivo, existem duas principais funções deste ramo do direito – a função repressora e a função preventiva.

2 ESTUDO HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO E O TIPO PENAL ESTUPRO DE VULNERÁVEL:

A criminalização do crime de estupro perpassou por diversas mudanças decorrentes de evoluções do pensamento humano de acordo com a História.

Inicialmente, o crime de estupro foi tipificado pelo Código de Hamurabi. Segundo Ferreira (2019, online): “O crime de estupro foi positivado pela primeira vez no Código de Hamurábi, entre os séculos XVIII e XVII A. C. Portanto, aquele que fosse flagrado violando uma mulher virgem, que morasse com os pais, era punido com a pena de morte.”

O Código de Hamurabi é um dos mais antigos registros de lei escrita da História. Sua posição de punir com a morte a maioria dos crimes deve-se ao fato da ideia de que a

sociedade da época exigia severas reparações a crimes, ocorrendo a punição grave – a morte – para aqueles em que a sociedade condenava veemente.

A partir do Código de Hamurabi e com o avanço da História, outras sociedades buscaram legislar a respeito com base em sua cultura.

Exemplo disso é a maneira que se deu a criminalização do estupro na Grécia antiga. Segundo Ferreira (2019, online), crianças e adolescentes eram, por muitas vezes, vítimas de sexualização precoce pelos pais, e sua criminalização só passou a ocorrer a partir da expansão do cristianismo na Europa:

Na Grécia antiga, a infância era marcada por muitas ocasiões eróticas, sendo que em muitos casos as próprias filhas eram estupradas por seus pais e, nessa cultura, muitas mulheres da Roma e da Grécia não tinham seu hímen íntegro. Ademais, vale destacar que não eram apenas as mulheres vítimas desse abuso, pois muitos filhos homens eram entregues a homens mais velhos desde os 07 (sete) anos, onde eram abusados sexualmente até completarem 21 (vinte e um) anos. (HISGAIL, 2007).

Evidencia-se, portanto, que tanto na Grécia quanto no Império Romano, muitas crianças eram objetos sexuais de adultos e tal prática era comum, sendo tolerado pela comunidade. A prática foi ganhando contornos negativos com a expansão do cristianismo

Na legislação pátria, o crime de estupro passou a ser condenado pelo Código Criminal do Império, em 1830. Ferreira (2019, online) salienta que o Código Criminal do Império, ainda que tenha sido importante norma incriminadora da época, peca ao considerar como critério de majoração da pena a suposta “pureza” da vítima, fazendo com que pessoas que sofriam marginalização, como as prostitutas, estivessem mais suscetíveis aos ataques de estupradores, uma vez que suas penas seriam mais brandas. Além disso, apenas mulheres poderiam ser consideradas vítimas de estupro:

Fica evidente a grande discriminação considerando a pureza da vítima, a qual tinha a pena mais branda caso fosse uma garota de programa. No mais, há também uma discriminação em relação a vítima, pois apenas as mulheres poderiam ser consideradas vítimas, sendo que para homens não havia punição

A partir do Código Penal Republicano, em 1890, a legislação brasileira havia avançado um pouco mais em relação à taxatividade da conduta tida como estupro. A partir

daqui o crime de estupro poderia ser realizado contra dois tipos de vítimas: a mulher honesta ou a chamada mulher “pública”, ou prostituta.

No primeiro caso, a pena cominada era maior, uma vez que o crime era considerado como de maior gravidade, sendo os agressores punidos com penas que poderiam variar entre 1 até 6 anos de prisão. (FERREIRA, 2019)

Já no segundo caso, como o crime seria de menor gravidade, os agressores eram punidos com penas que variavam entre 6 meses até 2 anos, a depender da situação em que ocorreu o estupro. (FERREIRA, 2019)

O Código Penal Republicano permaneceu por muitos anos como principal guia da esfera penal, ainda que no decorrer da sua permanência no sistema jurídico brasileiro sua definição do crime de estupro tenha sido bastante criticada.

Justamente por conta das críticas, tal legislação sofreu alteração em 1932, com a criação da Consolidação das Leis Penal, que viria a ser novamente revista em 1940, criando-se, assim, o atual Código Penal Brasileiro.

Atualmente, o Código Penal de 1940 trouxe, no artigo 213 a seguinte definição para o crime de estupro: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Verifica-se, portanto, que a legislação penal atual ampliou possível a vítima, uma vez que se fala em “constranger alguém”, não mais limitando o tipo penal ao sexo feminino, como ocorria nas leis penais anteriores.

O tipo penal do artigo 213 também segue a ideia de que é condição necessária a este crime a violência ou grave ameaça, além da conjunção carnal ou prática de atos libidinosos.

Segundo Ferreira (2019, online) “A evolução dos Códigos Penais trouxe uma melhor definição jurídica quanto ao tema, de forma a melhorar a capitulação e o enquadramentos dos fatos ao tipo penal, em síntese, há um melhoramento técnico por parte dos legisladores”.

Tal melhoramento técnico pode ser observado a partir da especificidade do crime do artigo 217-A, qual seja, estupro de vulnerável. O antigo artigo 217, que correspondia ao crime de sedução, não existe mais no ordenamento jurídico pátrio, fazendo com que o 217-A fosse mais bem trabalhado pelo legislador.

O caput do artigo 217-A traz a seguinte definição do crime de estupro de vulnerável: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos".

Tal crime, como se pode observar, configura-se ainda que ausentes os requisitos "violência", "grave ameaça" e "constranger alguém". É que o tipo penal estupro de vulnerável trabalha com a ideia da violência presumida, ou seja, aquela violência que se verifica independentemente do consentimento da vítima ou não.

É que o legislador entende que em decorrência da idade da vítima, não há possibilidade de consentimento por parte dela, uma vez que a sua idade não permite que haja plena consciência a respeito dos atos libidinosos ou a conjunção carnal que serão ali praticados.

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, tem por pilares a observância a princípios importantes ao bom funcionamento do Estado, de maneira que há especial importância dada a instituição da família.

Segundo a Constituição Federal de 1988, por meio do art. 226, "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Por meio do presente dispositivo legal, o Estado reconhece a família como primeiro núcleo da sociedade, uma vez que afirma que a base da sociedade vem das famílias e, assim, é instituição social que deve ser protegida.

Bernardo (2018, online) elucida que o conceito de família sofreu várias mudanças no decorrer da História, uma vez que as tradições e paradigmas de cada espaço de tempo também se alteravam. Dessa forma, no trecho a seguir, a autora sustenta algumas mudanças ocorridas no período colonial e imperial:

O conceito de família sofreu mudanças ao longo da História, acompanhando a própria evolução da sociedade. Assim, na sociedade colonial era bastante comum as relações concubinárias entre os estrangeiros portugueses colonizadores e as índias que aqui habitavam. Durante o período imperial, também era comum o concubinato entre os senhores de engenho e as escravas negras, que muitas vezes recebiam a carta de alforria e eram sustentadas por seus antigos senhores

Tais mudanças são sustentadas, principalmente, por interpretações jurisprudenciais e doutrinárias da abertura dada pela Constituição Federal de 1988 em relação ao reconhecimento de unidades de família fora da família matrimonial.

Dias (2015) ensina que a intervenção do Estado no âmbito do direito civil permitiu que as instituições de direito privado se moldassem ao novo texto constitucional, que impôs tarefas ao legislador infraconstitucional:

A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. Sua força normativa não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade - converte-se ela mesma em força ativa. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.

O legislador constituinte, segundo Dias (2015), alargou o conceito de família, com o objetivo de conceder direitos a situações fáticas muito presentes já naquele momento, como foi o caso da antiga necessidade de pressupor-se o casamento para a formação da família. Outros tipos de família, formadas de maneiras diferentes das até então estabelecidas, receberam a tutela constitucional, uma vez que foi entendida como necessária e basilar ao desenvolvimento das funções da sociedade:

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família e emprestou juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.

Segundo Castilho (2014, online) atualmente “é possível falar em vários tipos de entidades familiares, quais sejam alguns exemplos a recomposta, a monoparental, unipessoal, paralela, entre outras”.

Nesse sentido, verifica-se que os direitos e obrigações relativos à instituição familiar puderam ser outorgadas a várias pessoas, o que faz com que seja importante a observação dos direitos e deveres constitucionais e infraconstitucionais destas famílias.

Tais direitos e deveres tornam-se ainda mais importantes quando verificamos a existência de menores, o que significa observar as diversas e potenciais necessidades destes menores dentro da relação familiar, como ocorre com os direitos a educação, segurança, assistência dos pais, alimentação etc.

Para além da defesa da família, a Constituição também traz que a defesa dos menores que deve ser feita pela própria família, pela sociedade e pelo Estado. Desta forma, por meio desta proteção constitucional, os menores têm alguns direitos elencados no rol do artigo 227, como direito à saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, dignidade e liberdade, conforme veremos a seguir:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para Roque e Ferriani (2002), o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente é um avanço muito importante a sociedade, uma vez que a criança e ao adolescente também são partes integrantes e muito importantes dentro da vida social:

A proteção integral à criança e ao adolescente representa um avanço cultural da sociedade como um todo, reconhecendo-os como parte integrante da família e da sociedade, com direito ao respeito, à dignidade, à liberdade, à opinião, à alimentação, ao estudo, dentre outros. (ROQUE E FERRIANI, 2002, p. 336)

Para Luz (2018), em tese, o princípio da proteção integral surgiu no ordenamento jurídico não apenas com o fim de cessar os anseios sociais da época, mas também de implementar todos os direitos a ele decorrentes: "O princípio da proteção integral não se trata de mais um princípio incorporado na legislação pátria a fim de acalmar

os ânimos dos movimentos sociais sem, contudo, implementar os direitos dele decorrentes. ”

Nesse sentido, Roque e Ferriani (2002, p. 336) entendem que a partir da instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve um aumento positivo de elementos as políticas públicas voltadas há crianças e adolescentes instituindo atendimento mais amplo e dando outras providências:

Com mudanças de conteúdo, método e gestão, o ECA acrescenta novos elementos às políticas públicas para a infância e juventude, com atendimento muito mais amplo, com o Estado substituindo o então assistencialismo vigente por intervenções socioeducativas baseadas no fato de crianças e adolescentes serem pessoas em desenvolvimento e cidadãos de direito, promovendo uma nova estrutura de política de promoção e defesa desses direitos baseada na descentralização político-administrativa e na participação da sociedade por meio de suas organizações representativas. O ECA é, portanto, uma legislação moderna e revolucionária em seus conceitos na letra da lei.

Entre as consequências da criação do princípio da proteção integral é que surge o dever de cuidado, que no presente caso destina-se aos pais em relação a seus filhos. Moreira (2019) entende que “o cuidado é um dever de um ser humano para com o outro e adquire papel fundamental no delineamento de direitos e obrigações no âmbito das relações familiares”.

Desta maneira, Moreira (2019) defende que em relação aos pais, o descumprimento de sua obrigação legal pode causar prejuízos muito grandes ao desenvolvimento dos filhos, como no campo do desenvolvimento moral, psíquico, socioafetivo, entre outros:

Os pais, por exemplo, que se omitem quanto ao direito de seus filhos estão descumprindo com sua obrigação legal podendo causar prejuízos ao desenvolvimento moral, psíquico e socioafetivo de sua prole. Por outro lado, descumprem com a obrigação legal de cuidado, também, os filhos que deixam de prestar a devida assistência aos seus genitores, na velhice.

4 A SUMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUAS IMPLICAÇÕES NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável é um tipo penal que comporta a chamada violência presumida. Isso significa dizer que a violência se encontra no fato de ter acontecido a conjunção carnal ou ato libidinoso com menores de até 14 anos, independentemente da existência do consentimento da vítima ou não.

Hoje, o estupro de vulnerável é entendido como crime hediondo – assim como ocorreu com o crime de estupro simples. Esta definição cessou a controvérsia legal a respeito da aplicação (ou não) da lei de crimes hediondos.

A controvérsia jurídica a que nos referimos se deu muito em razão da reprovabilidade social desse tipo de crime, uma das principais características presentes no rol dos crimes considerados hediondos.

O crime de estupro de vulnerável tem como principal personagem a vítima menor, de idade até 14 anos. Entendemos, portanto, se tratar de crianças e adolescentes, que devem ter seu direito à prioridade assegurado.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio da proteção integral. Segundo DÓI e FERREIRA (2020), o artigo 227 demonstrou a importância do instituto da família e incluiu como dever da sociedade e da própria família da criança e adolescente a obrigação de assegurar-lhe bases importantes para a garantia da sua melhor formação como pessoa, tais como o direito a alimentação, a vida e à profissionalização:

Introduziu-se a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 227 da Constituição Federal, que declarou ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, verificamos que a Constituição da República entende que a criança e o adolescente são pessoas com condições limitadas, principalmente com relação a entender a natureza real dos seus atos e, portanto, acabam subsistindo de forma muito

mais difícil sem a ajuda da sociedade e de sua família, sendo essa última a primeira instituição que deve lhes assegurar o direito a vida, saúde, educação, lazer e todos os outros direitos que refletem a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o legislador entendeu ser necessário resguardar as crianças e adolescentes justamente por conta de seu desenvolvimento mental ainda estar em progresso, o que faria com que ele não entenda completamente as dimensões e as consequências dessa ação em sua vida como a gravidez precoce e indesejada, por exemplo.

A ideia do legislador de enquadrar esse grupo de pessoas como vulneráveis no Código Penal e instituir uma qualificadora no crime de estupro simples quando a vítima do crime se tratar de criança ou adolescente menor de 14 anos, foi justamente para que não tenham seus direitos sexuais violados por alguém que se aproveitará de sua condição.

Nesse sentido, o STF e o STJ já tem entendimentos a respeito do caráter absoluto da presunção de vulnerabilidade, quando cominado ao princípio da proteção integral ao menor aplicado no âmbito do crime de estupro de vulnerável (art. 217-a, Código Penal).

A súmula 593 do STJ explica de forma bastante elucidativa essa regra:

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

A edição dessa súmula do STJ e de outras jurisprudências nesse mesmo sentido demonstram a preocupação do Estado em dar garantias a esses jovens para que aproveitem o período de crescimento sem nenhum efeito traumático que uma experiência sexual precoce poderia provocar nessa criança ou adolescente.

Foi necessária a solidificação desse entendimento uma vez que algumas pessoas entendem que a cultura do erotismo está cada vez mais presente em suas vidas. Logo, essas crianças e adolescentes iniciariam suas práticas sexuais cada vez mais cedo.

É necessário que levemos em consideração o fato de que para essa criança uma experiência sexual nessa idade pode desestruturar totalmente a sua vida, provocando-lhe traumas que podem originar doenças psicológicas como depressão e ansiedade, além de

tirar-lhes o foco que deveriam tomar em suas vidas nessa época: exercer o direito a educação, a efetiva aprendizagem (que seria um exercício do direito a educação), o direito a lazer, o direito à alimentação e tantos outros que garantem a realização plena de outro princípio constitucional muito importante: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para CALDAS e SILVA (2019), é necessário entendermos justamente as dimensões e consequências que um ato que atente a dignidade sexual de uma criança ou adolescente pode ter em sua vida. Ressaltam, ainda, o caráter psicossocial que esse efeito pode ter na vítima, para efeitos de sua formação:

A história revela que a violência de abuso sexual contra vulneráveis vem cada vez mais sendo exposta pelos meios de comunicação de massa. Tal aspecto encontra-se intimamente ligado a formação humana. Entender e analisar essa violência, focalizar o aspecto jurídico responsabilizar penalmente o agente requer uma verificação da situação do crime e a consequência na psicopatologia, bem como os fenômenos possibilitadores da formação da personalidade no desenvolvimento humano

Lima (2017) faz uma análise detalhada a respeito de quem seriam as vítimas do crime de estupro de vulnerável ao analisar o artigo 217-a e os significados da palavra vulnerável, bem como os seus impactos para a tipificação do crime:

Entendem-se como sendo pessoas vulneráveis para a devida caracterização do tipo penal do Artigo 217 "A" do Código Penal aquelas que não possuem a livre capacidade de entender e de querer o que seja o ato sexual e, tampouco, de consentir validamente com a prática de qualquer ato de natureza sexual, entendido como tal toda a conduta que venha a satisfazer o apetite sexual de quem a pratica.

GIORA e NAZAR (2016) complementa esses entendimentos doutrinários com a análise de como ocorriam os debates a respeito da natureza da presunção absoluta de violência nos crimes de estupro de vulnerável antes da edição da lei nº 12.015/09:

Em defesa da presunção absoluta (juris et de jure) de violência, argumentava-se que era sempre inválido o consentimento de um menor de 14 anos, mesmo que tivesse um desenvolvimento físico e

psíquico avançado para sua idade, em razão de a menoridade da vítima ser elementar do tipo penal.

(...)

A relatividade gerava insegurança jurídica e feria as finalidades da pena: retribuição e prevenção.

Por outro lado, em defesa da presunção relativa (*juris tantum*) de violência, argumentava-se que o dispositivo tinha como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado 14 anos, apresentasse evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não haveria por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades.

Essa insegurança jurídica que as autoras GIORA e NAZAR relatam era muito preocupante do ponto de vista da justiça social para a vítima e sua família, pois poderia fazer com que o acusado saísse impune de seus atos e perpetuasse a sua prática delituosa com a vítima em questão e com outras potenciais vítimas.

Levando em consideração os autores citados, podemos depreender que se faz necessária essa proteção legal aos menores de 14 anos, uma vez que estão realmente vulneráveis em razão de sua falta de maturidade emocional para decidir a respeito de atos importantes em sua vida, como a primeira relação sexual.

Nesse sentido, o presente trabalho entende ser necessária a manutenção desse dispositivo legal e das jurisprudências a favor destes adolescentes e crianças, uma vez que relativizar a tipificação dessas condutas pode levar a um sentido de impunidade por parte dos agressores, o que pode acabar aumentando a ocorrência desses crimes.

Para defender esse argumento, pretende-se explorar o direito penal e suas funções repressiva e preventiva, argumentando e discutindo durante a pesquisa sobre de que forma essas funções podem atuar dentro do direito à conservação da dignidade sexual dos adolescentes e crianças.

Entendemos que as medidas repressivas para esses casos de estupro de vulnerável por si só não teriam o efeito completamente necessário, sendo preciso que também haja

uma ação preventiva do Estado e isso pode ser feito assegurando-se o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, entendeu-se que uma relativização da sumula 593 do STJ poderia fazer com que o crime de estupro de vulnerável fosse bem menos gravoso, o que poderia acabar estimulando a prática do tipo penal – uma vez que a norma penal tem a função preventiva e repressora, diminuir a repressão pode aumentar a ocorrência desse tipo de violência à crianças e adolescentes.

Ainda que as medidas repressivas para esses casos de estupro de vulnerável por si só não teriam o efeito completamente necessário, é importante que a pena e o tratamento para estes casos seja sempre dura, para que o Estado possa inibir a prática de tal delito.

Além disso, é preciso que também haja uma ação preventiva do Estado e isso pode ser feito assegurando-se o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes, por meio da realização de medidas como palestras para explicar a importância de tal princípio.

Ainda que tais medidas não tenham efeito completo por si só, é muito importante que não haja flexibilização na gravidade de tais crimes, uma vez que eventual flexibilização posterior poderia gerar efeitos desastrosos à proteção de crianças e adolescentes, construída com muito esforço pelas normas jurídicas brasileiras no decorrer dos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

CALDAS, R R; SILVA, S B. **Os efeitos jurídicos do estupro de vulnerável: criminologia e violência.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72344/os-efeitos-juridicos-do-estupro-de-vulneravel-criminologia-e-violencia>

CUNHA, R S. **Manual de Direito Penal – Parte Geral.** 3ª edição. Editora Juspodivm: Salvador, Bahia. 2015

DÓI, C T; FERREIRA, L A M. **A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas (Comentários ao art. 143 do ECA).** Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/protecao_integral_ferreira.pdf

FERREIRA, D A M. **O estupro de vulnerável à luz da história.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78243/o-estupro-de-vulneravel-a-luz-da-historia>

GIORA, M F D; NAZAR, L M O. **Comentários ao crime de estupro de vulnerável.** Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/comentarios-ao-crime-de-estupro-de-vulneravel/>

LIMA, A G. **A delimitação típica do crime de estupro de vulnerável e a caracterização da vítima do delito.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-delimitacao-tipica-do-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-a-caracterizacao-da-vitima-do-delito/>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 593.** Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/11/sumula-593-do-stj-comentada.html>

BERNARDO, R B. **O conceito de família à luz da Constituição de 1988 e a necessidade de regulamentação das relações concubinárias.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63694/o-conceito-de-familia-a-luz-da-constituicao-de-1988-e-a-necessidade-de-regulamentacao-das-relacoes-concubinarias>

ROQUE, E M S T; FERRIANI, M G C. **Desvendando a violência doméstica contra crianças e adolescentes sob a ótica dos operadores do direito na comarca de Jardinópolis-SP.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692002000300008

MOREIRA, M. **As Consequências do Descumprimento do Dever de Cuidado Pelos Componentes da Família Brasileira.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/as-consequencias-do-descumprimento-do-dever-de-cuidado-pelos-componentes-da-familia-brasileira/>

LUZ, A L R. **A aplicabilidade do princípio da proteção integral no procedimento infracional.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66600/aapplicabilidade-do-principio-da-protacao-integral-no-procedimento-infracional>

DIAS, M B. **Manual de Direito das Famílias.** 10º ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BERNARDO, R B. **O conceito de família à luz da Constituição de 1988 e a necessidade de regulamentação das relações concubinárias.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63694/o-conceito-de-familia-a-luz-da-constituicao-de-1988-e-a-necessidade-de-regulamentacao-das-relacoes-concubinarias>

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS

LARISSA MARIÁ RODRIGUES RIBEIRO:
Bacharelada em Direito no Centro Universitário
UNA em Belo Horizonte.

ROSIMEIRE DAS DORES LOPES

(coautora)

JÉSSICA MARIA GONÇALVES DA SILVA

(orientadora)

Resumo: O decreto de Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940 tratava no Título VI da parte especial os “Crimes contra os Costumes”, porém houve alterações importantes com a Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, sendo agora tais delitos denominados como “Crimes Contra a Dignidade sexual”. Com esta Lei foi incluído o artigo 217-A, que trata da descrição e penalidade da ação que configura o Estupro de Vulnerável. O presente artigo foi desenvolvido com ânimo em demonstrar a tipificação desta conduta pautada no que dispõe o Código Penal Brasileiro. Ainda, demanda concluir quais os requisitos para que se evidencie a posição de vítima e autor da ação. Para que se atenda os fins aos quais se propõe a presente pesquisa, serão realizadas revisões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, bem como uma análise crítica acerca da vulnerabilidade, do estupro bilateral, da autoria consensual sem emprego de violência e sem constrangimento e, por fim, da tipicidade da conduta e da circunspeção de idade prevista neste dispositivo legal.

Palavras-Chave: Vulnerabilidade. Tipicidade. Estupro. Artigo 217-A do Código Penal. Bilateral.

Abstract: The decree of Law 2,848 of December 7, 1940 dealt with Title VI of the special part “Crimes against Customs”, however, there were important changes with Law 12,015, of August 7, 2009, and now these crimes are called “Crimes Against Sexual Dignity”. This Law included article 217-A, which deals with the description and penalty of the action that constitutes the Rape of Vulnerable. This article was developed with the intention of demonstrating the typification of this conduct based on the provisions of the Brazilian Penal Code. Still, it demands to conclude which are the requirements so that the position of victim and author of the action is evidenced. In order to meet the purposes for which this research proposes, doctrinal and jurisprudential arguments on the topic will be carried out, as well as a critical analysis of vulnerability, bilateral rape, consensual authorship without the use of violence and without embarrassment and, finally, the typical nature of the conduct and the circumspection of age provided for in this legal provision.

Keywords: Vulnerability. Typicality. Rape. Article 217-A of the Penal Code. Bilateral.

Sumário: 1. Introdução - 2 Evolução histórica do crime de estupro; 3 Do estupro de vulnerável no Brasil; 3.1 Da tipicidade e elementos específicos do crime; 3.2 Da legislação aplicável.; 3.3 Da possibilidade de exclusão da tipicidade: erro de tipo; 4. Da relativização da vulnerabilidade da vítima; 5. Relação consensual entre adolescentes menores de 14 anos; 5.1. Da punibilidade no estupro de vulnerável bilateral; 6. Considerações Finais; 7. Referência(s) Bibliográfica(s).

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada da nova lei 12.015/2009, em vigor, caso um agente pratique contra uma mesma vítima os crimes dos artigos 213 e 214 do Código Penal, o mesmo responderá apenas e tão somente por um crime de estupro, ficando entendido então como uma ação múltipla que, será determinada pelo artigo 213 CP.

O estupro de vulnerável se tornou um dos crimes contra a dignidade sexual mais praticado na sociedade atual, embora ainda que os dados estatísticos sejam bastante imprecisos, ganhando ênfase por atingir não somente a esfera física do indivíduo, mas também afetar seu bem-estar psicológico.

O tema em questão, ora escolhido, foi em razão ao crescimento alarmante de denúncias ocasionadas pelo abuso sexual no que tange aos menores de 14 anos, denominamos assim, Estupro de Vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, aplicada à prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com um menor de 14 anos de idade.

Esse grande crescimento de casos, segundo estudos mostrados, destaca o estupro de vulnerável podendo este estar associado à adultização e erotização precoce no Brasil. Isso porque muitas pessoas ao serem denunciadas por praticar tal ato, justificam que, atualmente grande parte das crianças se vestem como se "mulheres" fossem, frequentam baladas, usam drogas, bebidas alcoólicas, dentre outras atividades reprimidas a crianças, o que justificaria o erro de tipo, pois acaba que os acusados se confundem acerca de tais circunstâncias.

Saliente-se ainda que, a maioria dos pais ou responsáveis por essas crianças ou adolescentes, estão ausentes na maioria do tempo, pois necessitam de uma renda para sustentar suas famílias. Isso, devido à grande desigualdade social gerada pela falta de políticas públicas justas, salários baixos e falta de acesso à educação de qualidade.

Isto posto, verifica-se o quão vulnerável fica uma criança ou adolescente que não tem a presença de seus pais ou responsáveis para lhes ditar o que é ou não correto, ficando eles vulneráveis a todo tipo de assédio e ainda, podendo acarretar graves desvios

psicopatológicos sexuais. E, como o Estado não consegue acolher todos em creches e escolas, resulta em mais crianças expostas a diversos crimes.

Outrossim, também há casos em que crianças são abusadas em suas próprias casas, pelos familiares ou alguém mais próximo e por medo ou falta de conhecimento no assunto, acaba por não denunciar o ato.

O objetivo deste artigo é discorrer acerca das mudanças que a Lei n. 12.015/2009 trouxe de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual” e, analisou as sanções aplicadas a esse tipo penal que podem beneficiar ou prejudicar o réu diante dos diversos discursos doutrinários e jurisprudenciais.

Assim sendo, neste artigo serão abordadas estas questões, que são de extrema magnitude no âmbito do direito e para sociedade, uma vez que trata da garantia infraconstitucional da dignidade sexual da pessoa vulnerável e Constitucional no rol dispositivo dos direitos fundamentais, sendo estes: o direito à vida privada; à honra; à intimidade, à liberdade, à segurança, e principalmente, à dignidade da pessoa humana.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO

Nos tempos coloniais a codificação penal utilizada era o Livro V das Ordenações Filipinas 1603, era a Lei portuguesa e que permaneceu em vigor mesmo após a Independência 1822, atendendo determinação da Assembléia Nacional Constituinte de 1823, até que em 1830 no dia 16 de dezembro fora sancionado por lei o Código Criminal do Império do Brasil, sob determinação da Constituição do Império do Brasil 1824, que dispunha em seu artigo 179, inciso XVIII que, “Organizar-se há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”.

Sabe-se que a conduta delituosa não estava nominalmente descrita como “estupro” no Livro V das Ordenações Filipinas, contudo já existia dispositivo legal punitivo que tratava da conduta típica de praticar conjunção carnal a força com uma mulher. O Livro estabelecia que àquele que praticasse a conjunção carnal com uma mulher a força deveria ser punido duramente com a pena de morte, mesmo casando-se com a vítima posteriormente, deste ainda incorreria tal penalidade. Extraído do próprio Código Filipino:

Do que dorme per força (1) com qualquer mulher, ou trava dela (2), ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo (3), ou seja escrava (4), morra por elo (5). (...) 1. E posto que o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per

vontade dela, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assim como se com ela não houvesse casado (PIERANGELI, 2007, p. 29).

Mesmo não sendo denominado como “estupro”, a ação delitiva de obter conjunção carnal com uma mulher de forma violenta, sempre foi dura e severamente punida, desde os tempos primevos, está sempre foi uma ação reprimida e considerada um grande malefício para as mulheres vítimas desta conduta.

A dura punição era comum à época, este era um método punitivo usado praticamente em todos os chamados *delicta carnis* (delitos da carne), o que ainda poderia alcançar outros crimes, inclusive decorre Fragoso em sua doutrina Lições de direito penal, (2003, p.70), “a legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era a pena comum e se aplicava o grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldade”.

Após, a Independência e a partir da Constituição de 1824, o Código Criminal do Império do Brasil foi promulgado e entrou em vigência em 1830, este foi o precursor a apresentar a denominação “estupro”, para se referir esta conduta delituosa, todavia não significava tão e somente o crime de conjunção carnal forçada, mas também vários outros delitos no sentido sexual. As hipóteses em que se encaixava o denominado estupro, restava previstas no capítulo II, do código supracitado, nomeado por “ DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA”, seção I - Estupro, entre os artigos 219 e 224, Martins discorre em sua doutrina o rol taxativo de verbos em que a figura se enquadrava:

I) defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos; II) defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos por quem a tem sob seu poder ou guarda; III) defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos por pessoa a ela relacionada por grau de parentesco que não admita dispensa para casamento; IV) cópula carnal por meio de violência ou ameaça com mulher honesta; V) ofensa pessoa a mulher para fim libidinoso, causando-lhe dor ou mal corpóreo, sem que se verifique a cópula carnal; e VI) sedução de mulher honesta e menor de 17 anos, praticando com ela conjunção carnal (MARTINS, 1967, p. 22-23).

Já o artigo 225, no mesmo código, determinava que (ortografia original), “não haverá as penas dos três artigos antecedentes os réus, que casarem com as ofendidas”. Desta forma, àquele que contraísse matrimônio com a vítima não incorreria penalidade alguma.

O referido código, artigo 222, ainda estabelecia que, se vítima fosse prostituta haveria atenuantes em favor do autor, reduzindo-se para de um mês a dois anos, “ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida. Se a violentada fosse prostituta. Penas – de prisão por um mês a dois anos”.

Apenas quando foi promulgado o Decreto n. 87 em 11 de outubro de 1890, sendo àquele a codificação penal vigente na república, é que ocorreu a denominação do crime de estupro, como sendo única e somente o delito de conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. O Código tratava do delito em seu Título VIII o qual abordava “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, em seu Capítulo I estavam exarados artigos que expunham o que segue:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão celular por um a seis anos. § 1º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena - de prisão celular por seis meses a dois anos. § 2º Se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte, (BRASIL, 1890).

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força physical, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcóticos, (BRASIL, 1890).

Registra-se que anterior à promulgação do código de 1890, não havia denominação expressa que versava sobre a natureza da ação penal aplicável ao desentranhamento deste delito, somente com o referido código houve tal disposição, estabelecendo que nos casos de estupro, cabível seria a ação penal privada. Preconiza este entendimento o artigo 407, do referido diploma, ressalta-se, que haverá lugar a ação penal:

§ 1º Por queixa da parte ofendida, ou de quem tiver qualidade para representá-la. (negrito nosso) § 2º Por denúncia do ministério público, em todos os crimes e contravenções. excetuam-se: 1º, os crimes de furto e dano, não tendo havido prisão em flagrante; 2º, os crimes de violência carnal, raptio, adultério, parto suposto, calúnia e injúria, em que somente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274. § 3º Mediante procedimento ex-officio nos crimes inafiançáveis, quando não for apresentada a denúncia nos prazos da lei.

Considerando o artigo acima, detém-se que os crimes de violência carnal, incluindo o estupro, eram de ação privada, salvo os dispostos no artigo 274, o qual preconizava que se a ofendida fosse miserável, ou asilada de algum estabelecimento de caridade; se da violência carnal resultasse morte, perigo de vida ou alteração grave da saúde da ofendida; ou se o crime fosse perpetrado com abuso do pátrio poder ou da autoridade do tutor, curador ou preceptor; neste caso a natureza da ação impetrada seria pública.

Em 07 de dezembro de 1940, fora sancionado o código penal brasileiro, projeto este definitivo, o qual dispunha em seu artigo 213, que apenas a mulher poderia ser sujeito passivo no crime de estupro, e o homem que praticasse esta conduta delituosa deveria ser penalizado de três a oito anos de reclusão.

Esta demanda apenas seria dirimível se proposta por ação penal pública condicionada à representação, assim como restava disposto no artigo 225 deste mesmo código, todavia o parágrafo único deste artigo estabelecia que, deveria ser mediante ação penal pública incondicionada sendo a vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Após vigente, a primeira alteração no delito de estupro foi em 1990, 13 de julho, onde fora promovida por Lei Federal n. 8069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), este por sua vez impetrou o artigo 213, em seu parágrafo único, o qual dispôs o seguinte texto: " se a ofendida é menor de catorze anos: Pena – reclusão, de quatro a dez anos", trazendo em seu âmbito o crime de estupro de vulnerável.

No código de 1940, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, eram considerados crimes contra os costumes, e de maneira particular, crimes contra a liberdade sexual, dispostos, respectivamente, nos arts. 213 e 214 do dispositivo normativo. Além disso, havia previsão legal de duas qualificadoras: violência com resultado lesão corporal de natureza grave e violência com resultado morte (art. 223, caput e parágrafo único) e da chamada presunção de violência nesses delitos sexuais, contida no art. 224 do Código Penal.

Com a nova redação dada pela Lei nº 12.015 de 2009, concretiza-se pelo capítulo VI em seus capítulos I e II que o bem jurídico tutelado na tipificação dos delitos aqui cometidos é a dignidade sexual do indivíduo, estes crimes passaram por grandes alterações ao longo dos anos, a tutela da dignidade sexual está diretamente ligada a liberdade de escolha sobre seu próprio corpo, bem como, sua liberdade sexual, isto decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana artigo 5º, CF. O capítulo supracitado por sua vez, visa a proteção desse princípio na medida que protege o indivíduo de qualquer ato sexual de maneira violenta, especificamente contra o vulnerável menor de 14 anos.

Quanto a natureza da ação agora vigente para esse tipo penal, frisa-se a mais recente modificação fecundada pela Lei nº 13.718 de 2018, que definiu que todos os crimes

contidos nos capítulos I e II do Título VI do código penal, deverão ser discutidos através da ação penal pública incondicionada, excluindo-se assim qualquer possibilidade de ação privada ou pública condicionada para o crime de estupro.

3 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO BRASIL

A Lei 12.015/2009 inseriu no Título VI do Código Penal Brasileiro, os crimes contra a dignidade sexual, que lhe são próprios e essenciais para uma vida em sociedade, este por sua vez substituiu a expressão “ Dos crimes contra os costumes”, ocorrendo assim a mudança da proteção jurídica, para com o tutelado.

O Capítulo II, do código Penal sofreu importantes alterações com a entrada da Lei 12.015/2009, a qual nomeou agora os crimes tratados neste título por “Dos crimes contra a dignidade sexual”, discriminando agora o capítulo II, como o que versa sobre os crimes sexuais contra vulnerável, passando a descrever e atribuir pena a vários delitos como, estupro de vulnerável (art. 217-A); a mediação de menor de 14 anos para satisfação de lascívia de outrem (art. 218); satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B).

No tocante à vulnerabilidade, destacam-se pessoas em situação de fragilidade ou perigo que não possui aptidão psicológica para compreender o ato sexual ou até mesmo para manifestar sua vontade em ter ou não uma relação sexual. Para alguns legisladores essas pessoas ficam tão constrangidas, indefesas, que ficam impossibilitadas de alegar os fatos de maneira precisa. Sendo, portanto, a melhor solução para suprimir a possibilidade de contato entre as partes (vítima e ofensor).

Este crime deixou o artigo 213 onde era citado de forma geral e passou a ter autonomia com a inclusão da nova Lei, sendo denominado como estupro de vulnerável.

De acordo com Capez (2012, p.81) “vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc.”.

No caso do estupro de vulnerável, observa-se a extrema necessidade da proteção ao direito de liberdade sexual da vítima deste delito, já que o vulnerável não pode ser visto na mesma ótica dos que não são abarcados por este artigo, considerando que o que os distingue dos demais é justamente sua condição de vulnerabilidade, não gozando de total discernimento mental, ou por ter alguma deficiência que o impeça de entender o que lhe

acontece, ou por qualquer outra circunstância que lhe impeça de se opor contra ato contra si praticado.

Adem Florentino (2015, p.141) acrescenta que:

As potenciais manifestações em curto prazo são: medo do agressor ou de pessoas do mesmo sexo do agressor; queixas sintomáticas; sintomas psicóticos; isolamento social e sentimento de estigmatização; quadros fóbicos-ansiosos, obsessivo-compulsivo, ais, importante também ressaltar o quão afetada a vítima fica após o ato ser cometido, nesse sentido, depressão; distúrbio do sono, aprendizagem e alimentação; sentimento de rejeição, confusão e humilhação, vergonha e medo; secularização excessiva, como atividades masturbatórias compulsivas. Já os danos tardios podem se manifestar através de ocorrência e incidência de transtornos psiquiátricos como dissociação afetiva, pensamentos invasivos, ideação suicida e fobias mais agudas; níveis mais intensos de medo, ansiedade, depressão, raiva, culpa 34 isolamento, hostilidade; sensação crônica de perigo e confusão, cognição distorcida, imagens distorcidas do mundo e dificuldade de perceber a realidade; pensamento ilógico; redução na compreensão de papéis mais complexos e dificuldades para resolver problemas interpessoais; abuso de álcool e outras drogas; disfunções sexuais; disfunções menstruais e homossexualismo/lesbianismo.

Ainda, de acordo com entendimento consolidado pelo STJ, em súmula 593 “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.” Restando assim fixado que, não importará se a vítima consentiu ou não, se mantinha relacionamento amoroso com o autor do delito ou não, estando acometida por condição de vulnerabilidade, estará concretizado o crime.

3.1 Da tipicidade e elementos específicos do crime

No que tange à tipicidade, o Estupro de Vulnerável pode ocorrer na forma simples ou qualificada e, em ambas as formas será considerado crime hediondo, conforme o disposto no artigo 1º, VI, da Lei nº 8.072/90, considerando a especial condição da vítima – menor de 14 anos ou pessoa vulnerável –, a ação penal é pública incondicionada, conforme disposto no parágrafo único do artigo 225 do Código Penal (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014)

Esse procedimento de ação incondicionada à representação da vítima foi adotado a fim de evitar que crimes desse tipo sejam desconsiderados, visto que, diante de tantas circunstâncias que afetam a vítima, ela não teria coragem de denunciar o abusador caso dependesse dele ou até mesmo sofram uma relação de hierarquia no âmbito familiar. Tendo o Estado a autoria de executar tal ação.

No que tange ao prazo para o Estado de punir o autor de um crime pelo seu ato, o artigo 111, inciso V, do CP, determina que antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr a partir do momento em que a vítima completar 18 anos e caso não tenha sido proposta nenhuma ação penal anteriormente.

Nesse passo, a vítima terá um tempo maior para processar o ocorrido, e até mesmo criar coragem para denunciar o fato. Visto que uma criança, vulnerável, nem sempre possui discernimento para identificar o abuso sofrido e principalmente nos casos de abuso familiar, como já citado anteriormente. A criança presume que aquela pessoa é de confiança e não faria mal a ela. Inclusive, quando da violência sexual não se deixa indícios físicos, dificulta ainda mais no procedimento investigativo. Em síntese, podemos observar que o legislador age no intuito de realmente proteger esses vulneráveis e condenar os estupradores em questão.

3.2 Da legislação aplicável

Como já citado anteriormente, o crime de estupro de vulnerável, está previsto no artigo 217-A do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º. 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.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independente do sexo, admitindo-se coautoria e participação. Logo, a pessoa vulnerável é o sujeito passivo. Já o elemento subjetivo é o dolo específico, sendo o ato praticado com finalidade libidinoso com a finalidade de satisfazer.

Em caso de crianças, cujos abusadores são seus responsáveis, além do desequilíbrio físico e psicológico, constantemente os mesmos se culpam pela violência praticada por aqueles em quem acreditam e estimam. Os transtornos causados são calamitosos e geralmente intermináveis. (CORSARO, 2011)

A vista do que até aqui exposto, verifica-se duas possibilidades de estupro de vulnerável na forma qualificada. De acordo com o artigo 217-A, § 3º, CP, há qualificação se a conduta resultar em lesão corporal de natureza grave. E, o § 4, CP, dispõe qualificadora caso a conduta venha a obter resultado morte.

Há também a possibilidade de aumento de pena nos casos previstos no artigo 226 e 234-A, incisos III e IV do Código Penal.

Diante disso, devemos destacar o quão afetado a vítima e todos a sua volta ficam diante do ocorrido. As consequências do abuso sexual são inúmeras e raramente são apagadas da memória dessas pessoas.

3.3 Da possibilidade de exclusão da tipicidade: erro de tipo

O erro é uma das únicas formas de se afastar o crime de estupro de vulnerável por se tratar de uma falsa percepção da realidade, ou seja, se o agente alegar que desconhecia o fato de a criança ser menor de 14 anos por tratar-se de desenvolvimento precoce em que realmente aparenta ser uma pessoa maior de idade, o juiz poderá acolher a tese e absolver o réu.

Coerente com esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 29) discorre que: “o autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217 – A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa”.

Em alguns casos o agente mantém relação sexual com um menor de 14 anos, mas acredita que a vítima seja maior de idade pelos seus aspectos físicos. Um exemplo é quando o agente conhece a vítima em uma boate, local que supostamente a entrada é permitida apenas para maiores de idade. Entende-se, portanto, que a vítima tenha falsificado algum documento para adentrar naquele local e que já tenha uma aparência de mulher, não seria possível o agente suspeitar daquela vítima. Caso o agente mantenha relação sexual com essa menor por engano, nesse caso ocorrerá o erro de tipo, não houve dolo.

Esta situação jurídica de erro sobre elemento de tipo está prevista no artigo 20 do Código Penal, que subscreve: O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) .

Embora seja considerada absoluta a presunção da violência para proteger essas vítimas vulneráveis, em razão de idade, deficiência ou que não conseguem consentir, o juiz deve analisar ainda o posicionamento do agente, e caso esse alegue erro de tipo, excluirá

o dolo, e, portanto, o crime de estupro de vulnerável. Uma vez que não se admite modalidade culposa no estupro de vulnerável.

4 DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

A vulnerabilidade para a legislação brasileira ocorre em três situações: Quando a vítima for menor de 14 anos; quem por enfermidade ou deficiência mental não têm necessário discernimento para praticar o ato; e, quando a vítima não puder oferecer resistência.

Nucci (2015) entende que, tornando absoluta essa presunção de vulnerabilidade, pode ocorrer grandes injustiças. Pois, existem vários adolescentes que precocemente já namoram e mantêm relação sexual. Caso estes tenham menos de 14 anos, podem levar seus parceiros a cometer crime pelo simples fato de se relacionarem com esse menor. Outros adolescentes nessa idade já são pais ou mães. Se for levar em consideração essa vulnerabilidade absoluta, esse menor deveria denunciar seus companheiros para que eles fossem presos pelo menos oito anos de reclusão, o que desmoronaria essa família. Pois, qualquer pessoa, em qualquer circunstância, caso tenha relação com o menor de 14 anos será considerada presumidamente culpada, ferindo assim o art. 5º, incisos LV e LVII da CF, que, defende o direito do contraditório e ampla defesa.

Diante disso, é digno de consideração, citar o julgado de Nucci (2015), tratando exclusivamente deste caso ao trecho exposto:

TJSP: Apelação. Estupro de vulnerável. Vítima, com 13 anos de idade, mantinha relação sexual com o recorrente, à época com 20 anos, mantendo, também, relação amorosa, consistente em namoro com o mesmo, possuindo um filho juntos. Vítimas maiores de 12 anos e menores de 14: imprescindível a análise de discernimento, não devendo o magistrado, de início, enquadrar a situação como vulnerabilidade absoluta. Realidade social reveladora de contexto diverso. Consentimento pleno da ofendida devidamente demonstrado. Conduta atípica. Absolvição. Provimento. (...) In casu, apesar de a vítima ter iniciado sua vida sexual com 13 anos de idade com um rapaz, à época contando com 20 anos, restou demonstrada nos autos a relação de namoro entre ambos, sendo que a vítima frequentava a residência do 7 recorrente e boa parte da vizinhança tinha ciência de tal relacionamento. Tanto perante a autoridade policial quanto em juízo a vítima afirmou, por diversas vezes, ter consentido com a relação, demonstrando capacidade de entender o significado de uma relação sexual, mesmo porque suas amigas

variavam entre meninas de 13 a 16 anos. Destarte, a sociedade não pode vendar-se à realidade social, pois meninas iniciam a vida sexual cada vez mais cedo, seja por serem estimuladas pelos programas televisivos, cuja qualidade educacional decai periodicamente, seja por amizades de variadas idades, ou por outros motivos igualmente relevantes. Assim, restando demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta. Ela nada fez que não tivesse vontade a tanto; não se demonstrou ser menina ingênua, sem qualquer preparo para conhecer os meandros da vida sexual; engravidou e é mãe do filho do réu, descortinando novas responsabilidades, incompatíveis com o grau de vulnerabilidade suposto pelo tipo incriminador (Ap. 990.10.274966-5, 16.^a C.C., rel. Guilherme de Souza Nucci, v.u.).

Com o entendimento da maioria dos doutrinadores, os Tribunais decidiam pela relatividade da presunção de violência, revogado art. 224, alínea "a" do CP. O STF se posicionou, no julgamento, tendo o Ministro Marco Aurélio como relator, Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, D.J.U. 20.09.96, segue:

EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

Com o propósito de sanar essa discussão, foi criado o novo tipo penal, estupro de vulnerável, majorando a pena de reclusão de 08(oito) para 15(quinze) anos, daqueles agentes que venha a ter conjunção carnal ou que pratique outro ato libidinoso com menores de 14 anos, que por enfermidade ou deficiência mental, não tem necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, tornando autônomo e absoluto a presunção de vulnerabilidade da vítima.

Nesse sentido, verifica-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação a presunção absoluta de violência:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **2. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.**3. Agravo regimental a que se nega provimento.(STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 1435416/SC, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, j. 14/10/2014, p. DJe 03/11/2014

Sendo assim, a relativização da vulnerabilidade da vítima atualmente é inaceitável no ordenamento jurídico brasileiro. Visto que, o vulnerável não tem condições de manifestar livremente sua vontade e consentir com a prática do ato sexual, sendo que a mesma não possui maturidade para tal decisão. Resta claro, portanto, que a vulnerabilidade da vítima é absoluta e, ocorre crime, mesmo com o consentimento da vítima no ato sexual, pois a própria não consegue manifestar sua vontade por falta de discernimento ou qualquer outra causa.

5 RELAÇÃO CONSENSUAL ENTRE ADOLESCENTES MENORES DE 14 ANOS

A relação sexual consensual entre adolescentes menores de 14 anos tem sua tipicidade substancializada na Lei. O legislador de forma evidente entabulou no artigo 217-A do código penal que, "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos".

Como se pode notar, a norma penal não exige demasiada interpretação, posto que a regra é clara " ter conjunção carnal ou a praticar qualquer outro ato libidinoso com o menor de 14 anos" tipifica a ação.

Diferentemente do estupro indicado no artigo 213 do referido diploma legal, neste, o legislador condicionou a tipificação da ação de conjunção carnal ao constrangimento mediante violência ou grave ameaça, já no estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-

A, a configuração do delito independe de violência ou ameaça, apenas a prática do ato é um crime, ainda que consensualmente.

Logo, ao interpretar a norma no sentido literal, verifica-se que o legislador ao editá-la estava inclinado em proteger a liberdade sexual do menor de 14 anos, tendo em vista que ao entranhar a natureza absoluta da presunção da vulnerabilidade, onde a figura típica é única e exclusivamente a idade da vítima, levando em consideração que o menor de 14 anos ainda não atingiu necessariamente maturidade para suportar as consequências de seus atos. Neste sentido, traz-se à baila fundamento basilar do Código Civil, o qual considera os menores de 14 anos absolutamente incapazes, por não terem ainda formação completa física, nem mental.

Neste sentido, ressalta-se a seguinte jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. NAMORO E COABITAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 593 DO STJ. RECURSO PROVIDO. 1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. 2. Em que pese a sensível situação retratada nos autos, que ensejou a absolvição do réu em ambas as instâncias, porque, sendo colega de escola da vítima menor de 14 anos, com ela namorou e coabitou, mediante o consentimento da mãe, entende esta Corte que "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"(Súmula 593/STJ). 3. Demonstrada a autoria e materialidade delitiva, deve ser afastada a presunção relativa de violência para julgar procedente a pretensão acusatória pela prática do delito de estupro de vulnerável. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido L M P como incurso no art. 217-A do CP, determinando ao Tribunal de origem que proceda à dosimetria da pena, como entender de direito. (negrito nosso)

(STJ - REsp: 1852598 RO 2019/0366164-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 02/02/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2021).

5.1 Da punibilidade no estupro de vulnerável bilateral

A partir de discussões acerca de infrações cometidas pelo menor, bem como, medidas a serem tomadas a fim de punir o menor da forma por seus atos ilícitos, foi promulgada a Lei 8069 em 1990, a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao tratarmos da punibilidade dos menores de 14 que praticam a relação sexual, ainda que de forma consensual, pertence atentarmos ao que preconiza o artigo 103 do ECA, art. 103, "Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal".

De acordo com a concepção tripartite, presente na teoria do crime em sua análise analítica, funda-se o delito em três pressupostos, sendo estes: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Portanto, patente afirmar que a criança e o adolescente não podem cometer crime, pois são inimputáveis, mas poderão ser responsabilizados nos termos do ECA.

Assim sendo, os menores de 14 anos não podem ser responsabilizados penalmente como se adultos fossem considerando que os menores de 18 anos são inimputáveis, assim como fundamenta o texto normativo do artigo 104 do ECA, ora vejamos, "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei".

Assim, sobreleva notar que ao adolescente menor de 14 anos, quando comete um ato infracional deverá ser aplicada medida socioeducativa, levando em consideração que a imputabilidade penal se inicia aos 18 anos, e ainda, ao que pertence ao ato delituoso cometido, que mesmo sendo considerado crime ou contravenção penal, quando executado por menor de 18 anos, restará configurado apenas um ato infracional.

Como bem abordado no tópico 03 do presente artigo, inadmissível é a relativização da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, neste sentido, a corrente majoritária se posiciona no seguinte contexto:

APELAÇÃO - PENAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE INAFASTÁVEIS - CONDENAÇÃO MANTIDA - NÃO PROVIMENTO. Não é possível relativizar o conceito de violência de ato sexual praticado com uma criança menor de 14 (quatorze) anos de idade, ao argumento de que a mesma já tinha uma vida sexual ativa. Comprovada a autoria e materialidade do crime de estupro resta configurado o respectivo tipo penal. Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a correta apreciação da prova e aplicação da lei penal. (TJ-MS - APL:

00000052720118120034 MS 0000005-27.2011.8.12.0034, Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes, Data de Julgamento: 10/02/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/07/2014).

E ainda, entendimento consolidado pelo STF:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, "A"). PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. TEMA INSUSCETÍVEL DE EXAME EM HABEAS CORPUS, POR DEMANDAR APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. PLEITO PREJUDICADO. 1. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. (negrito nosso) Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10).

Ainda em evidência, entendimento consolidado pelo STJ:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. 2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que a aludida presunção é de caráter relativo. 3. A alegada inocência do paciente, a ensejar a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória. (STJ - HC: 200916 MG 2011/0060209-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 08/11/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2011).

Por fim, importa salientar que, mesmo com entendimento da corrente majoritária, bem positivado em precedentes, no sentido de ser inafastável a presunção da violência, nas relações sexuais com menores de 14 anos e, considerando que a Lei é clara e taxativa, ainda existe a corrente minoritária que acredita na relativização da vulnerabilidade, assim, como bem afirmado anteriormente, trata-se de discussão que não está de longe, próxima do fim.

Enfim, após aprofundado estudo, foi possível concluir que, quando dois ou mais, menores de 14 anos se relacionam de forma sexual, estão cometendo o delito tipificado no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, devendo assim, todos que participarem do ato, sofrer ação coercitiva do Estado. Todavia, por ser inimputável, entendeu o legislador que, o menor não responderá por crime, mas sim, por ato infracional, devendo ser aplicado a esta medida socioeducativa.

Assim, em detido exame legal, doutrinário e jurisprudencial, foi possível compreender então que, a característica de bilateralidade neste tipo de infração, acometerá todos os participantes do ato, tanto como vítimas, quanto como autores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, após detido exame jurisprudencial e doutrinário, foi possível destrinchar e aprofundar-se no tema proposto, que teve como objetivo a análise da tutela do direito à dignidade e liberdade sexual do indivíduo menor de 14 anos, a partir de um estudo da evolução da abordagem legal do crime de estupro ao longo do tempo, até se obter a tutela do direito supracitado, estando positivado de forma específica no Código Penal Brasileiro em seu artigo 217-A.

Neste contexto, foi possível discorrer acerca dos elementos que compõe o crime, trazendo a este sua natureza típica, necessitando aquela ação de repressão do Estado a fim de assegurar a proteção do bem tutelado, através da Lei gerada, a partir da prática de um ato que fere preceitos fundamentais envelopados pela Lei maior, a Constituição Federal, ato este caracterizado pelo mau comportamento em sociedade, gerando a desordem.

Neste artigo científico, concluímos que a relativização da vulnerabilidade é inadmissível hoje no nosso ordenamento, isto porque a Lei é clara e taxativa, não fazendo ressalvas no dispositivo colocado em evidência.

Ademais, foi possível certificar-se pela corrente majoritária de precedentes que, a presunção de violência no crime aqui estudado é absoluta, posto que, o menor de 14 anos não tem maturidade psicológica suficiente para responsabilizar-se por seus atos, e mesmo

que o ato ocorra entre adolescentes menores de 14 anos, e ainda que, seja consensual, existirá a tipificação, ainda que encontre-se o autor em posição de inimputabilidade por sua idade, a este também incorrerá medida punitiva, de acordo com a Lei especial.

Ainda, importa ressaltar, que a única exceção de absolvição possível do autor do delito, se dá quando ocorre o erro do tipo, tendo em vista colocar em xeque o dolo do ato ilícito.

Por todo o exposto, conclui-se que o tema estudado é extremamente controverso, porém devemos nos pautar na limitação da lei, sabemos que o Direito é uma ciência sem exatidão e que cada vez mais se habitua ao comportamento e cultura da sociedade, não obstante, se ignorarmos o preceito legal penal da forma que se delimita, trataremos com subjetividade cada ato praticado de forma separada (de forma pessoal).

Além disso, importa frisar que a vítima menor de 14 anos que sofre o crime de estupro, passa por dilemas psicológicos extensos, como dúvidas sobre seu corpo, e em relação à vida sexual, que podem lhe marcar de forma expressiva, interferindo em sua vida íntima adulta, tanto quanto em suas relações sociais, pois se entende que o ato ocorre de maneira precoce, saltando fases irrecuperáveis na vida do adolescente vulnerável menor de 14 anos, sendo de extrema relevância a tutela deste direito.

7 REFERÊNCIA (S) BIBLIOGRÁFICA(S)

BERNARDES, Marcel. O crime de Estupro de Vulnerável e a aplicabilidade do erro sobre Elementos do Tipo Penal. Disponível em: <https://marcelbernardes.jusbrasil.com.br/artigos/305241964/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-a-aplicabilidade-do-erro-sobre-elementos-do-tipo-penal>. Acesso em: 22 mar. 2021.

CARDOSO, Angélica Maria Vale. **A natureza da ação do crime de estupro e o direito à privacidade da vítima.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5721, 1 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72281>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CASTRO, Leonardo. Legislação comentada. Artigo 217-a do CP. Estupro de vulnerável. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>. Acesso em : 18 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando; **Curso de direito penal, volume 3**, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10 ed. São Paulo : Saraiva, P.81, 2012.

Código Criminal do Império do Brazil. Lei de 16 de dezembro de 1830.

Constituição Política do Imperio do Brazil. Lei de 25 de março de 1824.

COUTO, Cleber. **Estupro de vulnerável menor de 14 anos**: presunção absoluta ou relativa? Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41151/estupro-de-vulneravel-menor-de-14-anos-presuncao-absoluta-ou-relativa> Acesso em: 30 nov. 2020.

Decreto lei nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal.

Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal.

FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérghamo. **As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes**. Fractal: Revista de Psicologia, 38 maio 2015.

GILABERT, Bruno. **Crimes contra a dignidade sexual**; Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Editora, 2020. 292 p.23 (coleção crimes em espécie).

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. ECA.

Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Crimes contra dignidade sexual.

Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Lei que torna pública incondicionada a ação penal dos crimes contra liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável

LIMA, Daniel. Estupro e gênero: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil. Publicado em 20/08/2018. Acesso em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-genero-brasil/>. Acesso em: 28 mar 2021

Livro V - Ordenações Filipinas - Lei de 11 de janeiro de 1603

LOBATO, Camila Daniella Seabra. **A Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: (In)Eficácia da pena aplicada ao agressor sexual infantil**, 24 de julho de 2019. Disponível em:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-sexual-contra->

[criancas-e-adolescentes-ineficacia-da-pena-aplicada-ao-agressor-sexual-infantil/](#). Acesso em : 20 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 829, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da lei**. n.12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez/2010.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Código Criminal do Império. 2014. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/281-codigo-criminal>. Acesso em: 22 mar 2021.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2. ed. rev. atual. ampl. e compl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Jéssica Talita Alves. A **vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos** (art. 217-a, CP) à luz da política criminal brasileira e do princípio da proporcionalidade. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48322/a-vulnerabilidade-absoluta-do-menor-de-14-anos-art-217-a-cp-a-luz-da-politica-criminal-brasileira-e-do-principio-da-proporcionalidade> Acesso em: 29 nov. 2020.

ROSA, Mariana Carneiro. Ação Penal Pública Incondicionada Aos Crimes Contra A Dignidade Sexual Instituída Pela Lei 13.718/18: Privacidade Da Vítima Versus O Interesse Coletivo Na Persecução Penal, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/acao-penal-publica-incondicionada-aos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-instituida-pela-lei-13-718-18-privacidade-da-vitima-versus-o-interesse-coletivo-na-persecucao-penal/>. Acesso em : 20 dez 2020.

SERUDO, Vitor Benayon Pontes. Estudo da Vulnerabilidade do Artigo 217-A do Código Penal Brasileiro. 2016. Disponível em :

<https://vitorserudo.jusbrasil.com.br/artigos/314072589/estudo-da-vulnerabilidade-do-artigo-217-a-do-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em : 22 mar 2021

VEDANA, Paola Cristine; WENDRAMIN, Cassiane. O Crime de Estupro de Vulnerável e as Alterações Promovidas Pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-as-alteracoes-promovidas-pelo-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>. Acesso em: 30 mar 2021

TEODORO, Rafael Theodor. **Da presunção absoluta de violência no crime de estupro de vulnerável. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4468, 25 set. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42590>. Acesso em: 12 abr. 2021.

A (IN)EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA VISUAL NA LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015

JULIANA CORDEIRO DE JESUS CARVALHO:
Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro
Universitário Estácio de São Paulo.

FERNANDO DE ALVARENGA BARBOSA

(orientador)

Resumo: A presente pesquisa científica estuda a importância da lei 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), desde a origem da Declaração Universal dos Direitos Humanos, até o reconhecimento dos direitos da pessoa portadora de deficiência na sociedade. O objetivo é, portanto, pesquisar, identificar e compreender como a falta de inclusão social atinge as pessoas com deficiência visual, identificar como esse público é visto e tratado tanto pela sociedade quanto pelo Estado, analisar a adequação dessas atitudes para a inclusão social dessa parcela da população e o que deveria ser feito para, que a inclusão se torne de fato uma inclusão social efetiva. Para tanto, foi analisado a finalidade dos decretos de leis, conceitos, princípios e norma jurídica.

Palavras-chave – Deficiência visual. Inclusão.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. O Direito de ir e vir na Constituição Brasileira. 2.2. Dos Direitos Humanos e Dos Direitos Fundamentais. 2.3. Evolução Histórica Dos Direitos Humanos. 2.4. Da Pessoa com Deficiência na Sociedade. 2.5. Quem é o Deficiente Visual. 2.6. A Problemática da Cegueira junto a Dificuldade de Locomoção do Deficiente Visual. 2.7. Proteção da Pessoa com Deficiência na lei. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Antes da criação dos direitos humanos, perto da revolução industrial, o número de pessoas portadoras de deficiência era imenso, o que resultou numa grande população doente ou com limitações físicas, portanto incapacitadas e ociosas. Nessas condições, muitos passavam fome, perdiam suas moradias e habitavam as ruas. A própria sociedade não via utilidade nessas pessoas. Simplesmente excluía essas pessoas, da sociedade, das empresas, da família.

Nessa situação, o Estado se viu diante de uma imensidão de pessoas abandonadas, que utilizavam o serviço público gratuito, de saúde, somando-se prejuízos para a economia. Era necessário que o Estado tomasse posição frente a essa classe

desfavorecida. Era mister controlar o crescente número de pessoas com tais problemas, tirando-os da situação de vulnerabilidade social, ou seja, das ruas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é tão importante, porque ampara o deficiente e força a inclusão social. Ele obriga as iniciativas privadas e também ao próprio Estado a trazer essas pessoas para dentro da sociedade, com reconhecimento da identidade dessas pessoas, dando-lhes visibilidade e importância com a inclusão. Ao menos em tese.

Para tanto foram criadas leis para promover a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Ocorre que, as medidas acima citadas não foram suficientemente eficientes e o trabalho aqui elaborado, visa mostrar com clareza que os programas e meios criados pelo Estado, não são suficientes para suprir as necessidades básicas dessas pessoas, o que fere a dignidade humana desses indivíduos.

O objeto de estudo do trabalho aqui exposto consiste em romper a barreira de preconceito aos vulneráveis portadores de qualquer tipo de deficiência, de forma a proporcionar a igualdade destes aos demais indivíduos, a proporcionar-lhes a liberdade de ser autossuficiente, através de meios de acessibilidade. Dar notoriedade com respeito a tais indivíduos, para que possam se locomover livremente por todo o território nacional em tempos de paz, de forma a enaltecer a dignidade da pessoa humana com isonomia, fazendo um elo com o que dispõe o Estado para que esse objetivo seja alcançado.

Nesse contexto, será abordado primeiramente a realidade do deficiente visual, num contexto histórico, para se entender as dificuldades que estes enfrentam.

O presente trabalho irá se utilizar da pesquisa bibliográfica, e da pesquisa documental, através de coleta de informações obtidas por conceitos, princípios, bibliografias, artigos científicos e norma jurídica. Tais informações melhoram a análise do problema trazido no trabalho.

Contudo, nada disso seria possível sem a luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reconheceu os direitos inseparáveis do homem e direitos naturais, e forçou o Estado a positivizar esses direitos dentro da sua Constituição, tornando-os em direitos fundamentais

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O DIREITO DE IR E VIR NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Sabe-se que no Brasil, o direito de ir e vir só existe devido à Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois, foi a partir da promulgação desse documento no ano de 1992, que se reconheceu a dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade, o que significa que a pessoa é livre e não depende de ninguém e tem a capacidade de viver de modo independente, ser autossuficiente, ou seja, ela tem autonomia para se locomover livremente por todo o território nacional.

Nesse contexto a preocupação é a inclusão dos menos favorecidos em razão das limitações físicas do deficiente, que detém os mesmos direitos, embora suas condições físicas o limite.

No decorrer da história, há registros que na sociedade havia pessoas com impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, que necessitavam de uma prestação do Estado, um cuidado maior, uma atenção especial, para dar-lhes os mesmos direitos estendidos aos outros.

Essas pessoas, no caso em tela, "os deficientes visuais", têm o limite da visão que lhes impede levar uma vida quase normal, diferentemente de outros com outras limitações. O deficiente visual tem o limite das oportunidades de treinamento para o desenvolvimento. A sociedade tem pressa e não oferece as oportunidades de treinamento ao deficiente visual. A falta de acuidade visual, torna o deficiente desfavorecido no mercado de trabalho. A legislação é necessária para dar garantia de direitos a esses indivíduos, que merecem tratamento igualitário como os demais indivíduos.

Os deficientes visuais não conseguem interagir ativamente, pois, carecem de treinamento e investimento, para tanto, a deficiência visual afeta as atividades laborais do dia-a-dia, andar de um território para o outro tornou-se fisicamente impossível, considerando que sua limitação visual é um impeditivo a longo prazo.

O problema da cegueira tornou-se tão comum entre os indivíduos, assim como as demais deficiências, chegando ao ponto em que, ninguém sabia o que fazer com essas pessoas, desde uma prestação jurisdicional até uma assistência específica para cada deficiência.

Foi diante desse contexto histórico e da falta de inclusão dessas pessoas ao decorrer dos anos, que o Estado percebeu que não poderia mais ficar equidistante, e precisava interferir para reduzir as desigualdades sociais, promover o bem de todos sem preconceitos de quaisquer formas de discriminação.

Pondo a prova de que, todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza e garantindo-se o direito à liberdade, à igualdade, o Estado precisava tomar uma atitude afim de resolver a problemática da falta de inclusão social, foi quando nasceu o

Estatuto da Pessoa com Deficiência, para suprir as necessidades de toda pessoa portadora de deficiência, visando assegurar e promover condições de igualdade, conforme dispõe o artigo 1º da lei 13.146, de 6 de julho de 2015:

“É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.²⁸¹

Contudo, na maioria das vezes o direito não alcança a todos, parte da população brasileira que dispõe de algumas particularidades, caracterizados como “deficiente”; em específico o deficiente visual, ficam sem o devido amparo legal do Estado.

Quando o direito de ir e vir esbarra na falta de acessibilidade, pode-se imaginar os obstáculos que os deficientes precisam superar em uma cidade de pouca inclusão e acessibilidade, portanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência veio para viabilizar um direito já existente na Constituição Federal, se o Estado não faz jus a sua atuação positiva, deve-se utilizar de outras ferramentas para força-lo a cumprir para com o dever fundamental. Pedro Lenza assim descreve:

Muitas vezes o direito de um indivíduo depende do dever do outro em não violar ou impedir a concretização do referido direito. Estamos diante da necessidade de atuação positiva do Estado, passando-se a falar em um Estado que tem o dever de realizar os direitos, aquela ideia de Estado prestacionista.²⁸²

A liberdade de locomoção ou o chamado direito de ir e vir, é o direito ligado aos ideais da Revolução Francesa, foi adotado pelo Estado brasileiro desde sua primeira Constituição, o conceito evoluiu e sofreu rupturas no trajeto até os dias atuais. A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, XV:

“É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.³

²⁸¹ Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, artigo 1º.

²⁸² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 18. ed.- Rio de Janeiro: Saraiva. 2014, p. 1067 ³ Constituição da república federativa do brasil de 1988, artigo 5º, XV:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 setembro 2020.

Desta forma, ele permite as pessoas no Brasil, tanto brasileiros quanto estrangeiros regularizados, a possibilidade de andar as vias públicas e frequentarem espaços públicos de uso comum quando desejarem, sendo uma espécie de poder exercitável pela população.

O inciso supramencionado deixa claro que, existem limites à liberdade de locomoção, o primeiro deles é que esse direito só é válido em tempo de paz, podendo o indivíduo ser impedido de gozar desse direito, quando for decretado o Estado de Sítio no país ou em alguma zona territorial específica dentro do território nacional, situações de guerra é o exemplo.

A liberdade de locomoção é válida apenas para os espaços públicos, dando o poder de restrição as propriedades privadas, portanto, se invadirem um território privado, os responsáveis responderão legalmente pelo ato, que é considerado uma infração da legislação.

Continua o artigo 5º, LIV da Constituição Federal outra forma de privação da liberdade de locomoção, a que surge de uma decisão do Poder Judiciário;

“Concede-se ao Estado, seguindo os devidos processos legais a privação de liberdade e dos bens da pessoa, como nos casos de prisões após o julgamento”²⁸³

Hoje em pleno século XXI, as pessoas portadoras de deficiência visual não se limitam a terem seus direitos assegurados Constituição Federal e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também se socorrem da lei de Acessibilidade 10.098 de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Contudo, por falta de eficiência a lei ainda não supre as necessidades básicas dessas pessoas, o direito de ir e vir para com o deficiente visual não vem sendo efetivamente amparado por nenhuma lei, isso porque as construções arquitetônicas das vias públicas não são aptas para pessoas com limitações visuais e cegas, o que não enseja de fato condições de igualdade para que se tenha direito as mesmas oportunidades.

É diante dessa falta de atenção aos pequenos detalhes, que vemos o descaso e a falta de atuação positiva do Estado diante dos seus deveres fundamentais com a sociedade.

²⁸³ Constituição da república federativa do brasil de 1988, artigo 5º, LIV:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 setembro 2020.

Se a via pública não é apta para que, o deficiente visual consiga se locomover livremente por todo o território brasileiro, o Estado está sendo omissivo e contraditório quando ele mesmo diz:

“Reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade quaisquer outras formas de discriminação; assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”^{284 1}

2.2 DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Humanos são os direitos e liberdades básicos de todos os seres humanos (todos os direitos que interferem no desenvolvimento humano).

Há alguns autores que entendem os direitos humanos de certa forma, que se confundem com o próprio direito natural. A convicção a respeito de direitos humanos surgiu para conter o autoritarismo do Estado, isto é, perpetrar a arbitrariedade do Estado. Remotamente podemos encontrar os direitos humanos em vários exemplares, livros e documentos da antiguidade, e na maior parte deles encontramos o primeiro grande marco da evolução histórica, a Revolução Francesa.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, entrou em vigor no Brasil em 25 de setembro de 1992.

A Magna Carta da Inglaterra séc. XIII vem sendo classificada como a pioneira das futuras declarações de direitos humanos. No entanto, mesmo que o mencionado documento não possua uma afirmação universal de direitos humanos, a carta em questão teve a excelência de restringir o poder absoluto dos monarcas da época.

Apesar da Inglaterra ter sido o ponto de partida e incentivo inicial, foi na América do Norte que, aconteceu a exordial Declaração em 12 de janeiro de 1776, que declarava em seu primeiro artigo a seguinte cláusula: “Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes”.

Em 26 de agosto de 1789 a França consolidou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que foi promovido pelos representantes do povo francês através da

²⁸⁴ Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2000

Assembleia Nacional Francesa, em virtude das consequências da Revolução Francesa, que desempenhou maior ascendência que a declaração norte americana.

A França não foi a única pátria a declarar os direitos do homem, outros Estados também se posicionaram a respeito da manifestação quanto a exposição desses direitos, sendo assim, a Virgínia em 1776 consolidou a declaração de direitos cognominada de Declaração de Direitos do Bom Povo, anos mais tarde a América enunciou o seu manifesto com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do

O manifesto francês contribuiu para as mudanças sobre o absolutismo europeu e resultou em enormes movimentos revolucionários. No século. XX surgiu em 11 de agosto de 1919 a Constituição da República de Weimar, e teve grande importância, pois, serviu de base para o futuro dos direitos fundamentais como conhecemos hoje.

A ideia para uma nova declaração de direitos, se deu ao final da Segunda Guerra Mundial em meados 1939 a 1945. Após o final da guerra em 10 de dezembro de 1948, ocorreu a terceira Assembleia Geral das Nações Unidas, que aprovou a carta intitulada Declaração Universal dos Direitos Humanos, são direitos que atingem a humanidade como um todo.

Após a promulgação dos direitos fundamentais, a ONU – Organização das Nações Unidas, tornou claro, que não se tratava de uma concessão ou mero reconhecimento, mas explicou a existência dos direitos como sendo autônomos e que independem de qualquer vontade ou formalidade.

Visto que são direitos inerentes da pessoa humana, nenhum indivíduo, entidade, governo e Estado tem legitimidade para reprimi-los. Portanto, devido as narrativas que vinham sendo ensejadas, houve uma grande preocupação em edificar uma nova ordem internacional, que fosse mais altruísta e humanitária.

Na década de 90, no ano de 1992 surgiu a já mencionada Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, unificou incontáveis nações a fim de alcançar o ideal desenvolvimento e progresso da proteção e amparo dos Direitos Humanos por todo o território da América Latina.

Desde então, a partir desta mencionada Convenção e das demais outras realizadas por todo os demais territórios por todo o mundo, o Brasil tornou-se signatário, mais precisamente em 25 de setembro de 1992.

2.4 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SOCIEDADE

Não é nenhuma novidade dizer, que desde a antiguidade, no século XX, a pessoa portadora de deficiência de qualquer natureza já sofria os preconceitos da época, principalmente da sociedade, eram mal vistas por todos e rejeitadas.

Muito embora, para o nosso vasto conhecimento, só temos acesso às informações testificadas, portanto, nos primórdios da humanidade não haviam meios de registros escritos sobre como eram as condições de vida e existência das pessoas portadoras de deficiência.

Desta forma, não se sabe ao certo os detalhes, o que se sabe é que em grande parte da vida primitiva os enfermos eram abandonados ou mortos, muito similar a cultura indígena, que mata o recém-nascido se este apresentar alguma anomalia física.

No Egito Antigo, as pessoas com alguma deficiência, em específico o anão conseguia se incluir na sociedade de variáveis hierárquicas classes sociais desde o artesão até o escravo, isso porque, o nanismo não influenciava nas atividades laborais da pessoa com nanismo, não havia impedimento físico para as atividades de sua ocupação.

Em Roma a atenção era a mesma, a diferença é que era permitido que próprio pai matasse seu filho com deformidade física por afogamento ou abandono em cestos no Rio Tibre, mas como nem tudo são flores, aqueles que sobreviviam eram explorados nas cidades ou eram levados aos circos para entretenimento dos ricos.

Foi quando surgiu o cristianismo durante o Império Romano, que esses costumes mudaram, combatendo os maus hábitos de eliminação as crianças nascidas com deficiência, e foi exatamente nesse período que nasceram os primeiros hospitais de caridade, que abrigavam os andarilhos e pessoas deficientes.

Com o surgimento do cristianismo e a forte influência da igreja na idade média, as pessoas com distúrbios mentais e deformidades físicas eram constantemente atacadas como possuídas pelo demônio e eram queimadas como as "bruxas"; há quem dissesse que esse era o castigo de Deus.

Embora a igreja sustentasse os hospitais e asilos que acolhiam essas pessoas, essas instituições de caridade não eram em número suficiente para comportar e atender todas essas pessoas, e muitos ficavam perambulando pelas ruas ou eram acolhidos por famílias para servirem de bobos da corte e até mesmo serem escravizados.

Houveram grandes transformações a partir do século VX-XVI e XVII com o surgimento do humanismo, quando surgiram hospitais especializados em ortopedia para as pessoas mutiladas em guerras, os cegos, surdos e até mesmo aqueles com problemas

mentais sob a influência de Philippe Pinel (1745-1826), explicava que as pessoas com perturbações mentais deveriam ser tratadas como doentes e não como possuídas por alguma entidade, fugindo da ideia costumeira da idade média, onde eles eram discriminados e violentados.

Como se sabe, as deficiências não se restringiam apenas em deformidades físicas e distúrbios mentais, também tínhamos deficientes físicos de outra natureza, os visualmente incapacitados, ora, o deficiente visual.

No século XIX é quando temos um grande salto para o deficiente visual, um fabricante de arreios e selas Louis Braille, feriu seu olho esquerdo enquanto brincava na oficina de seu pai aos três anos de idade, a ferida resultou em uma grave infecção, que se alastrou para o seu olho direito, resultando em uma cegueira total, e foi por esse motivo, que Louis já em sua fase adulta desenvolveu o sistema de escrita BRAILLE, sistema muito usado por pessoas cegas na atualidade.

Foram sob as influências das ideias humanistas, que se percebeu a necessidade de dar mais assistência especializada as pessoas com deficiência, surge então a constituição de organizações com o objetivo de estudar os problemas apresentados por cada deficiência.

A ideia dessa organização se estendeu em outros continentes, chegando ao Brasil em 1840. O Imperador Dom Pedro II cria o Instituto dos Meninos Cegos, e em 26 de setembro de 1857, o Imperador funda o Imperial Instituto de Surdos Mudos.

Por volta de 1902 a 1912, percebe-se a importância de inserirem essas pessoas dentro da sociedade, as pessoas com deficiência precisam participar ativamente do cotidiano e se integrarem na sociedade.

Essa preocupação se deu porque o número de pessoas apresentando deformidades, anomalias, incapacidades para as atividades laborais no dia-dia crescia cada vez mais, a sociedade e o próprio Estado não sabiam o que fazer, sequer tinham experiência para lidar com elas.

O Estado se viu diante de um grupo de pessoas abandonadas sem nenhuma perspectiva, pessoas que não podiam estudar, trabalhar, mas que estavam ali gerando gastos para o Estado, foi quando se deu conta de que precisava integrar essas pessoas na sociedade para participarem ativamente.

Foi então com a Constituição Federal de 1988 que se teve a primeira noção de inclusão social de qualquer pessoa indistintamente, ratificada como lei no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 3º, III: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade quaisquer outras formas de discriminação.²⁸⁵

2.5 QUEM É O DEFICIENTE VISUAL

De acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF (2004, p. 14) as "deficiências são problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, tais como, um desvio importante ou uma perda". No Brasil, o Decreto 3.298/99, define deficiência visual como:

(...) cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;²⁸⁶

Há inúmeros conceitos para definir o deficiente visual, em resumo se caracteriza pela limitação ou perda das funções básicas do olho, e se dá pela perda total ou parcial da visão.

A baixa visão se divide em graus diferentes, sendo, leve, moderada ou profunda; o grau leve pode ser amparado utilizando-se do uso de lentes de aumento ou óculos de grau, auxílio de bengalas e treinamentos de orientação; grau moderado o indivíduo ainda consegue distinguir a luz e a escuridão.

Contudo, já se utiliza do método de leitura braile para ler e escrever, e para as demais tarefas, como utilizar um computador por exemplo, socorre-se dos recursos de voz para acessar programas específicos. Também se utiliza da bengala para se locomover e necessita de treinamentos e orientação para melhor qualidade de mobilidade.

E por último, tem-se o grau profundo ou cegueira, nesta não existe qualquer percepção de luz, somente sombra, há ausência total de visão, portanto, é imprescindível

²⁸⁵ Constituição da república federativa do brasil de 1988, artigo 3º, III.

²⁸⁶ NAVARRO, Juliana. Decreto nº 5.296, de 2004.<

https://bdm.unb.br/bitstream/10483/4259/1/2012_JulianaJobimNavarro.pdf >. Acesso em: 9 setembro 2020

o uso de bengalas, treinamentos de orientação para a mobilidade do indivíduo e o sistema braile para escrita e leitura.

Cabe ressaltar, que alguns deficientes visuais adotam o cão guia para ajudarem na sua locomoção e autonomia na mobilidade, o que faz jus ao artigo 5º da Constituição Federal; a dignidade da pessoa humana, direito de ir e vir.

A perda de visão pode ser resultado de uma doença congênita; ou a pessoa já nasce com ela ou a adquire por consequência de algum acidente; importante ressaltar que, a perda de visão deve ser nos dois olhos do indivíduo, se apenas um olho lhe faltar e o outro funcionar normalmente, a pessoa não se enquadra como deficiente visual, para que se caracterize a deficiência é necessário a perda da visão de ambos os olhos.

2.6 A PROBLEMÁTICA DA CEGUEIRA JUNTO A DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO DO DEFICIENTE VISUAL

Os deficientes visuais encontram muitas dificuldades de locomoção, sabe-se que, levar uma vida normal em uma grande metrópole pode ser um desafio e tanto para um deficiente visual que, precisa se locomover entre praças, ruas, e se as vias públicas não dispõem de uma sinalização adequada, instalações de piso tátil, placas de sinalização em braile, semáforos com voz automatizada, entre outras formas de adaptação, ter mobilidade se torna impossível.

Um dos maiores problemas enaltecidos por deficientes visuais são as calçadas totalmente inacessíveis para andar. Não são apenas os deficientes visuais que se queixam de calçadas irregulares e com declínios, idosos, jovens, pessoas saudáveis também reclamam, inclusive, há relatos de pessoas que torceram o pé por essas vias públicas.

A pessoa física não pode mexer na calçada, pois, trata-se de via pública, ou seja, é o Estado, o Município que tem que tomar conta, existe um padrão a ser seguido, se uma pessoa física mexer na calçada e torna-la muito lisa ao ponto de uma pessoa andar e escorregar, numa outra situação um coloca pedras na calçada, ou seja, é dever e somente dever do Estado mexer nas vias públicas.

Ainda há muito o que precisa ser feito para amparar deficiência de um modo geral e não só visual. Portanto, as ruas e calçadas irregulares, rampas inadequadas são alguns dos problemas enfrentados por indivíduos portadores da deficiência visual.

Para aqueles que desconhecem o piso tátil, são faixas em alto-relevo fixadas no chão para fornecer auxílio na locomoção pessoal de deficientes visuais, é muito comum ver esses pisos em terminais metropolitanos, um forte exemplo da importância desse piso são os metrô de SP, diariamente pode-se ver um deficiente seguindo por essa faixa utilizando-se da bengala longa.

Locais como a região das avenidas Paulista e Faria Lima são responsáveis pela maior parte de sinalização, para quem precisa fazer o uso da bengala longa, considerado um dos símbolos de independência para os deficientes visuais.

Assim deveria ser por todo o território nacional, e não restringirem apenas nos terminais metropolitanos e avenidas centrais famosas, deveriam existir mais piso tátil nas ruas em geral, pois, os deficientes visuais estão no mundo afora, como já os vimos andando no metrô, estão tendo a acessibilidade atitudinal, isto é, tomando a iniciativa de sair para a rua e andar.

Conforme dados da pesquisa Irbem (Índice de Indicadores de Referência de Bem-estar no Município), a nota atribuída à acessibilidade para pessoas com deficiência nos espaços de uso público foi de 3,4, avaliação considerada abaixo da média.

Segundo dados do IBGE, retirado do site https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/pessoa_com_deficiencia/cadastro_inclusao/dados_censoibge/index.php, cerca de aproximadamente, 2.274.466 pessoas na cidade de São Paulo não enxergam.

Portanto, os dados apontam a falta de inclusão social pelo Estado, o direito de ir e vir não existe para o deficiente visual porque quase não há meios para promover as mesmas oportunidades de igualdade, e isso é e ou deveria ser a inclusão.

A inclusão remete a pessoa estar inserida na sociedade, proporcionar as mesmas oportunidades sem distinção de cor ou se você tem alguma deficiência, é a participação de todos e acesso aos bens, aos serviços, ou seja, você estar inserido de fato aos grupos sociais.

2.7 PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA LEI

Os direitos da pessoa com deficiência visual não são de todo o jeito aferidos, não por falta de lei, mas por falta de efetividade dela, pois, espera-se também que as pessoas de um modo geral tomem iniciativa e fiquem preparadas para acolher essas pessoas, não se trata da falta de preparo, mas de não querer estar preparado, pois, tem-se várias leis servindo de parâmetro para que a população seja mais receptiva e apta.

Decreto n. 3.956, de 8 – 10 – 2001, promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência;

Decreto n. 7.388, de 9 – 12 – 2010, dispõe sobre a composição, competência e funcionamento do conselho nacional de combate à discriminação – CNCD; Constituição Federal, art. 4º, caput:

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I- prevalência dos direitos humanos”.

Decreto n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000 - Lei de acessibilidade, dispõe sobre formas para promover a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência;

Decreto n. 13.146, de 6 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo garantir a inclusão social e cidadania do grupo de pessoas portadoras de deficiência:

Art. 1º, Caput - É instituída a Lei Brasileira de inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Art. 3º, I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;

e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;

VI - adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;

VII - elemento de urbanização: quaisquer componentes de obras de urbanização, tais como os referentes a pavimentação, saneamento, encanamento para esgotos, distribuição de energia elétrica e de gás, iluminação pública, serviços de comunicação, abastecimento e distribuição de água, paisagismo e os que materializam as indicações do planejamento urbanístico;

IX - pessoa com mobilidade reduzida: aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso;

Para efeitos desse Estatuto, o Capítulo II trata da Igualdade e da Não Discriminação;

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.²⁸⁷

Essa lei supramencionada foi fundada, tendo como base de sua criação as regras pactuadas na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência de 2008 da ONU, que visa assegurar e promover os direitos das pessoas com deficiência, afim de garantir sua inclusão social e cidadania.

Ao decorrer de toda a história, as leis do ordenamento jurídico brasileiro foram se moldando de modo a se adaptarem as necessidades das pessoas deficientes da sociedade. O deficiente de modo geral adquiriu reconhecimento em razão da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Desta forma, conforme dita o artigo 10, Caput do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

“Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida”.

Pode-se extrair desse último artigo, que não se pode em hipótese alguma afastar o dever do Estado em cumprir com as suas obrigações, ele deve ter atuação positiva, visto que, tem o dever de fazer acontecer os direitos fundamentais da pessoa.

O Presidente da República Jânio da Silva Quadros, fundou em 26 de julho de 1961 o Decreto de lei 51.045/61, estabelecendo em seu inteiro teor O Dia Nacional Do Cego a ser comemorado na data 13 de dezembro; a fim de incentivar o princípio de solidariedade humana, firmado internacionalmente através do princípio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preserva o Direito fundamental de igualdade indistintamente sem quaisquer formas de discriminação e preconceito.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou sobre as leis de inclusão social e acessibilidade da pessoa portadora de deficiência e com mobilidade reduzida, viu-se o quanto a Declaração

²⁸⁷ Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/113146.htm>. Acesso em: 18 setembro 2020

Universal dos Direitos Humanos são importantes para assegurar e garantir os direitos dos indivíduos mais vulneráveis da sociedade, ficando claro que é através do Estatuto da Pessoa com Deficiência que se consegue e deve promover meios e condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando de fato à inclusão social e cidadania dos indivíduos.

Porém, nota-se a ineficiência da lei diante dos indivíduos, que possuem limitações visuais, ou seja, falta adaptação da lei nas vias públicas, para que os deficientes visuais possam exercer seu direito fundamental de autonomia, quais sejam, liberdade de ir e vir.

Para melhor entendimento, esse trabalho trouxe em primeiro momento o direito de ir e vir na Constituição Federal, a quem esse direito é direcionado, seguido de um contexto histórico para melhor entendimento. Todavia, abordou a preocupação da inclusão dos menos favorecidos da sociedade em razão das limitações físicas. Para todos os efeitos, foram criadas leis para dar seguridades a esses indivíduos, a fim de, reintegrá-los de forma ativa no ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo dessa iniciativa do Estado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a lei de Acessibilidade.

Sobretudo, a pesquisa científica em epígrafe buscou, principalmente, trazer de forma fundamentada na Constituição Federal os meios cabíveis para melhor amparar o deficiente de qualquer natureza, visando a isonomia dos indivíduos, a fim de promover meios e condições de igualdade para garantir direito as mesmas oportunidades aos indivíduos, sem quaisquer formas de discriminação e preconceito.

Com todo o exposto, embora o Estado tenha tomado iniciativa ao elaborar as leis que, visam assegurar e garantir os direitos dos deficientes visuais, ele ainda se mantém omissos em dar continuidade para adaptar as leis nas vias públicas do território nacional brasileiro.

Conclui-se então que, a lei que em sua teoria promove meios e condições de igualdade, e que reconhece os direitos da pessoa portadora de deficiência nada mais é do que uma mera lei simbólica, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é regulamentado, mas sem eficiência no âmbito jurídico, a lei está ali, mas não funciona.

REFERÊNCIAS

Brasil, Constituição da república federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, XV: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 setembro 2020.

Brasil, Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com

Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 18 setembro 2020.

Brasil, Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2000, Lei da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-10098-19-dezembro-2000-377651-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 18 setembro 2020.

FAGUNDES, Santos: <<https://undime.org.br/noticia/historico-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia#:~:text=O%20Estatuto%20da%20Pessoa%20com,leis%2C%20decretos%20e%20portarias%20voltadas>>. Acesso em: 12 setembro 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 18. ed.- Rio de Janeiro: Saraiva. 2014, p. 1067

NAVARRO, Juliana. Decreto nº 5.296, de 2004. <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/4259/1/2012_JulianaJobimNavarro.pdf>. Acesso em: 9 setembro 2020

Prefeitura de São Paulo, <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/pessoa_com_deficiencia/cadastro_inclusao/dados_censoibge/index.php>. Acesso em: 16 setembro 2020.

SANTO, Thalita Monte, Deficientes visuais encontram dificuldades de locomoção em áreas verdes do município. 32xsp, 02 janeiro 2017: <<https://32xsp.org.br/2017/02/02/deficientes-visuais-encontram-dificuldades-de-locomocao-em-areas-verdes-do-municipio/>>. Acesso em 9 setembro 2020

LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA ATIVIDADE DE PISCICULTURA ESTADO DO AMAZONAS: UM ESTUDO DE CASO DO SÍTIO DUAS IRMÃS

MAYSA ANDRADE DA CRUZ:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterana do Brasil /
ULBRA.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo verificar o licenciamento ambiental na atividade de piscicultura para o empreendedor como para o piscicultor e na regularização do sitio Duas irmãs. Apresenta-se a concepção e demonstrado os licenciamentos ambientais no ordenamento Brasil atual e aplicado o licenciamento ambiental a piscicultura no Estado do Amazonas, onde é um instrumento dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente que surgiu como maneira de controlar as atividades que tenha potencial nocivo ao meio ambiente a fim de possibilitar que o crescimento econômico e a proteção ambiental caminhem junto permitindo o desenvolvimento sustentável. É exposta a larga utilização de atos administrativos normativos regulamentadores (decretos, portarias, resoluções e deliberações) para a organização do licenciamento da atividade de piscicultura. Sua finalidade é atingir à melhoria de uma determinada situação e ao desenvolvimento e regularização da piscicultura.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação Ambiental, Lei n.º 3.802, de 29 de agosto de 2012, Conama 327/97.

ABSTRACT: This article aims to determine the environmental licensing in fish farming activity for the entrepreneur and for the farmer and the regularization of the site Two Sisters. It presents the design and demonstrated the environmental licensing in Brazil today planning and applied environmental licensing fish farming in the state of Amazonas, which is an instrument of the principles of the National Environmental Policy which emerged as a way to control the activities that have harmful potential the environment in order to enable economic growth and environmental protection walk along allowing sustainable development. It exposed the broad use of regulatory normative administrative acts (decrees, ordinances, resolutions and decisions) for the licensing of the organization's fish farming activity. Its purpose is to achieve the improvement of a given situation and the development and regulation of fish farming.

KEYWORDS: Environmental Legislação, Lei No. 3.802, of August 29, 2012, Conama 327/97.

1 INTRODUÇÃO

A piscicultura é uma atividade antrópica que requer o uso dos recursos naturais de água, solo, fauna e flora, portanto interfere no equilíbrio dos ecossistemas e pode causar desequilíbrios ambientais quando realizada de forma inadequada. Ao mesmo tempo, é fonte de renda dos pequenos produtores rurais e reflete na população da cidade, uma vez que o pescado é comercializado para servir na alimentação. Conhecer a piscicultura sob seus aspectos físicos, sociais e econômicos é importante atualmente, pois se trata de uma atividade em expansão, geradora de impactos ambientais, fonte de renda fixa ou eventual para os agricultores e, também, uma forma de qualificar nutricionalmente a alimentação da população.

O Estado Brasileiro por meio do Conselho Nacional do Meio Ambiente – (CONAMA), está dando um grande passo quando busca disciplinar o desenvolvimento da aquicultura conforme os padrões ambientais aceitáveis, sendo esta uma atividade que cresce a uma taxa de 22% ao ano e produziu, em 2004, 269.697,50 toneladas, incrementando 26,5% da produção brasileira de pescado. O Estado do Amazonas encontra-se totalmente inserido na maior bacia hidrográfica brasileira, a bacia amazônica. A produção pesqueira extrativista está estagnada entre 65.000 a 83.000 ton/ano (IBAMA e SEPA/SEPROR). A aquicultura amazonense produziu 10.000 toneladas em 2008, o que representa um incremento de 12% a 15% do pescado consumido no Estado. Vale destacar que a produção pesqueira nesse Estado, vem crescendo 25% ao ano contra 22% da aquicultura brasileira.

A aquicultura, como qualquer outra atividade produtiva, também causa impactos ambientais. Neste contexto, cabe ao CONAMA estabelecer diretrizes ambientais básicas que deverão ser obedecidas na implementação de todos os projetos de aquicultura no Brasil, tornando-o ambientalmente sustentável e economicamente viáveis, considerando que todos os estados da federação brasileira deverão ter os mesmos cuidados ambientais mínimos.

O presente artigo tem como objetivo verificar o licenciamento ambiental na atividade de piscicultura para o empreendedor como para o piscicultor e na regularização do sítio Duas irmãs. Apresenta-se a concepção e demonstrado os licenciamentos ambientais no ordenamento Brasil atual e aplicado o licenciamento ambiental a piscicultura no Estado do Amazonas.

2 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO ORDENAMENTO BRASIL

Na Europa, a ordenação do território evoluiu em termos cronológicos e espaciais de modos diferentes nos diversos países. França e Reino Unido, onde foram grandes impulsionadores nas questões de trabalhar o território e as suas atividades, desenvolveram diferentemente o conceito de ordenamento do território. Um avançava neste tema de ordenamento, em contrapartida o outro explorava o conceito de

planejamento. As origens desses temas foram separadas e distintas, no entanto, rapidamente vários autores começaram a conjugar estes dois conceitos necessários um ao outro para uma correta atuação no território (PARTIDÁRIO).

No ordenamento territorial implica falar de planejamento, pois estes dois conceitos complementam-se. Segundo Santos (2004), o planejamento é um processo contínuo que envolve a coleta, organização e análise sistematizada das informações, por meio de procedimentos e métodos, para chegar a decisões ou a escolhas acerca das melhores alternativas para o aproveitamento dos recursos disponíveis. Sua finalidade é atingir metas específicas no futuro, levando à melhoria de uma determinada situação e ao desenvolvimento das sociedades. Um importante papel do planejamento é, ainda, o de orientar os instrumentos metodológicos, administrativos, legislativos e de gestão para o desenvolvimento de atividades num determinado espaço e tempo, incentivando a participação institucional e dos cidadãos, induzindo a relações mais estritas entre sociedade e autoridades locais e regionais.

Segundo a Constituição Federal de 1988 (CF/88) do Brasil, a partir do artigo 170, parágrafo único, IV), assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, e estabelece como princípio de igual patamar, dentro da ordem econômica, a defesa do meio ambiente. Da interpretação do artigo constitucional mencionado e seus incisos pode-se concluir, então, que o desenvolvimento econômico deve estar conjugado ao uso racional dos recursos naturais, a fim de garantir o desenvolvimento sustentável.

O licenciamento ao decorrer dos anos tornou-se um processo mais longo e burocrático. Segundo diversos autores deveria ser objeto de algumas ações visando sua racionalização e eficácia. De acordo com Michellis (2009), algumas ações seriam extremamente produtivas para o equacionamento dos empreendimentos do Setor elétrico, ressaltando que podem ser aplicadas a outros tipos de empreendimentos como, por exemplo: a) implantação de procedimentos de integração entre os instrumentos de planejamento e gestão ambiental (Zoneamento Ecológico-Econômico, Planos de Bacia Hidrográfica, Avaliação Ambiental Estratégica Regional e Setorial, Planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (Estatuto das Cidades), Avaliação Ambiental Integrada de Bacia Hidrográfica) e sua vinculação com a tomada de decisão no processo de licenciamento ambiental; entre outras medidas.

O licenciamento ambiental é um instrumento de gestão pública instituída pela Lei 6938/81, o papel de —ordenador, devido à ausência de uma efetiva e integrada ordenação territorial. Entretanto, pela mesma Lei que instituiu o licenciamento, foi também instituído o zoneamento ambiental, sendo que este deveria desempenhar

efetivamente o papel de ordenador das questões ambientais no território.

No Brasil, o *zoneamento ambiental* é também conhecido como *Zoneamento Ecológico-Econômico* (ZEE). Ainda, de acordo com Benatti (2004), o zoneamento ambiental possui várias subdivisões cujos objetivos são os de proporcionar: a melhoria da qualidade de vida; o desenvolvimento socioeconômico equilibrado das regiões; uma gestão responsável dos recursos naturais; a proteção do meio ambiente e a participação das populações. Os planos de bacia, ZEE, em alguns estados e seus municípios possuem planos diretores, zoneamento industrial, etc. Todavia, estes padecem com a falta de integração e muitas vezes da própria implementação, não alcançando, inclusive, o nível de projeto. Então, o Planejamento territorial e de projetos consiste num processo no qual ainda se está em fase de aprendizado. Esta situação é agravada pela não implementação de todos os instrumentos previstos na Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), de Gerenciamento Costeiro, entre outras políticas de cunho ambiental e territorial, além da falta de integração entre os instrumentos já existentes.

A Resolução CONAMA 237/97 e a atual Instrução Normativa (IN) do IBAMA 184/08 versam que no procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga do uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

Conforme a Lei 9.433 em 1997, traz como instrumento o Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e os Planos de Bacia (PB), que implementam o planejamento territorial em regiões hidrográficas tomando como unidade de referência a bacia hidrográfica. Ao estabelecer a bacia hidrográfica como unidade de planejamento, a Política Nacional de Recursos Hídricos rompeu com o conceito de gestão ambiental aplicada à divisão político-administrativa, de acordo Magrini & Santos (2001).

Em 2000, após regulamentações anteriores que tratavam cada área protegida em normas específicas, estabelece-se o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) dividindo as áreas protegidas em Unidades de Conservação (UC) de acordo com as suas formas de uso (i.e., uso integral e de uso sustentável), a fim de ordenar o território e proteger o meio ambiente.

Em 2001, é promulgada a Lei 10.257, que aprova o Estatuto da Cidade e a Política Urbana. Este estatuto define os instrumentos da política urbana do país (art.4º), dentre eles o Plano Diretor como instrumentos de competência municipal. Cabe aqui destacar que o zoneamento ambiental também entra como um instrumento desta Lei, o que demonstra a variável ambiental permeando o planejamento urbano.

A parti da Constituição Federal de 1988 contemplar o ordenamento territorial em suas disposições (art. 21, inciso IX), o Brasil ainda não dispõe de um sistema nacional integrado que hierarquize e possibilite uma ação coordenada dos diferentes níveis de governo no território. Em seu lugar, há uma grande diversidade de planos, projetos, leis e instrumentos isolados de intervenção adotados ora pela União, ora pelos Estados e Municípios, frequentemente de forma conflitante. A integração do ordenamento territorial com o licenciamento pode-se citar uma resolução de licenciamento ambiental específico, no qual o ordenamento do território é utilizado como apoio, como exemplo: a Res. CONAMA 273/00, seu art. 4º, §2º versa que no processo de licenciamento deve ser considerado o potencial de produção ecologicamente sustentável do estuário ou da bacia hidrográfica, definida e limitada pelo Z.E.E.

3 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL APLICADO À PISCICULTURA NO AMAZONAS.

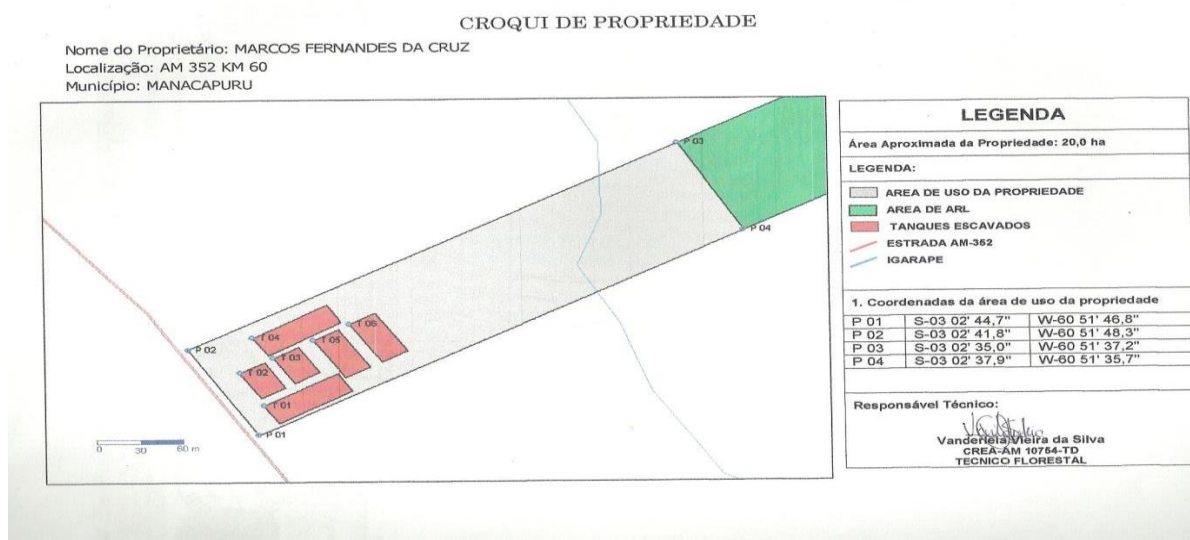


Figura 1 – Croqui da propriedade sitio duas irmãs.

3.1 A Legislação pertinente ao licenciamento ambiental estadual

No Estado do Amazonas, a política de preservação e controle da poluição, melhoria e recuperação do meio ambiente e da proteção aos recursos naturais, foi instituída conforme através da Lei Estadual n.º 1.532 de 06/07/82 e o Decreto Estadual n.º 10.028 de 04.02.87, regulamenta a Lei Estadual n.º 1.532/87, a qual dispõe sobre o sistema estadual de licenciamento de atividades com potencial de impacto no meio ambiente.

Conforme a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente instituiu, a partir de seu

Artigo 6º, o Sistema Nacional de Meio Ambiente — SISNAMA, o qual é constituído por Órgãos, distribuído hierarquicamente no sistema. No seu Item VI, são instituídos os Órgãos Seccionais: —Órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental. E, conforme o Artigo 10 fica estabelecido que o processo de licenciamento ambiental no Estado do Amazonas é de competência do Órgão Estadual de Meio Ambiente, que é o INSTITUTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO AMAZONAS-IPAAM.

Devido à necessidade de se efetuar o controle ambiental no Estado, baseado na Política Nacional de Meio Ambiente, o Governo do Amazonas instituiu em 1981, a política de preservação e controle da poluição, melhoria e recuperação do meio ambiente e da proteção aos recursos naturais, a partir da Lei no 1.532, que atualmente vem sendo gerenciada pelo IPAAM.

O Governo do Estado, através do IPAAM, licencia, fiscaliza e monitora os empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos naturais consideradas potencial ou efetivamente poluidoras, ou que ainda, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. As fases para o licenciamento ambiental na legalização das propriedades são feitas primeiramente no preenchimento do requerimento modelo Ipaam, cadastro de aquicultura, análise da documentação, vistoria ao empreendimento, expedição da licença e Fiscalização e monitoramento da área.

Os processos de licenciamento serão feitos de forma em análise preliminar do projeto (Licença Prévia –LP), dispondo de suficientes informações do projeto para a avaliação onde serão observadas as determinações legais. Na Licença de Instalação (LI), a análise dispõe-se de suficiente informação para a avaliação de (sim/não) para ser concedida a aprovação preliminar. Na análise da Licença de Operação (LO) o projeto tem que corresponder à documentação aprovada.

Modelo Ipaam dos requisitos legais para atividade de aquicultura

ATIVIDADE: AQUICULTURA
Viveiro escavado, tanque, reservatório e laboratório de reprodução induzida de organismos aquáticos
Código - 3601

DOCUMENTAÇÃO TÉCNICA PARA LICENÇA PRÉVIA

1. RB – Cadastro de Aquicultura, modelo IPAAM

DOCUMENTAÇÃO TÉCNICA PARA LICENÇA DE INSTALAÇÃO

2. RB – Cadastro Técnico Federal – CTF /IBAMA
3. RC – Plano de Monitoramento Ambiental – PMA, modelo IPAAM, para aquicultura desenvolvida em área alagada até 50,0 ha;
4. RC – Plano de Controle Ambiental – PCA, conforme Termo de Referência IPAAM, para aquicultura desenvolvida em área alagada até 250,0 ha;
5. RC – Estudo de Impacto Ambiental – EIA, conforme Termo de Referência IPAAM, para aquicultura desenvolvida em área alagada a acima de 250,0 ha;

DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA LICENÇA DE OPERAÇÃO

6. RB – Documentação administrativa

OBS: Havendo supressão vegetal para a instalação do empreendimento, solicitar Licença Ambiental Única-LAU, para supressão vegetal em conjunto com o licenciamento da atividade.

Legenda

RB - Requisito Básico (documento imprescindível para protocolar o requerimento, sua falta implicará na recusa do pedido)
RC – Requisito Complementar (documento que depende de análise técnica e poderá ser solicitado após a formalização do processo).

Notas

- Se o empreendedor ingressar diretamente com a Licença de Operação (L.O), tomando como parâmetro a fase do empreendimento, o mesmo terá que providenciar toda a documentação básica da Licença Prévia e Licença de Instalação.
- Arquivos digitais deverão ser entregues nas seguintes mídias: CD-R, CD-RW, DVD-R ou DVD-RW;
- O nome dos arquivos deverá conter no máximo 20 caracteres não poderá ter acento ou caracteres especiais (*, /, &, \$, #, @, %, \, |, etc...).
- Cada arquivo digital gravado deverá ter o tamanho máximo de 8Mb. Arquivos que ultrapassarem o limite estabelecido, deverão ser divididos de modo a respeitar os 8Mb por arquivo
- Os arquivos digitais deverão estar em uma das seguintes extensões: pdf, doc, png, xls, jpg, gif, dwg.
- Mapas, limites do imóvel, reserva legal e área de uso, bem como documentos similares, em formato vetorial digital somente serão aceitos na extensão **.shp** (shapefile), georeferenciados no Sistema de Coordenadas Geográficas (Latitude e Longitude em graus, minutos, segundos e décimo de segundos) e Datum SAD/69.
- Imagens de satélites e similares em formato digital somente serão aceitos na extensão **.img** (Imagem do ArcView) e GEOTIFF, georeferenciamento no Sistema de Coordenadas Geográficas (Latitude/Longitude) e Datum SAD/69.
- Outro(s) documento(s) poderá(ão) ser solicitado(s), de acordo com a especificidade / complexidade da atividade;
- Os documentos "modelo IPAAM" estão disponíveis no Site: www.ipaam.am.gov.br

Figura 02 – Requisitos legais para regularização de aquicultura.

4 CASO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO SÍTIO DUAS IRMÃS.

A regularização da licença ambiental do sítio Duas irmãs, é um procedimento que foi realizado pela pessoa física, senhor Marcos Fernandes da Cruz que iniciaram uma atividade no empreendimento que, sob qualquer forma, utilize recursos naturais. Sua licença ambiental foi o Cadastro de Aquicultura – Nº 158/11 pelo Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas-IPAAM, onde sua validade era de 2 (dois) anos, após sua expedição. No primeiro Licenciamento Ambiental a dificuldade para se regularizar com órgãos competentes foram bastante burocráticos, mas aprovação da **Lei n.º 3.802, de 29 de agosto de 2012 DISCIPLINA** a atividade de aquicultura no Estado do Amazonas e dá outras providências, que minimizou as dificuldades para regularização da L.A. O sítio foi contemplado com o projeto do Governo do Estado (IDAM) com mais 1(um) hectares de área inundada onde foram construídos, mas sete tanques escavados totalizando 15 (quinze) tanques na propriedade, fazendo assim 1,6247 há de lâmina d'água com um sistema semi intensivo.

Conforme a renovação L.A foi alterada (Cadastro de Aquicultura) – nº 099/14, seu prazo de validade é permanente para finalidade de piscicultura. Observando estas mudanças são conforme os artigos citados da Lei n.º 3.802, de 29 de agosto de 2012. A partir dos Art. 24. A atividade de aquicultura fica isenta de outras taxas estaduais vinculantes, Art. 27. O licenciamento ambiental de projetos comunitários de aquicultura será isento de suas respectivas taxas ambientais, Art. 28. A implantação de Projetos Aquícolas no Estado do Amazonas estará sujeita às seguintes exigências: I - até 5 (cinco) hectares será exigido somente o cadastro quando a implantação do empreendimento aquícola importar na supressão de floresta primária, na criação de grandes espécies carnívoras ou intervenção em sistemas hídricos naturais, será exigido também, Plano de Monitoramento Ambiental – PMA, II - acima de 05(cinco) a 50 (cinquenta) hectares exigirá-se o cadastro e Plano de Monitoramento Ambiental, III - acima de 50 (cinquenta) a 250 (duzentos e cinquenta) hectares além das exigências previstas no inciso II deste artigo, exigirá-se, também, Plano de Controle Ambiental – PCA, IV - acima de 250 (duzentos e cinquenta) hectares serão exigidos Estudos de Impactos Ambientais - EIA e Relatório de Impactos Ambientais - RIA.

A propriedade possui uma área de 20 hectares, limita-se pela frente com a Estrada de Novo Airão AM 352, Km 42, com as Coordenadas 03° 02'39,711 S 60° 51'42,611, Lado Direito com terras pertencentes ao senhor Delmo, Lado esquerdo com terras pertencentes à senhora Celina e com terras do fundo Patrimônio Estadual.

A principal atividade desenvolvida na propriedade era a criação de gado, agricultura familiar e criação de aves, porém com avanços tecnológicos voltados para o campo da aquicultura, como por exemplo, o desenvolvimento de rações balanceadas e extrusadas, a produção de alevinos em laboratório e as novas técnicas de processamento de pescado, além da topografia do terreno que favorecia a construção de tanques e futuramente canal de igarapé levaram o proprietário a investir na piscicultura.

4.1 Áreas cultivo

A propriedade localiza-se em uma área privilegiada, com pouco aclave, sendo uma parte de seu perímetro destinado à formação de agricultura familiar e criação de animais de pequeno porte para fins de subsistência. Devido a esta característica, e aproveitando áreas pontuais com pouca declividade que formam pequenas nascentes d'água. Foi inicialmente selecionada uma bateria de 07 (sete) tanques escavados e 01 tanque destinado a berçário.

A escolha das áreas de cultivo se fez em função de diversos fatores como localização está próximo aos mercados consumidores, fácil acesso às áreas de cultivos, topografia da área favorável e mais uma renda familiar.

4.2 As espécies a serem cultivadas

As espécies de peixes a serem cultivados com manejo, no decorrer das necessidades advindas das demandas do mercado consumidor. Atualmente, pretende-se implantar a criação de tambaqui (*C. macropomum*) tendo em vista que as cadeias produtivas destas espécies estão bem estabelecidas. Om caráter futuro, não se descarta o cultivo do pirarucu (*Arapaima gigas*), matrixã (*B. amazonicum*), surubim (*Pseudoplatytoma sp.*) e outras espécies de interesse do mercado consumidor, desde que as exigências técnicas e legais pertinentes a cada espécies sejam atendidas.

4.3 Sistemas de produção

As atividades do projeto serão conduzidas dentro de padrões tecnológicos, inclusive com a utilização de aeradores para aumentar a concentração de oxigênio na água. O sistema de produção preconizado encontra-se perfeitamente adaptados às peculiaridades regionais, atentando-se também para inovações técnicas que podem surgir ao longo do período de implantação. A espécie tambaqui no sistema semi-intensivo com uma densidade 5.000 peixes/há e seu tempo de cultivo de 12 meses, peso inicial 50g, produtividade Média: 9,0 tn/há, mortalidade: 10%, alimentação: Ração contendo 32% e 28% P.B, arraçoamento: 5 a 1% da biomassa – 3 e 2 vezes/dia, conversão Alimentar: 1,8, preço de comercialização (R\$/Kg): 6,00.

5 LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS E LICENÇAS AMBIENTAIS

A Constituição Federal brasileira, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Dentre as obrigações de proteger e resguardar o meio ambiente, concernentes ao Poder Público, é cabível enquadrar o licenciamento ambiental, visto que este é um instrumento de gestão da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Nº 6.938/81).

As principais diretrizes para a execução do licenciamento ambiental estão expressas na Lei 6.938/81 e nas Resoluções CONAMA nº 001/86 e nº 237/97. Segundo Machado (2001, p. 102)

O Licenciamento ambiental é diferente dos licenciamentos tradicionais, pois possui um caráter complexo, formado por várias etapas, nas quais intervêm vários agentes públicos. Essas várias etapas compõem o procedimento administrativo, o qual visa a concessão de licença ambiental.

Milaré (2009, p. 420), o licenciamento ambiental constitui importante

instrumento de gestão do ambiente, por entender, que a partir dele, a —Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.

Antunes (2004, p. 137) diz o que licenciamento ambiental é o mais importante dentre todos os mecanismos de controle das atividades econômicas potencialmente degradadoras do meio ambiente. É o que afirma Milaré (2009, p. 406) ao dizer que, por meio do licenciamento ambiental a Administração Pública exerce o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições do meio ambiente.

Para Fink (2000, p. 76), o procedimento de licenciamento ambiental, como serviço público, é

A atividade exercida pelo Poder Público, como vistas a satisfazer às necessidades dos administradores, seja na qualidade de usuários interessados na exploração de determinada atividade, seja na qualidade de interessados na preservação dos recursos naturais.

A Resolução CONAMA nº237 de 19 de novembro de 1997 define o licenciamento como:

Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (Art. 1º CONAMA 237/97)

A obtenção do Licenciamento Ambiental é obrigatória para a localização, instalação, ampliação e operação de qualquer atividade objeto dos procedimentos de licenciamento ambiental. Portanto, sua obtenção é um meio de controle preventivo, cujo principal sentido é a prevenção do dano ambiental (GODOY, 2005).

Quanto à licença ambiental, a referida resolução definiu, no artigo 1º como:

Ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar,

instalar, ampliar e operar empreendimento ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. (CONAMA Nº237/97).

A Licença Ambiental é um documento emitido pelo órgão licenciador, com prazo de validade definido, que autoriza o empreendedor a exercer a atividade e poderá ser cassada, caso não haja o cumprimento das condicionantes. A Licença Ambiental é um documento emitido pelo órgão licenciador, com prazo de validade definido, que autoriza o empreendedor a exercer a atividade e poderá ser cassada, caso não haja o cumprimento das condicionantes (FARIAS, 2006). Para Sirvinskas (2003, p. 80), licença ambiental — é a outorga concedida pelo Poder Público a quem pretende exercer uma atividade potencialmente nociva ao meio ambiente. Para Sirvinskas (2003, p. 80), licença ambiental — é a outorga concedida pelo Poder Público a quem pretende exercer uma atividade potencialmente nociva ao meio ambiente.

Quanto às licenças ambientais, estão especificadas no CONAMA 327/97 Art. 8º, onde o Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação. Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou

sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

A licença ambiental é a última fase do procedimento, constituindo o real objetivo daquele que se submete ao procedimento de licenciamento ambiental de algum empreendimento, seja este da esfera pública ou particular (CAVALCANTE, 2008).

Deve-se ressaltar que o licenciamento ambiental, apesar de estar dividido em três fases distintas, não deve ser feito isolando-se as mesmas, necessário se faz um estudo comum, uma abordagem única e completa de toda a obra a ser licenciada, analisando-a como um todo. Machado (2002) enfatiza ainda que a interpretação de que o Licenciamento ambiental deve abranger a obra como um todo, não devendo ser fragmentado, decorre da lógica do próprio licenciamento. O licenciamento só existe porque a atividade ou a obra podem oferecer potencial ou efetiva degradação ao meio ambiente.

5.1 Piscicultura e o licenciamento ambiental

A produção pesqueira do Brasil em 2008 foi de 1.156,4 mil toneladas, sendo a aquicultura responsável por 365,3 mil toneladas, o que rendeu ao país apenas a 16a colocação no ranking mundial. A maior contribuição na produção aquícola nacional é dada pelo cultivo de peixes de água doce com cerca de 282 mil toneladas, com destaque para tilápias e carpas.

Apesar dos potenciais benefícios proporcionados pela criação de peixes, como produção de alimento e geração de ocupação, emprego e renda. A piscicultura é considerada uma atividade potencialmente poluidora do meio ambiente, o que obriga o empreendedor a submeter o projeto a ser desenvolvido ao licenciamento ambiental.

Para tanto, a urgência de se criar um documento legal para normatizar e estabelecer medidas ambientais a ser respeitado na criação de novos empreendimentos, O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) Resolução Nº 413 de 26 de junho de 2009, que vem enfatizar os procedimentos estabelecidos e, que se aplicam, em qualquer nível de competência, ao licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos de aquicultura, ou seja, valem também para Estados, Municípios e Distrito Federal.

De acordo com a cartilha emitida pelo SEBRAE (2010) sobre a aquicultura no Brasil, e mais especificamente relatando sobre a importância da Resolução CONAMA 413/09 a promulgação dessa medida teve o seguinte papel:

A Resolução CONAMA nº 413/2009 inovou ao agrupar os conceitos de espécies alóctones ou exóticas e de nativas ou

autóctones. Na prática foram observados os possíveis e mais comuns efeitos ambientais decorrentes da introdução de espécies, e concluiu-se que os antigos conceitos de nativa e exótica, que faziam referência àquelas que ocorriam dentro e fora das fronteiras nacionais, respectivamente, não davam conta das precauções ambientais necessárias (SEBRAE, 2010, p. 23).

A regularização ou legalização dos empreendimentos da piscicultura é uma ferramenta importante para o direcionamento da atividade, pois visa à viabilidade econômica com sustentabilidade ambiental evitando conflitos no uso de recursos hídricos e promovendo o desenvolvimento regional (AYROZA et al, 2008).

Contudo, o que se percebe ainda, é que produtores exercem a atividade de forma irregular, devido: ao desconhecimento de como proceder para legalização dos seus projetos; ao próprio processo de legalização, considerado burocrático e lento; e por não perceberem claramente, o real alcance das suas ações sobre o meio ambiente (DELL'ORTO e RODRIGUES, 2009).

Dessa maneira, vale destacar aqui alguns pontos importantes da Resolução CONAMA 413/09, o primeiro deles diz respeito ao tamanho do empreendimento, estabelecido do Art. 3º que enfatiza. Para efeito desta Resolução são adotados os seguintes conceitos:

VIII - Porte do empreendimento aquícola: classificação dos projetos de aquicultura utilizando como critério a área ou volume efetivamente ocupado pelo empreendimento, com definição de classes correspondentes a pequeno, médio e grande porte;

No Art. 4º sobre o porte dos empreendimentos aquícolas será definido de acordo com a sua área ou volume, para cada atividade, conforme tabela 1.

Tabela 1- Porte do empreendimento aquícola

Atividade

		Carcinicultura de água doce e Piscicultura em viveiros escavados Área (ha)	Carcinicultura de água doce e Piscicultura em tanque-rede ou tanque-revestido Volume (m ³)	Ranicultura Área (m ²)	Malacocultura Área (ha)	Algicultura Área (ha)
Porte	Pequeno (P)	< 5	< 1.000	< 400	< 5	< 10
	Pequeno (P)	5 a 50	1.000 a 5.000	400 a 1.200	5 a 30	10 a 40
	Grande (G)	> 50	> 5.000	> 1.200	> 30	> 40

Fonte: Resolução CONAMA 413/09, anexo I

Quanto ao potencial de severidade o Art. 5º fixa que as espécies utilizadas pelo empreendimento serão definidas conforme a relação entre a espécie comercializada e o tipo de sistema de cultivo adotado pelo empreendimento, observando os critérios estabelecidos na tabela 2 dessa resolução.

Tabela 2 - Potencial de severidade das espécies

		Característica ecológica espécie Autóctone			
		Autóctone ou nativa		Alóctone ou exótica	
Sistema de cultivo	Extensivo	B	B	M	M
	SemiIntensivo	B	M	M	A
	Intensivo	M	M	A	A

Fonte: Resolução CONAMA 413/09, anexo I

Para a definição de procedimentos de licenciamento ambiental o Art. 6º estabelece que os empreendimentos de aquicultura sejam enquadrados em uma das nove classes definidas no Anexo I da Resolução, conforme a relação entre o porte do empreendimento aquícola e o potencial de severidade da espécie utilizada no empreendimento.

Tabela 3 - Potencial de impacto ambiental

Potencial de severidade da espécie					
		Baixo (B)	Médio (M)	Alto (A)	
Porte	Pequeno (P)	PB	PM		PA
	Médio (M)	MB	MM		MA
	Grande (G)	GB	GM		GA

Fonte: Resolução CONAMA 413/09, anexo I

PB=pequeno porte com baixo potencial de severidade da espécie;

PM=pequeno porte com médio potencial de severidade da espécie;

PA=pequeno porte com alto potencial de severidade da espécie;

MB=médio porte com baixo potencial de severidade da espécie;

MM=médio porte com médio potencial de severidade da espécie;

MA=médio porte com alto potencial de severidade da espécie;

GB=grande porte com baixo potencial de severidade da espécie;

GM=grande porte com médio potencial de severidade da espécie;

GA=grande porte com alto potencial de severidade da espécie.

A Resolução CONAMA 413/09 no Art. 7º, trata da possibilidade dos empreendimentos de pequeno porte serem dispensados do licenciamento, a critério do órgão licenciador, mediante cadastro no órgão.

A Resolução CONAMA 413/09 no Art. 7º, trata da possibilidade dos empreendimentos de pequeno porte serem dispensados do licenciamento, a critério do órgão licenciador, mediante cadastro no órgão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O licenciamento ambiental na atividade de piscicultura para o empreendedor como

para o piscicultor.

Apresenta-se a concepção e demonstrado os licenciamentos ambientais no ordenamento Brasil atual e aplicado o licenciamento ambiental a piscicultura no Estado do Amazonas, onde é um instrumento dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente que surgiu como maneira de controlar as atividades que tenha potencial nocivo ao meio ambiente a fim de possibilitar que o crescimento econômico e a proteção ambiental caminhem junto permitindo o desenvolvimento sustentável. Sua finalidade é atingir à melhoria de uma determinada situação e ao desenvolvimento e regularização da piscicultura.

A Constituição Federal brasileira, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Dentre as obrigações de proteger e resguardar o meio ambiente, concernentes ao Poder Público, é cabível enquadrar o licenciamento ambiental, visto que este é um instrumento de gestão da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Nº 6.938/81).

Portanto, os empreendimentos em operação que não possuem licença ambiental deverão regularizar sua situação em consonância com o órgão ambiental licenciador. A regularização da situação se fará mediante a obtenção da Licença de Operação – LO, licença única (para procedimentos simplificados) ou apenas com o cadastramento, para os casos em que é possível a dispensa da licença. A Resolução CONAMA 413/09 no Art. 7º, trata da possibilidade dos empreendimentos de pequeno porte serem dispensados do licenciamento, a critério do órgão licenciador, mediante cadastro no órgão. Com aprovação da Lei n.º 3.802, de 29 de agosto de 2012. DISCIPLINA a atividade de aquicultura no Estado do Amazonas e dá outras providências, onde se trata da possibilidade dos empreendimentos de pequenos portes serem dispensados do licenciamento ambiental conforme o Art. 28. A implantação de Projetos Aquícolas no Estado do Amazonas estará sujeito em até 5 (cinco) hectares será exigido somente o cadastro ambiental.

Conclui-se que este cadastro ambiental foi um instrumento que visa melhorar para o empreendedor como para o piscicultor e na regularização das pisciculturas no Estado do Amazonas.

7 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AYROZA, D.M.M.R.; FURLANETO, F.P.B.; AYROZA, L.M.S. **Regularização dos projetos de tanques-rede em águas públicas continentais de domínio da união no Estado de São Paulo**. Boletim Técnico do Instituto de Pesca, São Paulo, v.36, 2006.

BENATTI, J. H. (2004). **Ordenamento territorial e proteção ambiental: aspectos legais e constitucionais do zoneamento ecológico econômico. Meio Ambiente** (Grandes eventos). Brasília: ESMPU, v. 1, p. 273-286.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 9. Ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1988.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. **acesso em 13/10/2020.**

BRASIL. MINISTÉRIO DA PESCA E AQUICULTURA – **MPAa. Boletim Estatístico da Pesca e Aquicultura**. Brasil 2008-2009. Brasília/DF. 2010. 99p.

Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre o licenciamento ambiental. <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797>. **Acesso em: 17/10/2020.**

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 413**, de 26 de junho de 2009. Dispõe sobre o licenciamento ambiental da aqüicultura.<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=608>. **Acesso em 18/10/2020.**

CAVALCANTE, J. L. S. **Licenciamento Ambiental nos estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte: aplicabilidade da Resolução CONAMA nº 237/97**. Dissertação de Mestrado. João Pessoa-PB, 2008.

Decreto Estadual nº 10.028 de 04/02/87 que regulamenta a Lei nº 1.532 de 06/07/82 que dispõe sobre o sistema Estadual de licenciamento de atividades de impactos ao meio ambiente. [http:// faolex.fao.org/docs/pdf/bra2582](http://faolex.fao.org/docs/pdf/bra2582). **Acesso em: 15/10/2020.**

DELLORTO, M. S. M; RODRIGUES, M. S. M. **Licença ambiental de projetos de piscicultura em águas de domínio da união no estado da Bahia**. Salvador: Sebrae Bahia, 2009.

FARIAS, Talden Queiroz. **Aspectos gerais da política nacional do meio ambiente – comentários sobre a Lei nº 6.938/81**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 35, 01/12/2006. **Disponível em:** Acesso em 20/06/2020.

FINK, D. R. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.76.

GODOY, A. V. **A eficácia do licenciamento ambiental como um instrumento público de gestão do meio ambiente**. Brasília: OAB Editora, 2005. p. 25.<http://www.mma.gov.br/port/conama/index.cfm>. **Acesso em: 21.10.2020.**

LEI Nº 10.257 DE 10 DE JULHO DE 2001. Regulamenta os arts. 183 e 183 da CF estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. [http: www.camara.gov.br/sileg/integras/463822](http://www.camara.gov.br/sileg/integras/463822). Acesso em: 26/10/2020.

LEI Nº. 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Coletânea de Legislação Ambiental e Constituição Federal. RT - mini códigos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2002.p. 102.

MAGRINI, A. & SANTOS, M. A. —O Modelo Brasileiro de Gerenciamento de Recursos Hídricos." *In: MAGRINI, A. & SANTOS, M. A. (Org.). Gestão Ambiental de Bacias Hidrográficas*, Rio de Janeiro, p. 101 -113. 2001.

MICHELLIS, D. Jr. (2009). *Querer não é poder: como "descarbonizar" a matriz elétrica Brasileira. Para uma matriz elétrica sustentável, não basta boa vontade, ideologia ecológica ou visão ambiental estratégica.*

AMDA- Associação Mineira de Defesa do 19 Ambiente. Disponível em: <<http://www.amda.org.br/base/artigos>>. Acesso em: 15 Out. 2020.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente: a gestão em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PARTIDÁRIO, M. do R. (s.d.). **Estado da arte sobre o ordenamento do território.** Disponível em: <panda.igeo.pt/beot/html/indicadores/estado_arte_ot.pdf>. Acesso em: 14 de Out. 2020.

RESOLUÇÃO CONAMA 273, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2000. Estabelece diretrizes para o licenciamento ambiental de postos de combustíveis e serviços e dispõe sobre a prevenção e controle da poluição. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res00/res27300.html> >. Acesso em: 15 Out. 2020.

SANTOS, R. F. dos. (2004). **Planejamento Ambiental: teoria e prática.** São Paulo: Oficina dos Textos. 1ª reimpressão 2007. 184p.

SEBRAE. **Licenciamento ambiental da aquicultura: critérios e procedimentos.** Brasília: MPA/SEBRAE/ABEMA, 2010.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental.**6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. [http: www.ipaam.am.gov.br/](http://www.ipaam.am.gov.br/). Acesso 03.11.2020.