

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1155

(Ano XV)

(17/06/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1155



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1155, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 599. *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Apenas comentários óbvios sobre responsabilidade objetiva e liame subjetivo

Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

O ativismo judicial e a judicialização da política frente à jurisdição constitucional

Rita de Cássia Carvalho Tenório, 12.

Licenciamento ambiental: uma análise do procedimento e seus entraves burocráticos.

Vinícius Henrique Nunes Paiva e Pedro Luiz Pereira Rosas, 32.

A ortotanásia: a regulamentação no código brasileiro

Alexandra Martins Bento Artur e Júlia Sabatellau, 57.

A Defensoria Pública como ponte para concretizar direitos e prevenir/reduzir a galopante violência que atualmente acomete a população idosa mais vulnerável (Um breve ensaio à luz do projeto defensorial “Lares de Idosos: Espaços para Diretos, Dignidade e Solidariedade”)

Ricardo Figueiredo Giori, 81.

O dano moral na relação de consumo com empresas de telefonia

João Vitor Dutra, 92.

Aposentadoria especial: consequências da emenda constitucional 103/2019

Fernando Amaro Marcelino, 129.

Previsão cautelar de imposição do divórcio para cessar a procrastinação do outro cônjuge

Eduardo Paixão Caetano e Maria Maida, 148.

A curatela x tomada de decisão apoiada em face do ordenamento jurídico pátrio: uma visão a partir da Lei nº 13.146/2015

Diego Augusto Silva de Carvalho, 163

A alteração do sexo e nome da pessoa transgênero: Transgênero pode alterar prenome e sexo no registro civil sem fazer a cirurgia de transgenitalização?

Francinara Maria Pereira, 184.

Aplicações do princípio da insignificância

Edy Wilson do Prado Pinto, 198.

Lei 14.133/2021: alterações no regime jurídico no tocante as modalidades de licitações

Afonso Luis Pessutto de Souza, 214.

E-sports e suas disputas na esfera jurídica

Diones César da Silva, 225.

Responsabilidade civil dos agentes de tratamento no caso de vazamento de dados pessoais

Caio Matheus Cintra Moreira, 237.

Julgamento por salto de instância e celeridade processual: Artigo 1013 § 3º do Código de Processo Civil

Gabriela Ferreira Alves da Silva Vilaça, 263.

Função social das serventias extrajudiciais no país.

Victoria Lima de Camargo, 330.

Lei Maria Da Penha

Ana Cristina Vieira, 339.

(In)compatibilidade entre guarda compartilhada e violência doméstica? A visão do Superior Tribunal de Justiça

Lúisa Cassula Piasentini, 348.

As provas ilícitas no processo penal brasileiro: uma análise crítica à sua admissibilidade e efeitos

Ednaldo Caldeira da Silva Santos, 389.

Violência animal e interpessoal: Teoria do Elo – Conexão entre a crueldade animal e a violência interpessoal

Maria Clara Andrade Guerra, 404.

Reconhecimento pessoal e fotográfico: falhas decorrentes de irregularidades em sede inquisitorial

Rafaela Silva do Carmo, 415.

Inovações da Lei 14.562/2023 e as figuras típicas equiparados do art. 311, §2º do CPB

Marcelo Henrique Cordeiro Queiroz, 428.

Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e a indispensabilidade de atuação do Poder Judiciário

Gabriela Ferreira Alves da Silva Vilaça, 438.

O verdadeiro responsável pelo erro em cirurgia plástica

Guilherme de Souza Barbosa, 481.

Aplicabilidade dos direitos humanos no processo de execução penal

Marcos Guilherme de Carvalho Muniz, 493.

Violência psicológica contra a mulher, à luz da Lei Maria da Penha - consequências de um relacionamento abusivo

Marcela de Souza Brito, 502.

Coisa julgada em matéria tributária

Paulo Heurison Ximenes de Aquino Guedes e Lucas Nunes do Vale Queiroz, 519.

A contribuição dos filósofos da antiguidade na educação e didática do ensino superior na atualidade e a deficiência da continuidade no processo de construção da metodologia didática da docência do ensino superior

Alessandra Cristina Santana Picanço Lima, 534.

A Judicialização do direito à Saúde e os operadores do direito, seus papéis e limites no âmbito do normativo e prático

Noah Reis Piacenti, 542.

Redução da maioria penal

Bruno Henrique Duran, 553.

Importância da implementação do criminal compliance para diminuição de riscos nas empresas brasileiras

Jefferson dos Santos Ribeiro, 574.

União estável putativa e o desamparo do companheiro de boa-fé

Heitor Flores de Souza Neves, 586.

Publicidade enganosa e abusiva na defesa do consumidor

Gabriel Rodrigues Vermelho, 592.

APENAS COMENTÁRIOS ÓBVIOS SOBRE RESPONSABILIDADE OBJETIVA E LIAME SUBJETIVO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – Graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios¹.

Infelizmente neste país tem sido necessário chamar a atenção para obviedades e notoriedades, especialmente na área jurídica.

Surge agora a notícia de que a Polícia Federal indiciou por homicídio qualificado e ocultação de cadáver membros da Presidência da FUNAI, imputando-lhes condutas omissivas (comissivas por omissão) e dolo eventual, porque, cientes dos altos índices de violência na área das mortes de Bruno Pereira e Dom Phillips, nada teriam feito para prevenir infrações penais como esta ou mesmo outras.²

Seria possível enveredar por questionamentos acerca de que espécie de desvio do intelecto jurídico e até mesmo político, cultural e social estaria ocasionando essas espécies de atitudes; seria possível trazer à colação citações doutrinárias e jurisprudenciais, demonstrando a absurdidade de uma imputação como a acima exposta e escrever linhas e mais linhas, páginas e mais páginas. Mas, este será um comentário breve e sem maiores aprofundamentos, apenas indicando os vícios óbvios do ato praticado, mesmo porque há que aprender que certas atitudes, afirmações, teorizações somente merecem a resposta proporcional à sua inanidade. Vamos então numerar os pontos e indicar a insustentável leviandade da decisão tomada sabe-se lá baseada em que ilações ou construções:

1) Não foram membros da Presidência da FUNAI à época que mataram as vítimas, foram terceiros já bem determinados, os quais não tinham nenhuma ligação com os

1 E-mail: cabette@uol.com.br

2 BRIDI, Sônia. PF indicia ex - Presidente da FUNAI por homicídio e ocultação de cadáver no caso do assassinato de Bruno Pereira e Dom Phillips. Disponível em <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2023/05/19/pf-indicia-ex-presidente-da-funai-por-omissao-no-caso-do-assassinato-de-bruno-pereira-e-dom-phillips.ghtml>, acesso em 20.05.2023.

primeiros mencionados. Então, já se vê que estamos diante de *uma responsabilidade por conduta de outrem*, o que configura “*Responsabilidade Penal Objetiva*” já expurgada do Direito Penal Moderno há tempos.

2) Não é possível, seja adotando a teoria que for a respeito do tema, atribuir “relação de causalidade” à conduta dos ora indiciados em relação aos crimes cometidos. Pretender fazer isso já é problemático quando se trata de atribuir causalidade a uma omissão. Mas é muito mais problemático porque no caso concreto resultaria no chamado “*regressus ad infinitum*” que tem sido exatamente o que se pretende, desde os primórdios do Direito Penal moderno, evitar com as várias teorias da causalidade. Não é possível responsabilizar criminalmente todos os que contribuem para o resultado, a não ser que se pretenda atribuir responsabilidade penal à mãe do assassino porque o gerou ou coisas absurdas exatamente como esse indiciamento de membros da Presidência da FUNAI por conduta de terceiros. Por que também não foi levado a efeito o indiciamento dos fabricantes das armas utilizadas na empreitada, das pás utilizadas para enterrar e ocultar os corpos e assim por diante até chegar a Adão e Eva? Por que o Governador do Estado e o Secretário da Segurança Pública não foram indiciados? E até mesmo por que a superintendência da própria Polícia Federal não foi indiciada? Afinal é impossível imaginar que denúncias sobre violências na região só tenham chegado à FUNAI. Por que, em geral, sempre que ocorre um crime, não são indiciadas todas as pessoas responsáveis pela Segurança Pública, especialmente em Estados em que a Polícia é sucateada? Vamos passar a fazer o seguinte: o Delegado da área se autoindicia e remete cópias para abertura de IPM contra o Comandante da Polícia Militar da Região. Também manda cópias para o Tribunal de Justiça respectivo para apuração de responsabilidade do Governador e Secretário de Segurança. Na área federal o mesmo procedimento “*mutatis mutandis*”. Por que não passamos então a proceder desse modo?

3) A única forma de pretender responsabilizar os membros da Presidência da FUNAI, já que evidentemente não perpetraram atos de matar, seria por *participação* omissiva nos homicídios e ocultação de cadáveres, ou seja, por meio do instituto do “*Concurso de Agentes*”, como “*partícipes*”. Mas, um dos requisitos básicos, sem o qual não há como sustentar concurso de agentes, é o chamado “*liame subjetivo*”. Deve existir um *vínculo psicológico* aproximando ou unindo os autores ou partícipes para a execução de uma mesma infração penal. Isso é notoriamente impossível de se vislumbrar entre os autores dos homicídios e ocultação de cadáveres e os membros da Presidência da FUNAI na época dos fatos, mesmo porque não se conheciam ou tiveram qualquer espécie de contato.

4) A imputação de “*dolo eventual*” necessita que o infrator tenha conhecimento direto da situação de perigo e assumo o risco da ocorrência de resultado determinado e não um resultado genérico. Por exemplo, um sujeito dirige um carro a 250 km /h em via

pública urbana na saída de uma escola primária. É crível que pudesse prever um atropelamento com morte e resposta, em caso de efetiva ocorrência, por dolo eventual de homicídio e não simples homicídio culposo. No entanto, não é possível pensar que um Policial, por exemplo, ao faltar em seu plantão para ir a um jogo de futebol, seja responsabilizado por dolo eventual devido a um homicídio praticado no período de seu serviço, porque poderia prever genericamente que um homicídio poderia ocorrer e que talvez ele não estivesse ali para impedir já que faltou ao plantão. A conduta do policial pode ser reprovável sob o prisma administrativo, mas a responsabilização por homicídio é impossível. O dolo eventual pressupõe conhecimento amplo de tudo quanto ocorreu, o que não acontece com o nosso exemplo e muito menos com os membros da Presidência da FUNAI.

Diante dessas situações e outras similares, resta-nos somente um lamento muito bem descrito no pequeno poema de Antonio Machado, a expressar nosso sentimento de isolamento racional em um mundo de irracionalidade:

Que difícil é

Quando tudo decai

Não decair também!³

³ MACHADO, Antonio. Qué Difícil es... Disponível em <https://www.poetasandaluces.com/poema/179/>, acesso em 20.05.2023. A tradução é livre. No original: "Qué difícil es/ cuando todo baja/no bajar también!"

O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA FRENTE À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

RITA DE CÁSSIA CARVALHO TENÓRIO:

Delegada de Polícia Civil do Estado do Amazonas.
Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL. Mestranda em Função Social do Direito - FADISP4

RESUMO: Apesar de o ativismo judicial estar sendo debatido no mundo jurídico há mais de uma década, recentemente a temática ganhou uma nova conotação ao se popularizar no seio social, de forma equivocada e por meio de uma confusão semântica, de forma que o povo passou a confundir decisões judiciais contramajoritárias com decisões ativistas. Essa prática famigerada de financiamento da desinformação vem acarretando um notório desgaste do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, a quem compete decidir questões de maior complexidade, de forma que guarneça e faça prevalecer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Contramajoritárias; Direitos Fundamentais.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE JUDICIALIZATION OF POLICY AGAINST THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

ABSTRACT: Although judicial activism has been debated in the legal world for more than a decade, the theme has recently gained a new connotation when it was mistakenly popularized in society, through a semantic confusion, so that people began to confuse decisions. countermajoritarian judicial decisions with activist decisions. This infamous practice of financing disinformation has been causing a notorious erosion of the Judiciary, especially the Federal Supreme Court, which is responsible for deciding issues of the highest complexity, in a way that guarantees and enforces the fundamental rights provided for in the Federal Constitution.

Keywords: Judicial Activism; countermajoritarian; Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Não obstante o fenômeno ativismo judicial atualmente seja difundido mundialmente, foi no território estadunidense que o historiador Arthur Schlesinger, influenciado pelo cenário econômico da época, publicou o artigo *The Supreme Court: 1947*, na Revista Fortune, relatando a atuação ativista da Suprema Corte dos Estados Unidos da

4 E-mail: rita.tenorio83@gmail.com

América frente às medidas político-econômicas do, na época Presidente Americano Roosevelt, ao declarar inconstitucionais as leis que favoreciam pacotes de medidas econômicas do governo.

Embora o termo tenha surgido apenas em 1947, a Corte Americana já apresentava uma postura ativista, tendo como emblemático o caso *Marburyv. Madison*, em que a Corte, liderada pelo Juiz Jonh Marshal, mesmo não amparado pela Constituição Americana, exerceu controle difuso de constitucionalidade.

No Brasil, o termo ativismo judicial ainda é embrionário, carente de uma conceituação firme, rígida, impeditiva das mais diversas interpretações. Isso porque atualmente inexistente liame delimitador entre ativismo judicial e judicialização da política, considerando-se ativista toda e qualquer decisão que, aos olhos dos desinformados, ultrapasse a esfera dos demais poderes, olvidando-se dos direitos fundamentais previstos e garantidos pela Constituição Federal.

A complexidade do conteúdo é incalculável, decerto quando se trata de temática abstraída e importada de um sistema jurídico diverso do brasileiro, que historicamente influenciado pelo sistema romano-germânico da Civil Law, em que adota a lei como principal fonte do direito, envereda de forma a se aproximar, cada vez mais, do sistema anglo-saxônico do Common Low, sistema que enaltece a jurisprudência através dos usos e costumes, secundarizando a lei positivada.

Após a segunda guerra mundial, período catastrófico e avassalador dos direitos humanos, comprovou-se a ineficácia do direito positivo, surgindo a corrente pós-positivista, de forma que houve uma reaproximação entre o direito, moral e ética, reconhecendo os princípios como normas jurídicas dotadas de normatividade, além das regras jurídicas, tudo em busca de decisões mais justas. Sob esse novo prisma, após longos anos de uma política autoritária, em 1988 surge uma nova Constituição, denominada Constituição Cidadã. Dotada de força normativa, firma o Poder Judiciário como protagonista da jurisdição constitucional de forma que possa concretizar os mais diversos direitos e garantias fundamentais nela previstos, sejam eles direitos sociais, individuais, políticos, dentre outros direitos garantidos constitucionalmente.

Georges Abboud conceitua ativismo como sendo *toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto*. O autor defende que não

5 Abboud, 2022, p. 14.

devemos confundir ativismo judicial como mera concretização da Constituição, problema que o Brasil atualmente vem enfrentando, já que diuturnamente, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, ao proferir julgamentos e concretizar direitos fundamentais, vem sofrendo severas críticas diante do cenário de desinformação que vivenciamos.

Não ousaria discutir que não há decisão ativista por parte de alguns membros do judiciário, nem que decisões ativistas são boas ou ruins, ao contrário, antecipadamente firmo entendimento acerca da existência de decisões ativistas, que elas não estão adstritas à Suprema Corte, e que não há ativismo bom, pois a partir do momento que o juiz, no exercício do Poder Jurisdicional, em busca de uma decisão justa, se afasta das leis em prol de convicções pessoais, desconfigurando legislação em conformidade com a constituição existente, de forma a criar direitos, há sim, uma sobreposição aos demais poderes legítimos, configurando um evidente ativismo judicial.

Note-se que o mundo vem sofrendo transformações, que essa tendência mais atuante do judiciário não se limita ao cenário nacional, mas que no Brasil ganha relevância diante do Princípio da Separação dos Poderes, quando o judiciário adentra no Poder Executivo ao decidir acerca de alguma política pública, e do Poder Legislativo ao exercer o controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado, assim como ao tomar decisões dotadas de eficácia *erga omnes*, como veremos no decorrer do presente trabalho.

São várias as razões, portanto, que conduzem o judiciário a uma atuação mais ativa, destarte, necessário que haja compreensão da diferença entre decisões solipsistas, dotadas de abstratividade, discricionariedade e, porque não, arbitrariedade, de judicialização da política, sob pena do enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, das Instituições e dos Poderes já consagrados em nossa Constituição, embora haja um populismo autoritário saudosista que tenta desconstruir a nossa Democracia.

2.DEMOCRACIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Visando entender essa crise política que hodiernamente o Brasil vive, imprescindível adentrarmos no tema democracia e estado democrático de direito. De origem grega, o termo *demos* significa povo, enquanto *Kratia* significa governo, que quer dizer governo do povo. Esse tipo de regime político ganhou proeminência com o fim da segunda guerra mundial, quando houve uma mobilização internacional pela manutenção da paz e das garantias aos direitos humanos, de forma que os países, com prisma na dignidade da pessoa humana, passaram a abandonar regimes autoritários e adotar o regime democrático. Adepto de tal regime político, Bobbio defende que “a democracia é o único caminho possível para um sistema político que vise o bem da população”. Como reflexo de tal adesão, em 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU e, três anos após, proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No Brasil, nem sempre a democracia prevaleceu, sendo considerada uma realidade bastante recente, tendo perpassado por longos e árduos conflitos até que se chegasse em sua “plenitude”. Embora tenha havido alguns poucos momentos de tentativa de se implementar a democracia no Brasil, principalmente com o advento do período republicano, tais períodos foram interrompidos por duros golpes militares e ditatoriais, acarretando num verdadeiro retrocesso mediante intensa repressão e violenta restrição de direitos civis e políticos. Apenas a partir da década de 80, iniciou-se o movimento popular das Diretas Já, período em que os brasileiros, após diversos anos de opressão, foram às ruas clamar por eleições diretas, de forma que pudessem, de forma legítima, escolher seus representantes, consolidando-se a plena democratização com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais conhecida como Carta Cidadã.

Somente sob a égide da Constituição de 1988 houve o pleno direito ao sufrágio universal, consolidando-se tal direito como cláusula pétrea, com o nítido objetivo de assegurar o exercício da cidadania a todos, implementando mecanismos que viabilizam a efetiva participação popular em decisões políticas do país, além de garantir diversos direitos sociais, individuais e coletivos. Num país democrático, portanto, as decisões políticas do país devem estar em conformidade com o desejo do povo, com a vontade popular, sendo efetivado no Brasil através do modelo representativo, de forma que o povo elege seus representantes para tomarem decisões em nome deles.

Daí advém o estado de direito, já que para concretização dos direitos previstos na Constituição e garantia do modelo político democrático, o Estado deve ter seu poder limitado às leis e ao direito, não podendo o Estado, através de seus representantes, ultrapassar os limites legais. Nesse diapasão, o Brasil não apenas adota o Estado de Direito, mas em complemento, o estado democrático de direito, pois além de o Estado ter as leis como limites de atuação, os direitos fundamentais instituídos devem ser sopesados na tomada de decisões, com vistas a garantir e proteger os direitos dos cidadãos, os reais detentores do poder.

3.A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A expressividade da temática ativismo judicial traz à tona uma rediscussão acerca do princípio da Separação dos Poderes, consagrado na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental. Isto porque, os críticos defendem a tese de que decisões ativistas afrontam o estado democrático de direito e a separação dos poderes, quando o judiciário interfere em decisões que deveriam ficar restritas aos Poderes Legislativo e Executivo.

A teoria da separação dos poderes se discute há milhares de anos, não sendo tema recente, nem restrito ao direito brasileiro. Platão⁶, em sua obra “A República” já previa noções de separação e limitação do poder quando discorre acerca da necessidade de distribuição de funções entre os membros de uma comunidade, como sinônimo de justiça. Discípulo de Platão, Aristóteles, na obra “A Política” reacende a discussão acerca da separação dos poderes, dividindo o governo nos poderes deliberativo, executivo e judiciário. Outros grandes filósofos contribuíram, consideravelmente, para a atual sistemática da teoria da separação dos poderes que hoje vigora no Brasil, mas foi o filósofo francês Montesquieu⁷, impulsionado pelas ideias de John Locke, no livro “Do Espírito das Leis” que impulsionou a ideia de implementação da divisão tríplice dos poderes, não se limitando a separar os poderes, mas também delimitar a função de cada um deles. São eles: poderes legislativo, executivo e judiciário, encarregados de legislar, administrar e julgar, respectivamente. Vejamos:

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro pode o príncipe ou magistrado criar as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz e ou guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos simplesmente “o poder executivo do Estado.

[...] tudo estaria perdido se o mesmo ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.

Influenciadas pela teoria de Montesquieu, todas as Constituições brasileiras preveem o princípio da separação dos poderes, com exceção da Era Vargas, em que tal preceito não ficou definido no texto constitucional. Na Constituição Cidadã, o princípio da Separação dos Poderes, elevado ao status de cláusula pétrea pelo Art. 60, §4º, está previsto expressamente no Art. 2º da CF/88. *In Verbis*.

6 PLATÃO, 2008, p. 53-150

7 MONTESQUIEU, 2010, p. 165.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Observa-se, portanto, a tripartição dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro, independentes e harmônicos entre si, de forma que cabe ao Poder Legislativo legislar por meio do Congresso Nacional no âmbito da União, à Assembléia Legislativa, no âmbito dos

Estados e à Câmara Municipal, no âmbito dos Municípios. Ao Poder Executivo cabe a chefia do Estado, do governo e da administração pública, sendo exercido pelo Presidente da República, com auxílio dos Ministros de Estado, no âmbito da União, aos Governadores de Estado, com auxílio dos secretários de estado, no âmbito dos Estados, e dos Prefeitos, com auxílio dos Secretários municipais, no âmbito dos Municípios. Por fim, cabe ao Poder Judiciário, por meio dos Juízes e Tribunais, a tarefa de julgar, substituindo a vontade das partes.

Em um Estado de Direito, não seria suficiente delimitar a função de cada poder, visto que os poderes devem ser limitados de forma que resguardem os interesses do povo. Para isso, além da distribuição de funções, típicas ou atípicas, a Constituição prevê controle entre os poderes, de forma que tal controle não prejudique a independência e a harmonia entre eles, ao contrário, permite que garanta o equilíbrio necessário à manutenção da democracia e da concretização dos direitos fundamentais, denominando-se tal fenômeno como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

4.O NEOCONSTITUCIONALISMO E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Desde os primórdios, a aplicação do direito e a conceituação do significado de justiça sofre influências diretas das correntes filosóficas do direito. Para os jusnaturalismo, ou escola de direito natural, se dava primazia aos princípios e regras naturais, de origem divina, mas por ser considerado abstrato e anticientífico, baseado em pressupostos metafísicos, acabou cedendo espaço para a escola positivista.

A corrente positivista tratou de equiparar o direito à letra fria da lei, dissociando-se totalmente da ética, da moral e dos valores. Direito seria o que está positivado em texto legal, tenho ganho diversos defensores, visto prezar pela segurança jurídica e reduzir o grau de subjetividade na aplicação do direito. A segunda guerra mundial, no entanto, foi preponderante para desmistificar a perfeição da corrente positivista. Isto porque evidenciou-se, com as inúmeras atrocidades e violações aos direitos humanos, que a lei, por si só, seria incapaz e insuficiente para explicar o direito, já que não se analisa se a lei é justa ou injusta, mas sua mera literalidade.

Da decadência do positivismo, surge a escola pós-positivista, não mais aceitando o império da lei tirânica, aproximando a moral e os valores ao direito, buscado parâmetros de justiça e equidade quando da aplicação do direito. Carreando os valores necessários a se buscar uma decisão justa, os princípios ganharam uma nova dimensão, passando ao centro dos sistemas constitucionais e levando consigo os valores que lhe dão sustentação. Essa corrente, ao contrário do que alguns pensam, não significa uma ruptura com o positivismo, mas uma evolução da corrente filosófica, de forma que regras e princípios são reconhecidamente normas jurídicas.

Nessa concepção, surge a Constituição Federal de 1988, a nova constituição, Carta Cidadã que consagra e garante diversos direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, ditos direitos fundamentais. Um novo período em que a Constituição torna-se o epicentro do ordenamento jurídico, reconhece a força normativa da Constituição, dos princípios constitucionais, prepondera a concretização dos direitos fundamentais e o poder judiciário passa a ser protagonista da judicialização constitucional.

Com vistas a garantir a efetividade imediata da Constituição e concretizar direitos nela consagrados, diante da inércia dos demais poderes, seja do legislativo em se omitir no seu dever de legislar, seja o executivo em seu dever de implementar políticas públicas, diariamente são interpostas demandas com o fim de o judiciário, com espenque nas normas constitucionais, decidir de acordo com o caso concreto, ditando e muitas vezes criando direitos. Essa supremacia do Poder Judiciário frente à nova visão constitucional vem gerando dissabores entre os poderes, por entenderem estar o judiciário ultrapassando sua esfera de competência ao transcender a tripartição de poderes.

Na visão dos críticos, essa supremacia do poder judiciário gera instabilidade entre as instituições e viola o princípio da separação dos poderes, na contramão do Estado Democrático de direito, tratando-se de decisões ilegítimas, já que, ao decidir matéria adstrita aos demais poderes, se sobrepõe aos poderes legislativo e executivos, os verdadeiros poderes dotados de legitimidade democrática, já que neles estão os verdadeiros representantes do povo, escolhidos por meio do sufrágio universal, diferentemente do que ocorre no poder judiciário, em que juízes ingressam no cargo mediante concurso público, enquanto desembargadores dos Tribunais e Ministros dos Tribunais Superiores são escolhidos à revelia da vontade popular.

Não somente se contesta a legitimidade democrática das decisões, mas também o poder de hermenêutica constitucional dos juízes e tribunais no exercício do poder jurisdicional, quando utilizando-se do caráter normativo dos princípios constitucionais, muitas vezes dotados de abstratividade, ultrapassam norma já instituída por regramento jurídico, acarretando em decisionismos e decisões solipsistas, quando, utilizando-se do critério de discricionariedade, decidem aplicar uma norma em face de outra, denominando esse fenômeno de proatividade do judiciário como ativismo judicial.

Os defensores da atual postura judicante defendem essa nova forma de enxergar a constituição, justificando a conduta mais proativa de forma a concretizar direitos fundamentais previstos na constituição, pois dotada de força normativa e efetividade imediata. Para isso, em contraposição ao denominado ativismo judicial, alegam a legitimidade de suas atuações, pois possuem o dever de dar uma resposta ao jurisdicionado quando provocado a dirimir conflitos, denominando-se este fenômeno de

judicialização da política, e não ativismo judicial. Ademais, justificam a proatividade em prol da omissão sistêmica dos demais poderes.

Antes de adentrar na temática da judicialização da política e do ativismo judicial, perfilho entendimento de que não há poder mais legítimo que outro diante do fato de a Constituição Federal fazer previsão de eleições diretas aos Poderes Legislativo e Executivo, concurso público ao Juízes e escolha política aos desembargadores e Ministros. Embora o poder emane do povo, o Poder Judiciário é um Poder Constitucionalmente instituído, sendo defeso alegar a sobreposição de um poder em face de outro, sendo todos eles legítimos. Ademais, coaduno do entendimento de que os poderes são tripartites, possuem funções típicas, mas também possuem funções atípicas relevantes, assim como poder de controle sobre os demais poderes, e, ao contrário da pregação da supremacia do judiciário ao adotar alguma postura mais ativa, não esqueçamos do executivo quando edita alguma medida provisória, adotando medidas legislativas por natureza, assim como do legislativo quando, no exercício do poder judicante, julga o Presidente da República por crime de responsabilidade ou destitui alguém de um cargo político por meio do *impeachment*.

Entendo que o mundo passa por constantes transformações, que o direito, infelizmente, não está acompanhando o desenvolvimento e a complexidade que o rodeia, evidencia-se com notoriedade uma omissão por parte dos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas funções típicas e que, ao Poder Judiciário, não podendo se esquivar de sua função judicante, por dever legal, dirime as controvérsias que batem a sua porta, motivo pela qual seu papel vem ganhando preponderância no cenário jurídico e político, já que com o novo formato constitucional, o Judiciário concretiza e cria direitos. Essa preponderância não significa dizer que não há erros na tomada de decisões, sequer que inexistem ativismos por parte do judiciário. O que se tenta, com o presente trabalho, é desmistificar a crença de que decisões políticas se confunde com ativismo judicial e que, embora possamos nos deparar com algumas decisões possivelmente equivocadas, tais equívocos não são exclusivos de um só poder, nem devem ser capazes de aniquilar o Estado Democrático de Direito, pautado nas leis e na Constituição.

O governo de todos e para todos, ainda muito recente no Brasil, talvez não esteja acostumado com as adversidades, diferenças, opiniões contrárias, mas isso é democracia, e no combate ao populismo autoritário e à política de desinformação, não podemos permitir o enfraquecimento das instituições e dos poderes, que na harmonia de suas respectivas independências, devem se fortalecer em momentos de crise em que o Brasil vivencia, salvaguardando os diversos direitos conquistados após anos de dor e de luta.

5.ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O ativismo judicial, como diversos outros temas jurídicos que atualmente se discute no cenário jurídico brasileiro, tem como origem o direito estadunidense, e certamente esse

é o motivo da dificuldade de se extrair um conceito coeso do que é ativismo, já que, assim como os precedentes judiciais, estamos importando conteúdo de um país que adota o sistema jurídico do *Common Law*, protagonizando a jurisprudência como principal fonte do direito, diverso do sistema do *Civil Law*, adotado pelo direito brasileiro e que protagoniza as leis como principal fonte do direito, verificando-se, de antemão, um problema gestacional, embora na atualidade evidencie-se uma verdadeira aproximação entre os dois sistemas.

Embora surgido nos Estados Unidos ao longo dos séculos XIX e XX, foi no emblemático caso *Marbury vs. Madison* que o tema ganhou relevância, quando a Suprema Corte Americana, num posicionamento mais proativo, declarou a inconstitucionalidade de uma lei contrária aos preceitos constitucionais, daí advindo o controle de constitucionalidade difuso, importado pelo direito brasileiro com as devidas adequações, pois embora as decisões proferidas em sede de controle difuso americano tenham efeito *erga omnes*, não se limitando ao caso concreto em respeito aos precedentes judiciais, o modelo brasileiro de controle difuso possui eficácia *inter partes*, sem vinculação às esferas judiciais inferiores.

No Brasil, o debate somente ganhou relevância com o movimento neoconstitucionalista, o qual resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988 e instituiu um novo modelo de atuação estatal, o Estado Democrático de Direito, o qual enfatizou e protagonizou a figura do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal. Assim reproduz o pensamento do jurista Maurício Santos Raupp⁸, *in verbis*:

o surgimento do protagonismo do ativismo judicial no Brasil remonta à Constituição Federal de 1988, fruto do movimento neoconstitucionalista pósSegunda Guerra Mundial, donde se ergueu um cenário propício ao desenvolvimento de um poder judiciário mais intenso e participativo nas diversas questões sociais.

Nesse mesmo sentido é o pensamento do Ministro Luis Roberto Barroso,⁹ quando justifica o caráter mais ativo do judiciário devido à redemocratização do país, que teve como ponto culminante a CF/88, denominando o caráter mais ativo do judiciário de judicialização. Vejamos:

8 RAUPP, 2016, p. 84.

9 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 14/11/2022.

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

Aos que defendem a postura mais proativa do judiciário, sustentam a imprescindibilidade de tal conduta face à concretização dos direitos fundamentais previstos pela norma constitucional, e que o judiciário decidir questões de larga repercussão política ou social não significa ativismo judicial, mas judicialização, decorrente do modelo institucional brasileiro. O Ministro Luis Roberto Barroso¹⁰, grande defensor de tal tese, aponta três causas que justificam a demasiada judicialização no Brasil, sendo elas: *(i) redemocratização, (ii) constitucionalização abrangente, (iii) sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.*

Segundo Barroso, com a redemocratização, a magistratura resgatou suas garantias, tornou-se protagonista na efetivação dos direitos fundamentais consagrados nas leis e na Constituição, houve maior disseminação de informações ao povo brasileiro, repercutindo na busca pela proteção de seus direitos, aliado ao fortalecimento do sistema de justiça através da expansão do Ministério Público e da Defensoria Pública, resultando no aumento da demanda por justiça.

A Constitucionalização abrangente, como segunda causa de judicialização, decorre de a CF/88 ser analítica, consagradora de diversos direitos e garantias individuais, coletivas, políticas e sociais, prevendo matérias de grande amplitude, que uma vez não implementadas, tornam-se preensas demandas judiciais.

Por fim, como terceira causa, aponta o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pelo direito brasileiro, de forma que, tanto pelo controle difuso, em que qualquer juiz ou Tribunal exerce, como pelo concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, é possível se declarar leis e atos como inconstitucionais, ressaltando, ainda, o extenso rol de legitimados previstos no Art. 103 da CF/88, e a atuação nos limites dos pedidos formulados após provocação, não agindo de ofício.

Agir com deferência aos demais Poderes e preencher lacunas, quando se verifica omissão estatal, mesmo que se trate de matéria de cunho legislativo ou administrativo, não é ativismo judicial, mas atuação legítima do judiciário na concretização de direitos

¹⁰ Idem, p. 24.

fundamentais. Vejamos as palavras de quem defende tal posicionamento, começando por Barroso¹¹:

Como é intuitivo, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado. É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o Tribunal assume um papel de eventual protagonismo. Como se conclui singelamente, no fundo no fundo, é o próprio Congresso que detém a decisão acerca do grau de judicialização da vida.

Nessa mesma linha de pensamento, segue o renomado Mauro Capelletti¹²:

[...] não seria somente um fenômeno inevitável, mas também necessário e recomendável em países democráticos, responsável por reforçar o Estado Democrático de Direito e por concretizar direitos individuais e coletivos constitucionalmente, ainda que, para isso, tenham que interferir no campo de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Adepto dessa corrente, também temos o grande estudioso e doutrinador George Abboud¹³, quem conceitua com brilhantismo o termo ativismo judicial, vejamos:

O ativismo deve ser compreendido como a atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade.

O ativismo judicial, portanto, não se confunde com decisão judicial que adentre em outra esfera de poder quando esta se omite na função institucional que lhe cabe, mesmo que tal decisão desagrade uma maioria, pois agir contramajoritariamente, mas nos ditames da lei, trará ao judiciário legitimidade de suas decisões, não permitindo que se distancie do direito.

11 BARROSO, Luis Roberto. Constituição, direito e política: O Supremo Tribunal Federal e os poderes da República. <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58748/57541>. Acesso em 14/11/2022.

12 CAPELLETTI, 1999, p. 116-133.

13 ABOUD, 2022, p. 111.

O ativismo judicial se dá quando o juiz se distancia do direito, à revelia da legalidade, fundamentando suas decisões com base em convicções e subjetivismos pessoais, se caracterizando como ativista não somente o caráter proativo de uma decisão, que partirá de um juiz mais progressista, podendo também se caracterizar como ativista uma postura omissiva do juiz, quando se tratar de um conservador. Decisões que contrariam as leis e o ordenamento jurídico devem ser rechaçadas, motivo pela qual não se apoia decisão ativista, por acarretar insegurança jurídica e arbitrariedades. Nesse sentido se apoiam os críticos, cujo expoente temos o jusfilósofo Lenio Streck, o qual equipara ativismo judicial ao subjetivismo, correlacionando o ativismo a um ato de vontade do julgador no momento de interpretar e aplicar o direito, extrapolando os limites legais estabelecidos pela Constituição. Aduz que a função de guardião da Constituição concedida ao STF não o permite que faça interpretação desconexa com o regramento legal já existente. Assim se posiciona Lenio Streck¹⁴:

O ativismo judicial situa-se na discricionariedade e, a partir disso, se elabora uma divisão entre escolha e decisão judicial, que, para ele não são sinônimas. Segundo ele a decisão judicial não pode ser o resultado de escolhas políticas elaboradas, a priori, pelo juiz, num grau zero de sentido, de acordo com suas convicções pessoais de mundo em detrimento do Direito.

Nesse mesmo sentido aponta Elival da Silva Ramos¹⁵, *o qual defende que o ativismo judicial afronta a separação dos Poderes por meio da interferência do judiciário nas funções atribuídas aos demais Poderes*. Os críticos do ativismo, como verificamos, rechaçam a discricionariedade do julgador ao interpretar o direito, quando, por meio de concepções ideológicas, à revelia da lei, julgam conforme sua vontade, utilizando-se de princípios, muitas vezes dotados da abstratividade. E daí as críticas à principiologia e ao pamprinciologismo, cujos princípios, criados sob retórica, sem qualquer força normativa, mas que com espenque na hermenêutica constitucional, à revelia de regras já consolidadas no ordenamento jurídico, no exercício do poder jurisdicional, juízes e Tribunais criam direitos, dando azo a decisões solipsistas, acarretando em insegurança jurídica e arbitrariedade judicial, destituídas de legitimidade democrática ao se sobrepor aos demais poderes.

Nas duas esteiras, o que se percebe é que ambas as posições se contrapõem ao ativismo judicial. A linha que adota uma posição mais ativa do judiciário alega tratar-se de judicialização da política, e não ativismo, de forma que defende a atuação do judiciário

14 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5.ed.rev.mod.eampl.São Paulo:Saraiva, 2014, p.107.

15 RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117.

como legítima ao, após demandado, e em face de alguma omissão dos demais poderes constituídos, no papel de protagonista da judicialização constitucional, concretiza direitos fundamentais consagrados na Carta Cidadã, emitindo decisões, muitas vezes políticas, ao decidir pela implementação de políticas públicas, ou decidir questões de grande repercussão sem previsão legal, mesmo que tais decisões sejam contramajoritárias.

Nesse diapasão, verifica-se que há um consenso entre as duas correntes de que não há ativismo bom, pois ativismo é sempre ruim, e que decisões distantes do direito serão sempre decisões frágeis e arbitrárias, uma vez que mudar as regras do jogo após seu início gera insegurança jurídica. Isto posto, verifico a existência da política da desinformação, onde o povo enxerga toda decisão de grande repercussão e contramajoritária como sendo ativista, e de reconhecimento por parte do judiciário, e frise, não somente do STF, ao já ter agido com ativismo judicial, ao decidir à revelia da lei. O problema é que grande parte das decisões judiciais emitidas pelo STF, por exemplo, não são ativistas, embora tal equívoco já tenha ocorrido em algumas decisões que merecem ser levantadas.

6. JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES COM CONOTAÇÃO ATIVISTA

Conforme supracitado, há um populismo autoritário interessado em acabar com a harmonia e independência entre os poderes, de forma que muitos balançam a bandeira para fechamento do Supremo Tribunal Federal, diga-se de passagem, Tribunal Superior constitucionalmente reconhecido como guardião da Constituição e que, diuturnamente, toma decisões relevantes, sem falar que ativismo não é tema restrito ao STF, mas a todo o Poder Judiciário. Não se defende que não haja decisão ativista, equivocada, muito pelo contrário, há sim, e importante que se reconheçam os possíveis equívocos para o fim da manutenção do Estado Democrático de Direito e harmonia entre os Poderes.

Ocorre que muitas decisões tomadas pelo STF, por serem contramajoritárias, e diante da política de desinformação, vem repercutindo como ativistas, e por isso devemos diferenciar-las. Como já dizia Sócrates, mesmo que uma decisão seja 100% contrária ao que pensa a maioria, se baseada no direito, tal decisão será legítima. E assim deve decidir o Juiz ou Tribunal, de acordo com o direito, mesmo que repercuta negativamente. Prova disso foram as decisões tomadas em sede de ADPF 54 (aborto de anencéfalo), ADI 4277 e ADPF 132 (equiparação das uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas), ADI 3510 (permissão de pesquisas com células tronco-embrionárias), ADPF 186 e ADC 41 (legitimidade de cotas raciais em favor de negros nas Universidades Públicas e em cargos públicos), em que se abordou diversos temas relevantes e sensíveis, não regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro, e que em que pese não ter agradado a uma boa parcela da população, foram decisões baseadas em princípios constitucionais, não se tratando de decisões ativistas.

Ao revés das decisões acima elencadas, há, sim, várias decisões no Supremo Tribunal Federal com um viés ativista, e para fins de demonstração, sem possibilidade de esgotá-las, explanarei as decisões acerca do direito de greve pelos servidores públicos civis e a prisão em segunda instância, esta, por entender ser a decisão que, diante do cenário político em que vivemos, mais tenha repercutido negativamente, reacendendo o tema ativismo judicial. Foram decisões em que o Tribunal, além de realizar a função típica de julgar, ora atuou como legislador, ora mudou posicionamento já firmado, utilizando-se, segundo os críticos, de fundamentos ideológicos, norteados por interesses políticos.

No que tange ao direito de greve, resta esclarecer se tratar de um direito assegurado constitucionalmente aos trabalhadores de iniciativa privada e servidores civis, nos arts. 9º e 37, VII, respectivamente, ambos dependentes de norma regulamentadora. Em 1989, houve a edição da lei n. 7.783/89, dispondo sobre o exercício do direito de greve para o setor privado, jamais tendo sido editada norma regulamentadora de tal direito aos servidores públicos civis. Visando o combate a uma inércia legislativa que inviabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais, há o remédio denominado mandado de injunção, previsto no Art. 5º, LXXI, da CF/88. Durante anos, quando demandado através de tal remédio constitucional para se manifestar acerca do direito de greve, o STF se manifestou pela impossibilidade do exercício do direito aos servidores civis diante da ausência de lei complementar que regulamentasse a matéria, restringindo-se a declarar a mora do Congresso Nacional na elaboração da lei. Assim ocorreu no MI nº 20/DF, julgado em 19/05/1994, MI nº 485/MT, julgado em 25/04/2002, MI nº 585/TO, julgado em 15/05/2002, além de vários outros julgados.

Somente com o julgamento dos MIs 670/ES, 712/PA e 708/DF, julgados em 25/10/2007, o STF modificou sua postura e, além de declarar a mora legislativa, determinou a aplicação da lei 7.783/89 ao direito de greve dos servidores públicos civis enquanto não editada lei específica pelo Congresso Nacional, quem detem legitimidade para tanto. Foi mais além, ao estender os efeitos da decisão, pois apesar de o MI ser ação de natureza concreta, que vincularia apenas as partes (*inter partes*), o Tribunal deu a ela efeito *erga omnes*. Em 2016, a discussão dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção encerrou ao ser promulgada, pelo Congresso Nacional, a Lei n. 13.300 de 23 de junho de 2016, de forma que em seu art. 9º, §1º disciplina a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* à decisão em sede de MI, quando inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa, objeto da impetração.

Mais acalorada é a discussão acerca da possibilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Perceba-se que até fevereiro de 2009, o STF entendia pela possibilidade da execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância, e o fundamento para tal entendimento era que os recursos aos Tribunais Superiores não têm efeito suspensivo. Destarte, em fev/2009, com o julgamento

em HC n. 84078, entendeu-se pela impossibilidade da execução provisória da pena, pois incompatível com o princípio da presunção de inocência, reconhecido constitucionalmente. Já em 2016, no julgamento do HC 126292, o STF muda o posicionamento outrora firmado, voltando a reconhecer a possibilidade da prisão em segunda instância, diante da ausência suspensiva recursal, o que exauriria a presunção de não culpa.

Observa-se que, no decorrer dos votos, há como fundamento da decisão a ponderação entre princípio da presunção de inocência e a efetividade da justiça, o equilíbrio entre o interesse social e do acusado, além da morosidade do sistema de justiça penal, dificultando o combate à corrupção e à impunidade. Inobstante, ao julgar as ADCs 43,44 e 54, em 2019, apenas 3 anos após firmar entendimento acerca da possibilidade de cumprimento da pena após condenação em 2ª instância, o STF, na contramão dos anseios sociais por uma justiça mais eficiente, retrocede ao considerar inconstitucional a prisão após condenação em 2ª instância, ao declarar a constitucionalidade do Art. 283 do CPP, que prevê apenas a possibilidade de prisões cautelares antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, resultando, esse novo entendimento, em um cenário de hostilidade de boa parcela da sociedade perante o STF, pois além do descrédito decorrente da morosidade do sistema criminal e do caráter procrastinatório do sistema recursal brasileiro, a decisão trouxe conotação política ao resultar na soltura de diversas autoridades que foram presas no maior esquema de corrupção, até agora descoberto, do país.

O Superior Tribunal de Justiça também passa por severas críticas ao declararem muitas de suas decisões como solipsistas. Isso ocorre porque o STJ vem decidindo, com fundamento em princípios constitucionais, muitas vezes dotados de abstratividade, na contramão de regras legais já existentes. Dou como exemplo a decisão no EResp n. 1.582.475-MG (penhorabilidade de salário do devedor), em que a Corte Especial, contrariamente ao que dispõe o Art. 833, IV do CPC/2015, criando exceção da exceção, permitiu a penhorabilidade de percentual dos vencimentos do devedor, além da hipótese excepcionada em lei, desde que preservado percentual das verbas capaz de garantir a dignidade do devedor e de sua família, com a manutenção do mínimo existencial.

Embora tenha explanado decisões de Tribunais Superiores, vale esclarecer que o popularizado ativismo judicial também atinge os juizes de piso, muito recorrentes quando proferem decisões em ações civis públicas. Embora tenha esposado 03 (três) decisões em tese ativistas, verifica-se que quando da decisão do direito de greve pelos servidores civis, a crítica ocorreu pelo fato de o STF ter atuado como legislador e ampliado os efeitos da decisão. No caso do julgamento da execução da pena após condenação em 2ª instância, as críticas se deram por conta da mudança de entendimento em detrimento do cenário

político que nos encontramos. Já o julgador do STJ, acerca da penhorabilidade do salário, o Tribunal decide sobrepondo princípios às regras, contrariando regra legal já existente.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os diversos apontamentos no decorrer do presente artigo científico, percebe-se a dificuldade em se estabelecer um conceito de ativismo judicial. Há quem considere ativista decisões contramajoritárias, o que discordo veementemente, já que decisões fundamentadas no direito, por mais que gere insatisfação, devem ser reconhecidas, respeitadas e acatadas. Há ainda quem considere ativista a decisão judicial que, diante de uma omissão legislativa, legisla positivamente até que o órgão legitimado desempenhe seu papel. Por fim, há os que defendem ser ativista a decisão baseada em convicções pessoais e senso de justiça do juiz intérprete.

Décadas discutindo o tema, e não se chega a um consenso. Particularmente, não considero que o problema do ativismo seja o neoconstitucionalismo, em que põe o Judiciário como protagonista para concretização dos direitos e garantias fundamentais, dando força normativa à Constituição. Muito pelo contrário, a nova constituição, denominada Constituição Cidadã, consagra diversos direitos conquistados após anos de luta e opressão, direitos estes que não podem retroceder e que devem abarcar a todos, mesmo que todos abranja uma minoria, pois isso é ser democrático.

É latente a omissão do Congresso Nacional frente às necessidades sociais, seja na esfera religiosa, política, científica, e várias outras searas. O Poder executivo, na mesma direção, demonstra sua omissão para com a implementação de políticas públicas sempre sob o amparo da escassez de orçamento público. Ao revés disso, atualmente, temos um judiciário atento às complexidades que norteiam as relações sociais, emitindo decisões de altíssima relevância e repercussão, vinculativas à Administração Pública e ao Executivo. E aí vem à tona a desinstabilidade do princípio da separação dos poderes quando o judiciário, após provocado, “ultrapassa” sua esfera de atuação a, além de julgar, criar direitos. Há quem defenda que a solução seja a autocontenção do judiciário, de forma que ele próprio reconheça os limites de sua atuação, reduzindo sua interferência em questões atinentes aos outros poderes, papel desempenhado até o advento da CF/88.

Daí resta a pergunta: como se concretizariam os direitos fundamentais sob a nova óptica do neoconstitucionalismo? Será que o ativismo não é proveniente do “omissionismo” dos demais poderes? Digo isto porque certamente não teríamos holofotes exclusivos ao judiciário se todos os poderes cumprissem seu papel. E prova disso é o direito de greve aos servidores civis, pois o legislativo, desde o julgamento dos MIs 670/ES, 712/PA e 708/DF no ano de 2007, jamais regulamentou o direito de greve. Todas as decisões proferidas pelo STF, inclusive a decisão de impossibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância, que porventura o legislativo interprete que não

atendem aos anseios sociais ou que seja contrária ao direito, não o vincula, podendo legislar de forma contrária, mas o que vemos é um legislativo telespectador.

Se essa atuação mais ativa do judiciário, no intuito de concretizar direitos, pode gerar efeito *backlash*, entendo, em minha humilde opinião, que tal dissenso é legítimo, faz parte do jogo democrático e que isso, sim, é harmonia e independência entre os poderes. O controle de constitucionalidade pelo poder judiciário é regra constitucionalmente expressa, não sendo tais decisões vinculativas ao legislativo, de forma que podem inovar através da atividade legiferante. Assim também se estende ao executivo, quando a constituição lhe permite conceder graça e indulto, contrariando decisão outrora imposta.

Ativismo, portanto, não se confunde com ser ativo, sobretudo quando se verifica evidente omissão legislativa, mas sim, quando a decisão se distancia do direito e o juiz julga conforme suas convicções pessoais, conforme seu sentimento de justiça e sua livre convicção. Ao meu ver, e após momentos de reflexão, como defensora da força normativa da constituição e em busca da concretização dos direitos fundamentais, sou adepta da posição de que o judiciário não deve se imiscuir da obrigação de julgar, mesmo que porventura resulte em *backlash*, e que concretizar direitos fundamentais e, por vezes, implementar políticas públicas, não se trata de ativismo judicial, mas judicialização da política. Deveras, decisões distanciadas do direito, sim, devem ser sopesadas, pois geram insegurança jurídica e arbitrariedades, mas o remédio para isso não é o fechamento de Tribunais Superiores, quiçá retroceder ao juiz *bouche de la loi*.

O ideal é que os poderes encontrem o equilíbrio na aplicação do direito, que somente será alcançado após uma revisão da força normativa das regras e princípios, já que hodiernamente princípios constitucionais, dotados de abstratividade, se sobrepoem às regras jurídicas, regras criadas por meio da legitimamente democrática. O cerne da discussão remonta, portanto, às teorias de aplicação do direito, pois no conflito entre regras se aplica a prática da subsunção, no conflito entre princípios a regra da ponderação, mas diante do conflito entre regras e princípios, motivo preponderante de decisionismos, há de se estabelecer um limite na hermenêutica constitucional, pois a desconstrução desenfreada das regras jurídicas sob o prisma da verticalidade dos princípios constitucionais desnorteia a sistemática jurídica romano-germânica da *Civil Law* adotada pelo Brasil, tornando as regras jurídicas passíveis das mais diversas interpretações possíveis, trazendo à tona a tão indesejada insegurança jurídica.

8.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. ***O Novo Código de Proc. Civil Brasileiro-Sistematização, Parte Geral, Parte Especial e Procedimentos***. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/09/2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas, 1970- **O novo processo civil brasileiro** – 8. ed., rev. e atual. – Barueri [SP]:Atlas, 2022.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em 20/09/2022.

DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 1.

FREIRE, Alexandre. **Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade**. In: NUNES, Dierle Horta (coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FUX, Luiz, 1953 - **Curso de direito processual civil** / Luiz Fux. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEI 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, Mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6ª edição. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia** [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Gilmar F. *Série IDP - Jurisdição Constitucional em 2020*. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** - 27ed- São Paulo: Saraiva, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, [sítio https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=151144910®istro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=151144910®istro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF) /- Acesso em 21/09/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf> – Acesso em 19/09/2022. sítio

THAMAY, Rennan, et al. *Precedentes Judiciais*. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.1999, v. 893.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**, In DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de e MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes*. Salvador: Editora JusPODIVM.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO E SEUS ENTRAVES BUROCRÁTICOS.

VINÍCIUS HENRIQUE NUNES PAIVA:
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa e Pós-graduando em Direito Previdenciário pela Escola Brasileira de Direito. Advogado ¹⁶

PEDRO LUIZ PEREIRA ROSAS¹⁷

(coautor)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o licenciamento ambiental brasileiro, desde o seu histórico, contexto e sua aplicação nos empreendimentos imobiliários. O foco do estudo se deu nos Estado de São Paulo e Paraná, sendo os casos concretos retirados dessas localidades. Além disso, será traçado um comparativo entre o procedimento licenciatório brasileiro e do respectivo em seus vizinhos sul americanos. É analisado ainda como se dá o processo de licenciamento e como é a participação dos órgãos ambientais e do Ministério Público. A pesquisa tratou de buscar responder a máxima de o licenciamento ambiental ser um entrave burocrático ou um procedimento legal necessário. Tendo por conclusão que pode tornar-se um entrave burocrático em razão do entendimento procedimental diverso dos envolvidos durante o processo licenciatório, seja ele por confusão, divergências ou má-fé.

Palavras Chaves: Licenciamento ambiental; Política Nacional do Meio Ambiente; Ministério Público; Paraná; São Paulo.

ENVIRONMENTAL LICENSING: AN ANALYSIS OF ITS PROCEDURE AND ITS BUREAUCRATIC OBSTACLES

ABSTRACT: This present article aims to analyze the brazilian environmental licensing, from its history, context and its application in real estate projects. The focus of the study was in the states of São Paulo and Paraná, with specific cases taken from these locations. In addition, a comparison will be drawn between the Brazilian licensing procedure and the respective in its South American neighbors. It also analyzes how the licensing process takes place and the participation of governmental environmental agencies and the District Attorney Office. The research sought to answer the maxim of environmental licensing to be a bureaucratic obstacle or a necessary legal procedure. With the conclusion that it can

¹⁶. E-mail: vhnpaiva@gmail.com

¹⁷ Bacharel em Direito pela Estadual de Ponta Grossa. E-mail: perosas244@gmail.com

become a bureaucratic obstacle due to the different procedural understanding of those involved during the licensing process, whether due to confusion, disagreements or mala fide.

Keywords: Environmental licensing; National Environment Policy, District Attorney Office; Paraná; São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar o licenciamento ambiental e como ele se comporta no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se contrapor diferentes pontos de vistas buscando firmar parâmetros quanto ao seu uso e sua efetividade jurídica. De forma a concluir se o licenciamento ambiental brasileiro é, conforme senso comum, apenas um entrave burocrático ou um procedimento legal necessário para a preservação ambiental brasileira.

O presente trabalho se delimita entre o ano de 1988, ano da promulgação da Constituição Federal, e abril de 2023, data do presente artigo. E em virtude das variações do licenciamento ambiental em cada estado, utilizam-se os estados de São Paulo e Paraná como base para a análise teórica e dos casos concretos. Os dados que extrapolarem essa delimitação temporal e geográfica são meramente para fins comparativos e contextualizadores.

Por fim, a justificativa para a pesquisa está na relevância do tema, que visa cada vez mais a linha considerada ideal entre o desenvolvimento econômico e a preservação nacional da gestão ambiental, sendo o licenciamento ambiental um dos principais procedimentos para essa conciliação necessária.

2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

2.1 Conceito

O licenciamento ambiental, segundo a resolução nº 237 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA)¹⁸, é definido como “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades que utilizam de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). Resolução nº 237, de 22 dez. 1997. Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 10 out. 2020.

degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.”

2.2. Licenciamento ambiental no Brasil

Em 31 de agosto de 1981 foi publicada a lei nº 6.938¹⁹ que trata da Política Nacional do Meio Ambiente que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), sistema do qual o CONAMA e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) fazem parte, o que representou um marco nas medidas de proteção ambiental. Matéria que viria a ser abordada na Constituição Federal de 1988 (CF/88)²⁰, nos incisos VI e VII do art. 23 e em especial no artigo 225, no inciso III do §1º, que torna uma exigência o estudo prévio de impacto ambiental para atividades que podem gerar degradação do meio ambiente. Em 1989 foi redigida uma nova redação do artigo 1º da Política Nacional do Meio Ambiente, fundamentando-a nos artigos da CF/88 anteriormente citados.

Na lei nº 6.938/81 ficou instituído, no seu artigo 8º, que compete ao CONAMA estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA. E no inciso IV do artigo 9º da mesma lei fica caracterizado “o licenciamento e a revisão de atividade efetiva ou potencialmente poluidoras” como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Fica ainda instituída, em seu artigo 10 a obrigatoriedade do prévio licenciamento ambiental para “a construção, instalação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos naturais.”.

Em janeiro de 1986 foi publicada a primeira resolução do CONAMA²¹ como forma de estabelecer efetivamente o funcionamento da Avaliação de Impacto Ambiental. Nessa resolução foi estabelecido o que seria considerado impacto ambiental e quais licenciamentos de atividades dependeriam da aprovação do relatório de impacto ambiental.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 out. 2020

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²¹ CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). Resolução nº 001, de 23

jan. 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 fev. 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 10 out. 2020

Conforme o artigo 23 da CF/88, os estados têm competência para legislar sobre matéria de proteção ao meio ambiente. Dessa forma podemos encontrar nas constituições estaduais dispositivos para assegurar essa proteção, tais como o capítulo VI da Constituição Estadual de São Paulo²² e o V, Título VI, da Constituição Estadual do Paraná²³.

Em 2011, com a Lei Complementar Federal nº 140²⁴ foi regulamentada a competência comum entre os entes federativos, e estabelecidas normas de cooperação entre eles de forma a reduzir conflitos de atuação. Vale ressaltar que foi definido que cabe ao município o licenciamento para atividades e empreendimentos de impacto de âmbito local e definidas as competências específicas da União. Ainda é importante frisar que dessa maneira os estados passaram a ter competência licenciatória residual, ou seja, dos processos que escapam da competência municipal, mas que não são de competência da União.

2.2.1. Licenciamento ambiental no estado de São Paulo

No estado de São Paulo, conforme mencionado, o assunto é tratado em sua Constituição Estadual de 1989. Em especial no artigo 192, que estabelece que a exploração de recursos naturais de qualquer espécie será admitida se houver “resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Em 1973, através da lei estadual nº 118²⁵, foi criada a Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle de Poluição das águas (CETESB). No artigo

²² SÃO PAULO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2018.

²³ PARANÁ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Paraná**. Curitiba: Imprensa Oficial, 2019.

²⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 8 de dez. de 2011. Fixa normas, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, sem data de publicação. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm> Acesso em: 10 out. 2020

²⁵ SÃO PAULO (Estado) Lei nº 118, de 29 de jun. 1973. Autoriza a constituição de uma sociedade por ações, sob a denominação de CETESB - Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle de Poluição das Águas, e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, SP, 30 de jun. de 1973. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1973/lei-118-29.06.1973.html>> Acesso em: 10 out. 2020.

2º da lei supracitada, com a nova redação dada pela Lei estadual 13.542 de 2009²⁶, a CETESB fica qualificada como órgão executor do Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental, Proteção, Controle e Desenvolvimento do Meio Ambiente e Uso Adequado dos Recursos Naturais (SEAQUA), sistema que é atualmente gerenciado pela Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente do estado de São Paulo, e como órgão do Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SIGRH).

Nos incisos do artigo 2º são instituídas as atribuições da CETESB. Em seu inciso I é estabelecido que uma de suas atribuições é proceder ao licenciamento ambiental de “estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental;” Ainda no artigo 2º, §1º, fica ressalvado que a CETESB não exclui a competência de outros órgãos da Secretaria do Meio Ambiente e dos demais órgãos integrantes do SEAQUA e do SIGRH, ficando esses atuando especialmente na fiscalização preventiva e repressiva de infrações à legislação. No mesmo parágrafo fica instituído, ainda, que ficará submetido às normas estabelecidas por órgãos de maior hierarquia do SISNAMA, do SEAQUA e do SIGRH, dessa forma mostrando a relação entre os órgãos no âmbito estadual e federal.

2.2.2. Licenciamento ambiental no estado do Paraná

No que tange o estado do Paraná, o assunto também é tratado primeiramente dentro da sua Constituição Estadual, ratificada no ano de 1989, mas, nesse primeiro momento, é tratado de maneira genérica. Somente em 1992, através da Lei Estadual 10.066²⁷ o assunto começa a ser tratado com maior ímpeto. Isso se deve ao fato da Criação da Secretaria de Estado de Meio Ambiente (SEMA), e com o surgimento do Instituto Ambiental do Paraná (IAP), funcionando como uma entidade autárquica responsável nas relações ambientais do estado do Paraná.

Vale ressaltar que o IAP é sucessor de algumas instituições atuantes no estado paranaense, dentre elas o Instituto de Terras, Cartografia e Florestas (ITCF), da

²⁶ SÃO PAULO (Estado). Lei nº 13.542, de 08 maio 2009. Altera a denominação da CETESB - Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental e dá nova redação aos artigos 2º e 10 da Lei nº 118, de 29 de junho de 1973. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, SP, 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

²⁷ PARANÁ. Lei nº 10.066, 27 de jul. de 1992. Cria a Secretaria de Estado do Meio Ambiente - SEMA, a entidade autárquica Instituto Ambiental do Paraná - IAP e adota outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Curitiba, PR, sem data de publicação. Disponível em: <http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=31904&tipo=I> Acesso em: 10 out. 2020

Superintendência dos Recursos Hídricos de Meio Ambiente (SUREHMA), e também a Administração de Recursos Híbridos (ARH).

Segundo o inciso III, artigo 6º, da Lei Estadual 10.066, um dos objetivos do IAP consiste em: “conceder licenciamento ambiental para instalação, funcionamento e ampliação de atividades, obras, serviços, planos e programas de abrangência regional.”, objeto de pesquisa do presente trabalho. Já a Lei Estadual 10.247/93²⁸, dispõe que compete ao IAP fiscalizar o cumprimento de normas protecionistas referentes a fauna e flora dentro no Estado do Paraná.

Por meio da Lei Estadual 20.070/19²⁹, instituiu-se que algumas autarquias estaduais, ligadas às questões do meio ambiente, passassem a incorporar apenas um Instituto, nomeado como Instituto Água e Terra - IAT, vinculada à Secretaria de Estado do Desenvolvimento Sustentável e do Turismo (SEDEST). Logo, o IAT é o instituto responsável pelas atribuições dadas anteriormente ao IAP.

2.3. Etapas do licenciamento

Cada estado possui seus próprios órgãos ambientais, e por isso estão sujeitos a algumas alterações, tais como em suas nomenclaturas, que podem variar de acordo com o órgão ambiental licenciador. De maneira geral o licenciamento é dividido em três etapas: Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação. Existem, no entanto, outras modalidades que são citadas no site do próprio Portal Nacional de Licenciamento Ambiental (PNLA)³⁰, tais como: Licença de Alteração, Licença de Ampliação e a Licença Ambiental Simplificada (LAS).

²⁸ PARANÁ. Lei nº 10.247, 12 de jan. de 1992. Dispõe que a fiscalização pelo cumprimento das normas federais e estaduais de proteção da flora e da fauna no estado do Paraná é de competência do Instituto de Terras, Cartografia e Florestas do Paraná - ITCF. **Diário Oficial do Estado**, Curitiba, PR, 13 de jan. 1993. Disponível em: <<http://portal.assembleia.pr.leg.br/index.php/pesquisa-legislativa/legislacao-estadual?idLegislacao=34038&tpLei=0>> Acesso em: 10 out. 2020

²⁹ PARANÁ. Lei nº 20.070, 18 de dez. de 2019. Autoriza a incorporação do Instituto de Terras, Cartografia e Geologia do Paraná e do Instituto das Águas do Paraná, pelo Instituto Ambiental do Paraná, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Curitiba, PR, 19 de dez. de 2019 Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=230319&codItemAto=1428375#1428375>> Acesso em: 10 out. 2020.

³⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; **Etapas do licenciamento**. Portal Nacional do Licenciamento Ambiental. Sem data de postagem. Disponível em: <<http://pnla.mma.gov.br/etapas-do-licenciamento>> Acesso em: 10 out. 2020

A Licença Prévia, a primeira etapa do licenciamento, se trata de aprovação da localização e da concepção do empreendimento, atividade ou obra que se encontra na fase preliminar do planejamento atestando sua viabilidade ambiental. Estabelece os requisitos básicos e condicionantes para serem efetuados nas próximas fases do projeto, e ao final determina a apresentação de propostas de controle ambiental dos impactos ambientais a serem gerados.

Logo após, existe a Licença de Instalação, que autoriza a instalação do empreendimento, atividade ou obra de acordo com as especificações dos planos, programas e projetos aprovados. Fixando um cronograma para execução das medidas mitigadoras e da implantação dos sistemas de controle ambiental.

Por fim, a Licença de Operação autoriza a operação do empreendimento, atividade ou obra, após a verificação de que as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas nas licenças anteriores foram atendidas.

De outro modo, a Licença Ambiental Simplificada é a licença concedida a empreendimentos ou atividades de pequeno porte e/ou com baixo potencial poluidor. Essa modalidade de licença é concedida anteriormente a qualquer implantação, em uma única fase, tendo por responsabilidade atestar a viabilidade ambiental, a aprovação do local e autorizando a implantação e a operação de tal empreendimento.

Outras duas partes do licenciamento são o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Segundo o PNLA, no EIA são tratados os aspectos técnicos necessários para se realizar uma avaliação dos impactos ambientais a serem gerados pelo empreendimento. O EIA deve seguir a Resolução CONAMA 01/1986³¹, que regula o mesmo, e é comum a todos os estados. O resultado desse estudo origina o RIMA, que é requisito para a Licença prévia em empreendimentos e atividades que possam causar significativos impactos ambientais.

2.4 Comparações com outros ordenamentos jurídicos

Este breve tópico diz respeito às características trazidas por cada país no seu entendimento ao licenciamento ambiental, sendo o Brasil e seus vizinhos sul americanos: a Argentina, o Uruguai e o Paraguai os ordenamentos debatidos.

³¹ CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). Resolução nº 001, de 23

jan. 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 fev. 1986. Disponível em:

<<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 10 out. 2020

A pesquisadora Iara Verocai em pesquisa “O Licenciamento Ambiental em Outros Países”³², logo em seus primeiros parágrafos afirma não ter conhecimento de um licenciamento ambiental semelhante ao utilizado no território brasileiro, ao menos na América Latina e na África. O sistema do licenciamento trifásico (planejamento, construção e operação) torna o nosso instrumento de política ambiental único. Por fim, a pesquisadora salienta como enxerga o sistema de licenciamento ambiental brasileiro:

“O nosso sistema de licenciamento, um instrumento de política ambiental de caráter preventivo, foi desenhado para auxiliar a harmonização do desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, ao longo das três fases de implementação de uma atividade econômica ou de infra-estrutura. Esta idéia [sic] original anda talvez um pouco esquecida pelos principais interessados, e seria bom que este seminário conseguisse recuperá-la. Isto é, conseguissem deixar de lado a idéia [sic] de que o licenciamento é uma obrigação legal ou, pior, uma rotina burocrática, tanto para empreendedores que a ele têm que se submeter como os servidores das entidades de meio ambiente, que têm que se empenhar em processar, a tempo e a hora, as licenças requeridas.”³³.

No que se diz respeito aos vizinhos sul americanos, a Argentina não contava com uma legislação específica sobre o licenciamento ambiental, no âmbito nacional, segundo a avaliação da pesquisadora Verocai. Sendo necessário que as províncias baixem seus próprios regulamentos, sendo o Conselho do Meio Ambiente (CODEMA), por exemplo na província de Rio Negro, a autoridade responsável por esse controle. A concretização de um sistema de maneira nacional é dada lentamente, visto a falta de recursos humanos e da debilidade política e institucional do CODEMA.

De maneira mais recente, cabe ressaltar a Lei Geral do Ambiente, Lei n.º 25.675/02³⁴, que trata da avaliação de impactos ambientais, porém não aprofunda quais obras são obrigadas a receber tais estudos.

³² VEROCAI, I. **O licenciamento ambiental em outros países**. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/DAI/_arquivos/iaraverocai2.pdf>. Acesso em: 10 out.2020.

³³ VEROCAI, I. **O licenciamento ambiental em outros países**. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/DAI/_arquivos/iaraverocai2.pdf>. Acesso em: 10 out.2020. p.1

³⁴ ARGENTINA. **Ley n. 25675**, de 27 de noviembre de 2002. Ley General del Ambiente. Buenos Aires: 28 de noviembre de 2002. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

No Uruguai cabe ressaltar a Lei n 16.466/94³⁵, nomeada de “Ley de Evaluación de Impacto Ambiental”, a qual instituiu a Avaliação de Impactos Ambientais. Revelando uma preocupação maior com a parte ambiental dentro do território, o texto promulgado conceitua o impacto ambiental negativo ou nocivo, além de determinar quais obras estariam sujeitas ao Estudo de Impacto Ambiental. Bem como prevê a realização de audiência pública nos casos que sejam entendidos pelo ministério como desencadeadores de sérias consequências de caráter ambiental ou cultural.

O último dos vizinhos citados, o Paraguai, possui um conjunto de leis que oferece uma boa condição para a proteção do meio ambiente nacional, sendo a Lei nº 294/1993³⁶ responsável por determinar a Avaliação de Impactos Ambientais, contudo se vê um cumprimento mínimo de tais normas ambientais tornando-as ineficazes. Mesmo havendo esse massivo número de leis sobre a avaliação de impacto ambiental, no tocante específico ao licenciamento ambiental há de se ressaltar apenas a semelhança com o Uruguai, já que também prevê a realização de audiências públicas, além da participação pública também no monitoramento dos impactos.

3. A URBANIZAÇÃO E A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

3.1. Aplicação do licenciamento ambiental

Conforme conceituado no início deste trabalho, o licenciamento ambiental é o procedimento administrativo responsável por licenciar instalações, operações, ampliações e etc. No entanto, ele acaba abrangendo não só grandes operações como a Usina de Sobradinho, que foi primeiro empreendimento a sofrer uma avaliação ambiental no Brasil no ano de 1972, mas também pequenas operações como terraplanagens de Pessoas Físicas. É possível encontrar muitos desses casos menores em zonas rurais, por exemplo.

Duas licenças que podem ser citadas no exemplo anterior são a autorização de movimentação de terra em Área de Proteção Ambiental (APA) acima de cem metros cúbicos e a autorização para exploração de áreas de várzea localizadas em imóveis rurais. A primeira licença serve para terraplanagem de construção, por exemplo, e a segunda para

³⁵ URUGUAY. **Ley N° 16.466**, de 19 de enero de 1994. Medio Ambiente. Publicada en el Diario Oficial N° 23977, de 26/01/1994. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5587916.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

³⁶ PARAGUAY. **Ley N° 294/93**, de 31 de diciembre de 1993. Evaluacion de Impacto Ambiental. Disponível em: <www.senado.gov.py/leyes/frecuentes/agrario_ambiental/ley294evaluacionimpactoambiental.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

explorar áreas alagadas como brejos, que interessa muito a pequenos criadores de gado, por exemplo, que precisam de mais áreas de pastagem.

Utilizando um caso fictício para fins didáticos, um pequeno proprietário de um imóvel rural em São Paulo, em uma área que é considerada uma APA, que quer terraplanar um morro do seu imóvel para construir sua residência precisará da autorização de movimentação de terra em APA. O proprietário deve requerer a autorização junto à CETESB.

No caso de grandes empreendimentos como usinas hidrelétricas é necessário realizar primeiramente a requisição do Termo de Referência - TdR junto ao Ibama, que fornecerá o mesmo. De acordo com o Manual de Procedimentos para o Licenciamento Ambiental Federal do IBAMA³⁷, o TdR "têm por objetivo estabelecer as diretrizes, conteúdo mínimo e abrangência do estudo ambiental exigido e é o instrumento orientador para seu desenvolvimento, expedido para a modalidade de Licença Prévia".

Em seguida deve ser realizado o EIA seguido da elaboração do RIMA. Após todos esses estudos poderá ser concedida a Licença Prévia. Seguidas futuramente da Licença de Instalação e a Licença de Operação, nessa ordem, conforme o desenvolvimento da obra do empreendimento. A primeira licença visa avaliar a viabilidade da hidrelétrica, a segunda autoriza o início das obras e a última autoriza o alagamento do reservatório e o funcionamento da usina. Processo esse que segundo um estudo feito pelo Banco Mundial³⁸, publicado em 2007, tem o tempo médio de 6,5 anos, média essa quase 30% maior do que a observada nos Estados Unidos da América. Esse mesmo estudo levou ainda a outra conclusão, que os custos de se lidar com as questões ambientais e sociais no desenvolvimento de empreendimentos hidrelétricos no Brasil representam 12% do custo total da obra.

3.2. Aplicação nos empreendimentos imobiliários

³⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; **Guia de Procedimentos do Licenciamento Ambiental Federal**. Portal Nacional do Licenciamento Ambiental. Sem data de postagem. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/Procedimentos.pdf> Acesso em: 10 out. 2020

³⁸ BANCO MUNDIAL. Escritório do Banco Mundial no Brasil. **Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate (Em Três Volumes): Volume I: Relatório Síntese**. Brasília, 2008. Relatório. Disponível em: <<http://pnla.mma.gov.br/publicacoes-diversas>>. Acesso em: 10 out. 2020

As licenças ambientais também estão presentes nos empreendimentos imobiliários, por exemplo, em alguns casos é necessária licença para realizar o parcelamento do solo, criação de condomínio e desmembramento em área rural.

No caso do parcelamento de solo podem existir algumas diferenças por estado. No Paraná devido a Resolução da Secretaria Estadual do Meio Ambiente nº 31/1998³⁹ é necessário o licenciamento ambiental nos empreendimentos imobiliários. Estes, conforme o artigo 151 da mesma resolução, são compreendidos como:

- a) o Parcelamento do Solo Urbano para fins habitacionais, industriais ou comerciais;
- b) os Loteamentos;
- c) a implantação de Conjuntos Habitacionais;
- d) a Construção ou Obras Civas localizadas no Litoral Paranaense;
- e) a implantação de Cemitérios;
- f) a implantação de Empreendimentos de Lazer, tais como: campings, clubes de campo, e outros.

Para realizar qualquer um desses empreendimentos deverá ser solicitada uma Licença Prévia e, após, uma Licença de Instalação junto à Secretaria Estadual do Meio Ambiente. Vale ressaltar ainda, que no Paraná existe a possibilidade dos Municípios se tornarem responsáveis pelo licenciamento em empreendimentos de impacto local.

O procedimento no estado de São Paulo é bem parecido, porém um diferencial existente é que é necessária a Licença Ambiental Prévia da CETESB com a apresentação do EIA e RIMA para aprovação do projeto pelo Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais do Estado de São Paulo (GRAPROHAB)⁴⁰, cuja aprovação é necessária para realizar empreendimento.

³⁹ PARANÁ. Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Resolução nº 31, de 24 de ago. 1998. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, autorização ambiental, autorização florestal e anuência prévia para desmembramento e parcelamento de gleba rural. **Diário Oficial do Estado**, Paraná, sem data de publicação. Disponível em: <http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao_ambiental/Legislacao_estadual/RESOLUCOES/Resolucao_SEMA_31_1998.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁴⁰ COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **GRAPROHAB – Certificado**. Licenciamento Ambiental Roteiro e Informações. Sem data de postagem. Disponível em:

3.3. Embargos sobre empreendimentos

Em certas ocasiões é possível que haja o embargo de obras ou de um empreendimento, seja por meio de uma fiscalização dos órgãos ambientais ou por uma ilegalidade dentro do procedimento de concretização do licenciamento ambiental. Outra hipótese é a possibilidade do embargo do empreendimento dentro de certas áreas de atividade. Nesse último caso, cabe salientar que esse embargo deve afetar apenas a atividade “onde efetivamente caracterizou-se a infração ambiental”, sendo este o entendimento dado pelo Decreto Federal n.6.514/2008⁴¹ em seu artigo 15-A.

A resolução de tais embargos são em sua maioria simples: apresentação da documentação necessária para a devida regularização; pedido a fim de corrigir a área de embargo; ou, a depender do caso, uma interposição de medida judicial com o mesmo objetivo.

No que tange a questão das obras paradas, ou com demora para obtenção do licenciamento, o Tribunal de Contas da União (TCU) por meio do TC 024.048/2018-6⁴² realizou uma auditoria para identificar possíveis riscos e oportunidades sobre o procedimento do licenciamento ambiental.

3.3.1 Relatório de Auditoria - TCU

A audiência operacional sobre o Licenciamento Ambiental Federal (LAF)⁴³, realizada em 31/07/2019, sob a relatoria do ministro-substituto Weder de Oliveira, tratou de identificar riscos e oportunidades de melhoria no procedimento do licenciamento

<https://cetesb.sp.gov.br/licenciamentoambiental/roteiros/graprohab/graprohab_certificado/. Acesso em: 10 out. 2020.

⁴¹ BRASIL. Decreto nº 6.514, de 22 de jul. de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, sem data de publicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁴²TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente. **Relatório de Auditoria**. Brasília, 2019. Relatório. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/CA/C6/59/28/7AE4C6105B9484B6F18818A8/024.048-2018-6-%20Licenciamento%20ambiental.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁴³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente. **Relatório de Auditoria**. Brasília, 2019. Relatório. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/CA/C6/59/28/7AE4C6105B9484B6F18818A8/024.048-2018-6-%20Licenciamento%20ambiental.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

ambiental. O conteúdo vasto de tal auditoria atacou desde os acertos até mesmo os erros, denominados riscos pelos ministros, sendo então a Tomada de Contas (TC) 024.048/2018-6 repleto de informações.

Segundo a avaliação do TCU, o IBAMA, até a data do relatório, tinha como característica atuar de maneira tempestiva na maior parte dos processos de linha de transmissão examinados, porém traz a tona uma deficiência no tangente a comunicação e utilização de guias e documentos técnicos, até mesmo com órgãos e entidades ligadas a LAF.

Além disso, segundo o relatório, o IBAMA não tem sido capaz de transparecer a real importância do licenciamento ambiental, visto que a maioria dos casos, bem sucedidos ou não, não são repassados ao restante da sociedade de maneira satisfatória. Dessa maneira, o próprio órgão, o qual seria o máximo defensor do LAF, deixa sem contraponto o senso comum: de que o licenciamento ambiental consistiria em uma mera burocracia impeditiva de um maior desenvolvimento do país.

Há de se ressaltar que tanto o Ibama quanto os empreendedores, maiores interessados na agilidade do processo, são ineficazes no cumprimento de prazos e análises de documentos necessários. O Ibama analisa com atraso as amostras dos processos referentes às rodovias. Por sua vez, certos empreendedores são ineficazes ao promoverem as correções no EIA e no RIMA dentro de um prazo ágil, muito disso devido à falta de orientação objetiva para análise desses relatórios indispensáveis.

Finalizando a análise da auditoria, os Ministros reconhecem a existência do desbalanceamento entre os recursos empregados e o crescente número de processos necessitantes do Licenciamento Ambiental Federal, ademais inferem a importância da evolução desse instituto, desde o reconhecimento de sua necessidade até a efetividade entre o crescimento econômico do país e a defesa dos recursos naturais.

4. LICENCIAMENTO AMBIENTAL E O DIREITO BRASILEIRO

4.1. Atuação do Ministério Público

O presente tópico tem por objetivo abordar o papel do Ministério Público (MP) no licenciamento ambiental e analisar a efetividade e o impacto dessas intervenções.

Segundo a pesquisadora Naoka Sera Furuiti⁴⁴, o surgimento da atuação do Ministério Público no licenciamento ambiental se deu no inciso II do artigo 129 da CF/88:

⁴⁴ SERA FURUITI, Naoka. **A atuação do Ministério Público no licenciamento ambiental de**

Artigo 129, II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.⁴⁵

Esse artigo em conjunto com artigo 225, caput da CF/88, que impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, é o motivo pelo qual o Ministério Público passou a acompanhar os processos de licenciamento ambiental.

De forma mais direta, utilizando-se do conceito do Ministério Público do Rio Grande do Sul⁴⁶, é buscando a aplicação do artigo 225 que o Ministério Público, instituição voltada à defesa da ordem jurídica e garantidor dos direitos fundamentais, como o meio ambiente, atua.

Para tal o MP, além de poder participar de audiências como as públicas e as da SEMA, tem as seguintes ferramentas, em casos de processamento de crimes ambientais:

- a) Inquérito Civil - IC;
- b) Termo de Ajustamento de Conduta - TAC;
- c) Ação Civil Pública - ACP;
- d) Ação Penal Pública - APP.

Novamente utilizando os conhecimentos da pesquisadora Naoka Sera Furuiti, em sua dissertação de mestrado "A atuação do Ministério Público no licenciamento ambiental de empreendimentos da geração de energia"⁴⁷ a autora explicitou os problemas na estrutura pela qual o Ministério Público exerce suas funções, tomando decisões não

empreendimentos de geração de energia. 2009. 167 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Ciência Ambiental, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 19

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **O Ministério Público na defesa do meio ambiente.** MPRS. Sem data de postagem. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/meioambiente/>> Acesso em: 10 out. 2020.

⁴⁷ SERA FURUITI, Naoka. **A atuação do Ministério Público no licenciamento ambiental de**

empreendimentos de geração de energia. 2009. 167 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Ciência Ambiental, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 131-138

uníssonas e gerando divergências. Como por exemplo, ações não condizentes com os questionamentos do próprio MP no Conselho da SEMA e com o que foi discutido nas audiências públicas. E por fim, a autora concluiu que:

“Portanto, a estrutura pela qual o MPE-SP exerce a fiscalização sobre o licenciamento ambiental conduzido pela SMA pode acabar por exacerbar as tensões existentes e por criar contradições por vezes críticas, favorecendo a perpetuação dos conflitos.”⁴⁸

4.2. Casos Concretos

Considerando a problemática proposta pelo trabalho, este item se faz necessário para a identificação de ocorrências do licenciamento ambiental em situações concretas. Neste caso a Usina Hidrelétrica Mauá (Paraná) e a Rodovia Régis Bittencourt - BR 116 (São Paulo e Paraná) serão os objetos de análise.

4.2.1 Usina hidrelétrica Mauá / Usina Hidrelétrica Governador Jayme Canet Júnior

A narrativa em torno da Usina Hidrelétrica (UHE) Mauá desde o seu início possui questões controversas envolvendo o IBAMA, IAP, MPF e a Companhia Paranaense de Energia (COPEL). A ação civil pública (ACP) n. 1999.70.01.007514-6⁴⁹ será o marco inicial do referido subtópico.

A ACP provida pela Associação Nacional dos Atingidos por Barragens - ANAB em face a COPEL e o IBAMA foi um marco importante, visto que em razão da complexidade da matéria, ainda, concernente ao artigo 5º, §1º da Lei.7343/95⁵⁰, o Ministério Público Federal (MPF) foi convocado primeiramente para conceder o seu parecer. Em síntese, o parecer solicitava desde a desconsideração de relatórios, a nulidade dos atos do procedimento de licenciamento ambiental já executados até a transferência da competência do licenciamento ambiental para o IBAMA.

⁴⁸ SERA FURUITI, Op. cit. p. 138

⁴⁹ PARANÁ. 1ª Vara Federal de Londrina. **Sentença dos Autos 1999.70.01.007514-6**. Ação Civil Pública; medida liminar concedida Estudo de Impacto ambiental - construção de usina hidrelétrica. Disponível em: <<https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 7.347, 24 de jul. de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, sem data de publicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 16 out. 2020.

Além disso, o MPF pedia a declaração de inexistência do EIA-RIMA devido a possíveis fraudes e pelo não atendimento da Resolução 01/1986 do CONAMA. Apenas para dimensionar, segundo avaliação de pesquisadores de Universidades Estaduais haveriam complementações necessárias em pelo menos 69 itens do EIA.

Independentemente disso, na data de 07/12/2005⁵¹, O Instituto Ambiental do Paraná emitiu a Licença Prévia da Usina Mauá, apontando a viabilidade para a construção da Usina Hidrelétrica. Em resposta à emissão da licença, o MPF, por meio de um pedido liminar, conseguiu a exclusão do empreendimento do leilão de energia, onde seria feito o licenciamento da Usina.

A arrematação do empreendimento foi acontecer somente em 10/10/2006, pelo Consórcio Energético Cruzeiro do Sul, em leilão realizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, mesmo havendo a ACP, encabeçada pelo MPF, acusando fraudes, omissões, contradições e o não cumprimento das disposições da Resolução 01/86 do CONAMA, como anteriormente citado.

Seguindo a linha temporal, em 18/03/2008 o IAP emitiu a segunda licença necessária, a Licença de Instalação. O início da obras civis se deu em julho do mesmo ano. A última licença prevista, a Licença de Operação, foi concedida em outubro de 2012, tendo sua validade de dois anos. A inauguração da Usina Hidrelétrica Mauá se concretizou apenas no mês de dezembro de 2012, devido a todas as decisões judiciais relacionadas às questões das licenças ambientais. A UHE segue em pleno funcionamento das suas funções, tendo conseguido todas as renovações das licenças fundamentais.

Vale contextualizar que a Usina Hidrelétrica Mauá foi renomeada em 2017 para Usina Hidrelétrica Governador Jayme Canet Júnior, como forma de homenagem⁵².

Por fim, a Ação Civil Pública proposta pelo MPF, em 2006, continua tendo novas movimentações dentro do cenário jurídico. O pedido da ACP que trata da mudança de competência quanto ao licenciamento ambiental, do IAP para o IBAMA, foi decidido favorável ao MPF, tendo a União protocolado um agravo regimental no recurso ordinário⁵³,

⁵¹ Elaborada por Consórcio Energético Cruzeiro do Sul. A Usina. Disponível em: <<http://www.consorcio Cruzeiro dosul.com.br/a-usina>>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁵² Usina Mauá recebe nome do ex-governador Jayme Canet. **Agência de Notícias do Paraná**, Curitiba, 09 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=92676&tit=Usina-Maua-recebe-nome-do-ex-governador-Jayme-Canet>>. Acesso em: 10 out 2020.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apresentação de Contrarrazões ao Agravo Regimental. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1256969/PR. União e Ministério Público Federal e outros. Relatora:

tendo como relatora a ministra Rosa Weber, sendo as contrarrazões protocoladas pelo MPF a última movimentação sabida.

4.2.2. Rodovia Régis Bittencourt - Serra do Cafezal

A rodovia Régis Bittencourt, que faz parte da BR-116 e liga o trecho de Curitiba a São Paulo, existe desde 1961. Porém, até o ano de 2008 era uma rodovia de pista simples no trecho da Serra do Cafezal e tinha uma alta incidência de acidentes. Ainda em 2008, ocorreu a concessão da rodovia para a empresa Arteris, então OHL. Neste contrato foram previstas obras que a Arteris deveria realizar, e uma delas era a duplicação do trecho de trinta quilômetros e meio da pista na Serra do Cafezal.

Detalhe importante a ser explicitado é que antes de concessão a pedido do Departamento Nacional de Infraestrutura - DNIT já havido sido concedida uma licença prévia pela SMA em 1996, com um EIA que começou a ser realizado em 1991. No entanto, por se tratar de uma rodovia federal, o licenciamento deve ser feito pelo IBAMA, fato esse constatado em 1997, o que levou à nulidade da licença. Após a análise, o IBAMA chegou às mesmas conclusões que a SMA e em 2002 a licença foi concedida.

O que aconteceu foi que o DNIT nunca entrou com o pedido de Licença de instalação, já que por decisão do Ministério do Transporte a obra seria repassada à iniciativa privada. E nesse meio tempo o MPF entrou com uma ação civil pública com uma liminar pedindo a revogação da licença. Então mesmo com a concessão em 2008, foi só em 2009 quando foi julgada improcedente a ação do MPF que foi dada continuidade no processo de licenciamento.

Ainda em 2009, a Arteris entrou com o pedido de Licença de Instalação junto ao IBAMA. Em 2010 foi concedida a Licença de Instalação para somente onze quilômetros do trecho total, ficando somente cerca de dezenove quilômetros sem a duplicação, as obras desse trecho foram concluídas em 2012. A Arteris tentou logo em 2011 dar continuidade ao licenciamento do trecho restante, porém sem sucesso, o IBAMA informou que ainda faltavam adequações no projeto. Foi feita nova solicitação no final do ano de 2012 e em 2013 foi concedida a Licença de Instalação do trecho restante.

Todavia, em 2013 um TAC foi assinado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e algumas concessionários de rodovias federais implicou em alterações substanciais no projeto, tais como inclusão de pontes, viadutos e túneis não previstos. E

Ministra Rosa Weber. 08 de setembro de 2020. Disponível em:
<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy2_of_RE1256969.2_UHEMAUA.pdf>. Acesso em: 10 out 2020.

esse último trecho foi concluído somente em 2017, encerrando o processo de duplicação da rodovia com um total de quatro túneis, três pontes e 36 viadutos.⁵⁴

5. CONCLUSÃO

Conforme exposto neste trabalho, o licenciamento ambiental é um instrumento administrativo na busca do desenvolvimento sustentável, por meio da criação de novos empreendimentos, seguindo os parâmetros estabelecidos pelos órgãos públicos visando a proteção ambiental.

Os procedimentos adotados pelo licenciamento ambiental brasileiro variam, em algumas particularidades, de acordo com a necessidade e o entendimento de cada órgão estadual competente. Porém o Sistema Trifásico de licenciamento e a Licença ambiental simplificada são padronizados.

O sistema trifásico das licenças (prévia, de instalação e de operação) é, como exposto anteriormente, um procedimento único em comparação aos ordenamentos jurídicos dos vizinhos sul americanos. Por se tratar de um sistema mais completo e abrangente, espera-se que o controle ambiental sobre os empreendimentos e serviços seja mais efetivo, de maneira a maximizar o desenvolvimento sustentável.

A problemática debatida não se limita a previsão legal, mas, sobretudo, ao empenho individual e coletivo. Como fundamentado na pesquisa, os embargos de empreendimentos e a lentidão na concessão das licenças ambientais derivam de inúmeros fatores, os quais advêm de falhas de ambas as partes: empreendedor e órgão responsável. Além disso, apoiado pela auditoria feita pelo TCU, é inevitável observar que a má impressão do licenciamento ambiental está estritamente ligada a falta de exposição de sua importância e efetividade, tarefa que compete ao IBAMA.

Quanto ao MP é percebido que existe uma demasia de poderes, o qual se não usado de maneira correta e assertiva pode causar insegurança jurídica e prolongamento dos procedimentos de licenciamento ambiental de forma desnecessária. Entendimento no mesmo sentido teve o relatório do Banco Mundial já citado neste artigo, que destaca que “a autonomia ilimitada concedida aos procuradores do MP não tem paralelo no âmbito dos países examinados neste estudo e é um fator preponderante no cumprimento de prazos e previsibilidade do processo de licenciamento ambiental.”

⁵⁴ Após 7 anos de obras, Régis Bittencourt inaugura duplicação na Serra do Cafezal. **Jornal de Brasília**, Brasília, 19 dez. 2017. Disponível em: <<https://jornaldebrasil.com.br/brasil/apos-7-anos-de-obras-regis-bittencourt-inaugura-duplicacao-na-serra-do-cafezal/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

Passando a uma análise dos casos concretos, onde é possível notar de forma clara algumas das constatações anteriores. No caso do licenciamento da duplicação da Rodovia Régis Bittencourt na Serra do Cafezal o MP entrou com ação civil pública, com a liminar revogando a licença, que durou cerca de sete anos e se mostrou sem fundamento ao fim. Quanto ao tempo da duplicação deve-se levar em conta a demora de se realizar a concessão da rodovia e isso foi motivo em grande parte dos atrasos para início das obras após a Licença Prévia. Mas após a análise fica evidente a insegurança jurídica do procedimento, seja ela pela falta de clareza sobre a maneira correta de se realizar o licenciamento ambiental ou pela imprevisibilidade dos órgãos licenciadores e fiscalizadores envolvidos.

Em relação a Usina Hidrelétrica Mauá, além de semelhanças com o caso da Rodovia Bittencourt vemos um empreendimento que desde o começo do seu planejamento é objeto de discussões jurídicas e administrativas. A cada movimentação que ocorreu, e ainda futuros passos em torno desse empreendimento, se percebe um campo obscuro de temas: de acusações de fraudes, transferência de competência e até de improbidade administrativa, presente na ACP proposta pelo MPF. Em outras palavras, vemos um procedimento ambiental que possui a sua base teórica consolidada e com uma licença ambiental em vigência, porém sujeito a mudanças ocasionadas pelo Poder Judiciário e suas conclusões.

Dessa forma, pode-se concluir que o licenciamento ambiental apesar de em teoria ser estruturado de uma forma protecionista, com suas fases e etapas, que teriam por objetivo assegurar a proteção efetivamente em cada etapa do empreendimento, acaba por gerar na verdade diversas oportunidades para reinserir entraves e conflitos já deliberados. Situação que gera incertezas e insegurança, que afeta tanto os custos quanto os prazos.

Por fim, tem-se por conclusão que o licenciamento ambiental pode tornar-se um entrave burocrático em razão do entendimento procedimental diverso dos envolvidos durante o processo licenciatório, seja ele por confusão, divergências ou má-fé. Mesmo havendo equívocos da parte empreendedora, a parte licenciadora é a principal responsável pela visão depreciativa.

REFERÊNCIAS

Após 7 anos de obras, Régis Bittencourt inaugura duplicação na Serra do Cafezal. **Jornal de Brasília**, Brasília, 19 dez. 2017. Disponível em: <<https://jornaldebrasil.com.br/brasil/apos-7-anos-de-obras-regis-bittencourt-inaugura-duplicacao-na-serra-do-cafezal/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

ARGENTINA. **Ley n. 25675**, de 27 de noviembre de 2002. Ley General del Ambiente. Buenos Aires: 28 de noviembre de 2002. Disponível em:

<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

ARTERIS S/A. **Régis Bittencourt**. Arteris, sem data de publicação. Disponível em: <<https://www.arteris.com.br/rodovias/regis-bittencourt/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

AUGUSTO, Luciano. MPF entra com ação para barrar Usina Mauá. **Folha de Londrina**, Londrina, 15 dez. 2005. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/mpf-entra-com-acao-para-barrar-usina-maua-551752.html>>. Acesso em: 10 out. 2020

BANCO MUNDIAL. Escritório do Banco Mundial no Brasil. **Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate (Em Três Volumes): Volume I: Relatório Síntese**. Brasília, 2008. Relatório. Disponível em: <<http://pnla.mma.gov.br/publicacoes-diversas>>. Acesso em: 10 out. 2020

BOCKOR, Mônica. Licença prévia para duplicação da Serra do Cafezal continua valendo. **Jornal Regional**, Registro, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://regionaljornal.blogspot.com/2011/06/regis-bittencourt-licenca-previa-para.html>> Acesso em: 10 out. 2020.

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

BRASIL. Decreto nº 6.514, de 22 de jul. de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, sem data de publicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 8 de dez. de 2011. Fixa normas, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, sem data de publicação. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm> Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Lei nº 7.347, 24 de jul. de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, sem data de publicação. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; **Estudos Ambientais**. Portal Nacional do Licenciamento Ambiental. Sem data de postagem. Disponível em:
<<http://pnla.mma.gov.br/estudos-ambientais>> Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; **Etapas do licenciamento**. Portal Nacional do Licenciamento Ambiental. Sem data de postagem. Disponível em:
<<http://pnla.mma.gov.br/etapas-do-licenciamento>> Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; **Guia de Procedimentos do Licenciamento Ambiental Federal**. Portal Nacional do Licenciamento Ambiental. Sem data de postagem. Disponível em:
<https://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/Procedimentos.pdf> Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; **O que é licenciamento ambiental?**. Portal Nacional do Licenciamento Ambiental. Sem data de postagem. Disponível em:
<<http://pnla.mma.gov.br/o-que-e-licenciamento-ambiental>> Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; **Procedimentos de Licenciamento Ambiental do Brasil** / Maria Mônica Guedes de Moraes e Camila Costa de Amorim, autoras; Marco Aurélio Belmont e Pablo Ramosandrade Villanueva, Organizadores. – Brasília: MMA, 2016. p. 297-311.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apresentação de Contrarrazões ao Agravo Regimental. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1256969/PR. União e Ministério Público Federal e outros. Relatora: Ministra Rosa Weber. 08 de setembro de 2020. Disponível em:
<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy2_of_RE1256969.2_UHEMAUA.pdf>. Acesso em: 10 out 2020

COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **GRAPROHAB – Certificado**. Licenciamento Ambiental Roteiro e Informações. Sem data de postagem. Disponível em:
<https://cetesb.sp.gov.br/licenciamentoambiental/roteiros/graprohab/graprohab_certificado/>. Acesso em: 10 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). Resolução nº 001, de 23

jan. 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 fev. 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 10 out. 2020

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). Resolução nº 237, de 22 dez. 1997. Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 10 out. 2020.

Dnit limita peso na ponte da Régis Bittencourt. **Estradas - o portal de rodovias do Brasil**. Sine loco, 31 jan. 2005. Disponível em: <<https://estradas.com.br/dnit-limita-peso-na-ponte-da-regis-bittencourt/>>. Acesso em: 10 out. 2020

Elaborada por Consórcio Energético Cruzeiro do Sul. A Usina. Disponível em: <<http://www.consorcio Cruzeiro do Sul.com.br/a-usina>>. Acesso em: 20 out. 2020.

HEIMANN, J. P.; PIRES, P. T. L.; POSONSKI, M. **Novos desafios da certificação ambiental na América Latina**. Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas, n. 7, p. 115-127, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/1854>> Acesso em: 10 out 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **O Ministério Público na defesa do meio ambiente**. MPRS. Sem data de postagem. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/meioambiente/>> Acesso em: 10 out. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **O Parcelamento do Solo Para Fins Urbanos**. MPPR - Habitação e Urbanismo. Sem data de postagem. Disponível em: <<https://urbanismo.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=11>> Acesso em: 10 out. 2020.

PARAGUAY. **Ley N° 294/93**, de 31 de diciembre de 1993. Evaluacion de Impacto Ambiental. Disponível em: <www.senado.gov.py/leyes/frecuentes/agrario_ambiental/ley294evaluacionimpactoambiental.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

PARANÁ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Paraná**. Curitiba: Imprensa Oficial, 2019.

PARANÁ. 1ª Vara Federal de Londrina. **Sentença dos Autos 1999.70.01.007514-6**. Ação Civil Pública; medida liminar concedida Estudo de Impacto ambiental - construção de usina hidrelétrica. Disponível em: <<https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

PARANÁ. Lei nº 10.066, 27 de jul. de 1992. Cria a Secretaria de Estado do Meio Ambiente - SEMA, a entidade autárquica Instituto Ambiental do Paraná - IAP e adota outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Curitiba, PR, sem data de publicação. Disponível em: <http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=31904&tipo=I> Acesso em: 10 out. 2020

PARANÁ. Lei nº 10.247, 12 de jan. de 1992. Dispõe que a fiscalização pelo cumprimento das normas federais e estaduais de proteção da flora e da fauna no estado do Paraná é de competência do Instituto de Terras, Cartografia e Florestas do Paraná - ITCF. **Diário Oficial do Estado**, Curitiba, PR, 13 de jan. 1993. Disponível em: <<http://portal.assembleia.pr.leg.br/index.php/pesquisa-legislativa/legislacao-estadual?idLegislacao=34038&tpLei=0>> Acesso em: 10 out. 2020

PARANÁ. Lei nº 20.070, 18 de dez. de 2019. Autoriza a incorporação do Instituto de Terras, Cartografia e Geologia do Paraná e do Instituto das Águas do Paraná, pelo Instituto Ambiental do Paraná, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Curitiba, PR, 19 de dez. de 2019 Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=230319&codItemAto=1428375#1428375>> Acesso em: 10 out. 2020.

PARANÁ. Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Resolução nº 31, de 24 de ago. 1998. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, autorização ambiental, autorização florestal e anuência prévia para desmembramento e parcelamento de gleba rural. **Diário Oficial do Estado**, Paraná, sem data de publicação. Disponível em: <http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao_ambiental/Legislacao_estadual/RESOLUCOES/Resolucao_SEMA_31_1998.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

RIBEIRO, Andrea. MPF/PR: nova liminar exclui usina de Mauá de leilão. **Procuradoria-Geral da República**, Brasília, 26 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-pr-nova-liminar-exclui-usina-de-maua-de-leilao>>. Acesso em: 10 out. 2020.

ROCHA, Ednaldo Cândido; CANTO, Juliana Lorensi do; PEREIRA, Pollyanna Cardoso. Avaliação de impactos ambientais nos países do Mercosul. **Ambient. soc.**, Campinas, v. 8, n. 2, p. 147-160, dez. 2005. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2005000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 out. 2020.

SÃO PAULO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2018.

SÃO PAULO (Estado) Lei nº 118, de 29 de jun. 1973. Autoriza a constituição de uma sociedade por ações, sob a denominação de CETESB - Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle de Poluição das Águas, e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, SP, 30 de jun. de 1973. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1973/lei-118-29.06.1973.html>> Acesso em: 10 out. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 13.542, de 08 maio 2009. Altera a denominação da CETESB - Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental e dá nova redação aos artigos 2º e 10 da Lei nº 118, de 29 de junho de 1973. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, SP, 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

SERA FURUITI, Naoka. **A atuação do Ministério Público no licenciamento ambiental de**

empreendimentos de geração de energia. 2009. 167 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Ciência Ambiental, Universidade de São Paulo, São Paulo.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente. **Relatório de Auditoria**. Brasília, 2019. Relatório. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/CA/C6/59/28/7AE4C6105B9484B6F18818A8/024.048-2018-6-%20Licenciamento%20ambiental.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

URUGUAY. **Ley N° 16.466**, de 19 de enero de 1994. Medio Ambiente. Publicada en el Diario Oficial N° 23977, de 26/01/1994. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5587916.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

Usina Mauá recebe nome do ex-governador Jayme Canet. **Agência de Notícias do Paraná**, Curitiba, 09 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=92676&tit=Usina-Maua-recebe-nome-do-ex-governador-Jayme-Canet>>. Acesso em: 10 out 2020.

VEROCAI, I. **O licenciamento ambiental em outros países.** Disponível em:
<www.mma.gov.br/estruturas/DAI/_arquivos/iaraverocai2.pdf>. Acesso em: 10 out.2020.

A ORTOTANÁSIA: A REGULAMENTAÇÃO NO CÓDIGO BRASILEIRO

ALEXANDRA MARTINS BENTO ARTUR:
graduanda em Direito pela faculdade UNA.

JÚLIA SABATELAU

(coautora)

VIRGÍLIO QUEIROZ DEPAULA.

(Orientador)

1. ORTOTANÁSIA: CONCEITUAÇÃO E DIFERENCIAÇÃO

A ortotanásia é de origem etimológica grega, sendo **orthos**: reto/correto e **thanatos**: morte, ou seja, significa "morte correta". A aplicação do termo consiste no não prolongamento da vida por meios não naturais ou que impliquem no prolongamento do sofrimento, como respiradores ou tratamentos como a quimioterapia, em pacientes terminais. Sendo considerado por muitos, uma morte natural, boa ou desejável, tendo em vista que os sintomas da doença terminal são tratados paliativamente, evitando assim um sofrimento indigno no fim da vida. (Tanaka, Sônia Yuriko Kanashiro. Estudos Avançados de Biodireito. 1ª edição)

Com base no entendimento do conceito da Ortotanásia, podemos citar outros dois termos que também são importantes de trabalhar neste texto: *morte digna* ou *boamorte*.

O termo eutanásia, conhecida como "morte boa e honrosa", "alívio a dor", é entendida como uma forma de aliviar o sofrimento do paciente interrompendo a vida por meio de medicamentos terminais, sendo proibido essa forma no Brasil. Sendo importante ressaltar que o Código de Ética Médica brasileiro de 1988 tem todos os artigos relativos ao tema contrários à participação do médico na eutanásia ou no suicídio assistido. (Borges R. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. JusNavigandi 2005.)

A eutanásia ativa consiste e necessita de um agente causador da situação morte no paciente, e não através do paciente, de forma deliberada, a pedido do indivíduo com a enfermidade ou em estágio terminal, sem que haja sofrimento.

Em casos que ocorra morte causada pelo próprio paciente, denomina-se suicídio, suicídio assistido ou morte assistida. Onde o agente, o terceiro, tem o papel apenas de orientar ou auxiliar, sem que dele origine o ato ou a causa mortis.

A chamada sedação paliativa tem como objetivo, apenas, a sedação do enfermo, evitando que o mesmo sofra, distinguindo das outras formas citadas, a sedação paliativa não procura prolongar ou antecipar o fim da vida, sendo o meio que mais se assemelha a ortotanásia. (Patrícia Donati Almeida. As diferenças entre eutanásia, morte assistida, ortotanásia e sedação paliativa. Jusbrasil - Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes)

Termo pouco conhecido, porém, utilizados nos tratamentos praticados no meio medicinal, tem como objetivo prolongar a vida do paciente a qualquer meio, esse termo é nomeado como distanásia, também conhecido como obstinação terapêutica, sendo um tratamento que não proporciona qualidade de vida ao paciente enfermo e sim prolonga a vida biológica. (Selli ML, Alves JS. Distanásia: percepção dos profissionais da enfermagem. Rev Lat Am Enfermagem 2009)

Nesse sentido, enquanto, nos termos citados, pode-se dizer que, diferente de outros métodos, a eutanásia possui como objeto o final da vida de forma não natural, podendo ser ativa ou passiva. Em contrapartida a distanásia, possui a intenção incessante de utilizar todos os recursos possíveis para prolongar o máximo o tempo de vida, não prezando por sua qualidade. A ortotanásia se baseia em encontrar uma morte sem sofrimento, dispensando qualquer recurso/métodos descomunal de prolongamento a vida, na eutanásia vem o princípio da qualidade de vida do paciente, utilizando de cuidados paliativos. (Junges JR. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. Rev Bioét 2010.)

Realocando os métodos de forma subjetiva, obtém-se aqueles que prolongam a vida a qualquer custo sendo ele a distanásia. A interrupção da vida por meio de terceiro de forma consentida e sem sofrimento é denominada eutanásia. A interrupção da vida com o auxílio de terceiro, sem que haja sofrimento, pode ser conhecida como o suicídio assistido ou morte assistida. Já sedação do paciente sem o intuito de tratamento a fim de aliviar o sofrimento sem interromper a vida chamada de sedação paliativa. Por fim, a ortotanásia consiste em apenas tratar os sintomas sem que haja interrupção da vida ou tratamento da enfermidade.

2.HISTÓRIA

Em meados de 1960 na Inglaterra, a médica, enfermeira e filósofa **Dame Cicely**, desenvolveu o conceito "cuidados paliativos", e o descreveu como a filosofia de cuidar dos indivíduos em estados terminais com doenças incuráveis ou severas. Em seus estudos foram definidos quatro elementos pelo qual o paciente neste estado passava, sendo eles a dor física, dor psicológica (emocional), dor social e dor espiritual. A fim da obtenção de ganho em qualidade de vida, e não tempo, os profissionais da saúde deveriam atuar em todas as esferas, aliviando assim o sofrimento e levando conforto aos pacientes. (Pessini L.A filosofia dos cuidados paliativos: uma resposta diante da

obstinação terapêutica [The Philosophy of Palliative Care - A Response to Therapeutic Obstination]. Mundo Saúde (1995).

Com o reconhecimento do tratamento paliativo, em 1990 a OMS - Organização Mundial de Saúde, reconheceu o tratamento paliativo e o definiu como sendo "o cuidado ativo e total dos pacientes cuja enfermidade não responde mais aos tratamentos curativos". Controle da dor e de outros sintomas, o cuidado dos problemas de ordem psicológica, social e espiritual são os mais importantes. O objetivo dos cuidados paliativos é atingir a melhor qualidade de vida possível para os pacientes e suas famílias". (Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. Cuidados paliativos oncológicos: controle da dor, INCA 2001)

O termo se tornou uma filosofia, quando reconhecido pela OMS (Organização Mundial da Saúde), teve assim seus princípios definidos, sendo eles:

- a) **Veracidade:** respeito constante à verdade. Fundamentado nas relações de confiança interpessoais. Significa dizer a verdade ao paciente e seus familiares, possibilitando a participação concreta deles nas tomadas de decisões.
- b) **Proporcionalidade terapêutica:** relação proporcional entre os meios terapêuticos empregados e os resultados esperados. Este critério aborda o julgamento das intervenções médicas no que diz respeito aos riscos e benefícios da ação, a utilidade ou inutilidade da medida, levando em consideração o prognóstico e os custos de ordem física, psicossocial e econômica.
- c) **Duplo efeito:** observa que a realização de um ato terapêutico tem dois efeitos — um positivo e outro negativo. Receia-se que os efeitos negativos da intervenção médica possam ser fatais, implicando em uma forma de eutanásia.
- d) **Prevenção:** prevenir e implementar ações para abordar possíveis complicações inerentes à evolução clínica do paciente a fim de se evitar sofrimentos desnecessários.
- e) **Não abandono e tratamento da dor:** o primeiro princípio diz ser condenável afastar-se ou abandonar um paciente porque este se recusa a se submeter a um determinado tipo de terapia que o médico considerou ser a mais adequada opção de tratamento. O segundo diz que o paciente, nos momentos de dor, tem direito ao adequado tratamento algiaco.

Promovendo assim a qualidade de vida do paciente, proporcionando uma morte ou vida de qualidade, sendo objeto de uso da ortotanásia.

3 - BASE LEGAL

No Brasil, especificamente na legislação brasileira, não se tem a permissão tácita da prática da ortotanásia, porém como já demonstrado, o tratamento paliativo ou a ortotanásia estão presentes no Brasil desde a década de 80. Com a difusão da informação passou a ser ainda mais popularizada, após o reconhecimento pela OMS (Organização Mundial da Saúde).

Em decorrência das reflexões viabilizadas pela Segunda Guerra Mundial, introduziu-se o conceito de direitos humanos e foram estabelecidos padrões de respeito à dignidade da pessoa humana, o que, de certa forma, trouxe a necessidade de se falar do direito à vida e, como reflexo, sobre o direito à morte digna, resgatando o direito à autonomia e à autodeterminação, proporcionados também pela pós-modernidade. (MORITZ, 2011, p. 188).

Neste contexto o Conselho Federal de Medicina (CFM), realizou um processo longo de elaboração para criar e publicar em 28 de novembro de 2006, a resolução CFM nº 1.805, dispondo:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Respeita o processo natural do viver e o devido curso da morte, empregando apenas medidas paliativas ao enfermo, com objetivo de amenizar os sintomas advindos desse processo, tentando humanizar o máximo possível o momento da morte (BARBOSA; LOSURDO, 2018, p. 170)

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (Preâmbulo Res. 1.805/2006 CFM).

Assegurando a garantia da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, onde: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, artigo 5º, inciso III, e sem sintonia com o inciso XIV da Constituição Federal de 88 (CF/88).

No Código Penal Brasileiro, não possui uma exclusão de ilicitude em casos de enfermos submetidos a ortotanásia, porém o mesmo poderá ser caracterizado como omissão ou auxílio ao suicídio. Apesar de ser uma conduta atípica, poderia ser caracterizada dentro do artigo 121 do Código Penal (CP), podendo conter uma minorante, segundo o parágrafo 1º artigo do 121 do CP, que prevê:

Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (Parágrafo 1º artigo do 121 do CP)

Ao que tange o artigo 122 do CP.

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada: Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

- se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Na prática, o pedido da “vítima” não afasta a ilicitude, e seu consentimento se torna irrelevante para a caracterização da eutanásia. No entendimento penal, formal

da doutrina a ortotanásia, se caracteriza como a ação omissiva do agente, um tipo de eutanásia. Não sendo bem difundida a diferença entre ambos, ou a caracterização dentro do código penal, pode ocorrer, sem os devidos procedimentos, a caracterização do delito. (Guastini VCR. Título I – Do Crime contra a pessoa. In: Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. e Diniz MH. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva)

A prática do consentimento informado é considerada a expressão de uma atitude eticamente correta, uma vez que esta condição manifesta o reconhecimento do paciente como um ser autônomo, livre e merecedor de respeito, observando o princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda, o consentimento informado é uma importante ferramenta na legitimação e fundamentação do ato médico, por isso, é uma condição indispensável na relação médico-paciente (CLOTET; GOLDIM; FRANCISCONI, 2000, p. 13).

O direito à vida resguardada no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 88, no entendimento de André Ramos Tavares (2012, p.575), pode ser compreendido por duas vertentes, sendo em primeiro lugar, o direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, o direito ao um nível adequado de vida. E é nessa segunda vertente que a prática da eutanásia encontra guarita (BARBOSA; LOSURDO, 2018, p.181).

Quando as esferas do direito à vida entram em conflito, como nas situações de solicitação da morte piedosa, é inquestionável que a insistência em continuar vivo aos que desejam morrer, puni o referido nível de vida adequado. O exercício do direito de viverna vida adequada ou minimamente digna, nos remete ao questionamento, se viver é um direito ou apenas um dever do cidadão (BARBOSA; LOSURDO, 2018, p.181-182).

Pode-se compreender a dignidade humana como um princípio constitucional que permeia todo o ordenamento jurídico, tendo um valor supremo inerente a todo indivíduo e base de sua existência, diante da devida garantia dos direitos fundamentais e sociais que orienta uma vida digna (GOUVÊA; DEVAL, 2018, p. 52). Nesse sentido, a positivação da dignidade da pessoa humana é transformada em norma de valoração baseaos demais direitos fundamentais (BARBOSA; LOSURDO, 2018, p.181).

4. CONSIDERAÇÕES ÉTICAS E FILOSÓFICAS SOBRE O INÍCIO E FIM DAVIDA

O estudioso Ramataro (2013), afirma que desde a antiguidade grega, grandes filósofos como Platão, Sócrates e Epicuro, já vislumbravam a discussão acerca da “morte digna”. Sendo divididas em duas vertentes e ao decorrer dos séculos o modo aristotélico permeou-se como o mais coerente. (Bosco,2015)

Embora a vida e a morte sejam consideradas intrínsecos, o questionamento sobre o que seria a morte digna, é muito recente e por isso ainda não se tem uma definição exata, considerando também que o que é ético e moral pode sofrer variações de um povo e cultura para o outro. Levando em consideração que o direito à vida sempre existiu e que a morte não pode ser dissociável à vida, muito se pode questionar sobre como se é garantido uma vida digna, sem que haja uma morte digna. (Bosco, 2015)

A primeira, liderada por Platão, Sócrates e Epicuro, defendia a ideia de que sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o implemento do suicídio. E a segunda vertente implementada por Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates, consistia em condenar a eutanásia e o suicídio assistido.

Os favoráveis à morte voluntária pautam-se sob a fundamentação do princípio da liberdade e da autodeterminação, que defendem a possibilidade de o indivíduo dispor de sua própria vida, em determinadas circunstâncias bem definidas. (PIMENTEL, 2012, p.14), já os opositores tomam como fundamento o princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida, tendo ainda, entre esses extremos, a posição intermediária, que busca a harmonização dos demais posicionamentos, visto o princípio da dignidade da pessoa humana. (GOUVÊA E DEVAL, 2018, p. 52)

A discussão sobre a morte voluntária se torna complexa e polêmica, principalmente por abordar aspectos morais, éticos, científicos, religiosos, jurídicos e filosóficos (GOUVÊA; DEVAL, 2018, p. 52).

O homem, especialmente aquele imerso na cultura ocidental contemporânea, embora tenha plena consciência de sua mortalidade, não parece estar devidamente preparado, em termos psicológicos, para lidar com a ruptura que o fenômeno

—mortell representa. O pensamento sobre a finitude da vida e o conceito de morte como um estado de inconsciência permanente, geralmente, o assusta e amedronta. Muitas vezes, mesmo quando não é a ideia de uma completa e eterna ausência de consciência que inquieta, é a suposição da existência de um universo desconhecido - a ser descortinado somente a partir da cessação da vida - que faz nascer o temor de muitos. Por essas e outras razões, o homem tende a negar a morte ou, ao menos, a distanciar-se de assuntos que remetem a ela. (Danielle Cortez Pimentel, 2012, p. 15)

A importância dos princípios constitucionais e a vida sendo vista sob a ótica da dignidade pessoa humana, observa-se que uma pessoa em pleno equilíbrio psíquico e ciente de sua condição médica, deveria ter a possibilidade de exercer seu direito de reger a própria vida, mesmo nos casos que seu desejo seja a morte, afinal cada pessoa tem um limite de suportabilidade que deve ser respeitado (DIAS, 2018, p. 56)

Não obstante destacáveis filósofos, como Sócrates e Schopenhauer, cada qual no seu tempo, terem fornecido importantes contribuições na análise da morte, enquanto algo desconhecido, que obriga o ser humano a pensar e buscar explicações, Espinosa eleva a morte ao status de um verdadeiro alvo da filosofia, a partir de sua afirmação de que: *“o homem livre em nada pensa menos que na sua morte e sua sabedoria não é uma meditação da morte, mas da vida”*. (BORGES, 2011, p. 249).

5. DISTINÇÃO DE DIGNIDADE E DIREITO

A distinção de dignidade e direito parte do princípio de que dignidade não é conhecida como uma norma jurídica, ou seja, ela não é reconhecida no âmbito do ordenamento jurídico. A dignidade é um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição, ou uma lei, seja ele de religião, nacionalidade, posição, sexo, social etc.

Relacionando a dignidade com a ortotanásia, é uma grande discussão que implica dentro do nosso âmbito jurídico. Pois o direito de morrer dignamente está relacionado com o desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da vida e do sofrimento por meio de tratamento comprovadamente ineficaz para a cura de alguma enfermidade fatal.

Já com base no direito de morrer já vem se relacionando com a eutanásia, ela já é vista como forma de suicídio pois a pessoa escolhe quando provocar a sua morte, extinguindo a possibilidade do sofrimento ali vivido sendo prolongado com tratamentos ineficazes para a sua cura.

Após uma breve análise dos conceitos, possibilitar às pessoas com doença terminal e em grande sofrimento viver os seus últimos dias da forma mais digna quanto possível e com menos dores, é sim considerada uma “morte digna”. Porém, é necessário delimitar o que significa estado de terminalidade ou doença terminal, confrontando-se com a situação daqueles que se encontram em coma ou em estado vegetativo persistente, ou seja, paciente que tem estado grave ou gravíssimo, tendo ainda a sua personalidade permanecendo intocada e, com ela, todos os seus direitos, indo até mesmo contra a dignidade da morte.

Podemos citar vários casos fora do Brasil, como por exemplo, o caso da Nancy Beth Cruzan, no Missouri, um estado norte americano localizado na Região Centro- Oeste do país. Faleceu aos trinta e três anos, doze dias após ser retirada, por ordem judicial, a sua sonda de alimentação, a qual era usada há oito anos. O pedido foi feito pelos seus próprios pais. Já em estado vegetativo persistente e com lesões cerebrais irreversíveis, embora seu sistema respiratório e cardiovascular ainda funcionasse bem. A decisão da Corte foi fundamentada após testemunhas afirmarem haver depoimento de Nancy no sentido de não desejar viver “como um vegetal”, em virtude do acidente. (José Roberto Goldim e Cruzan V. Director, Department of health, 2005)

Outro exemplo que teve bastante repercussão, foi o caso de um norte-americano chamado Terri Schiavo, que faleceu em março de 2005, após passar quinze anos em estado vegetativo persistente. Durante esse tempo, também era alimentada e hidratada por sonda. Houve disputa judicial entre o seus pais e o seu esposo e, em última instância, foi determinado pela Justiça que a sua sonda fosse retirada, para que tivesse lugar o “processo natural de morte”. Ela morreu após treze dias. (Folha de São Paulo, 2005)

Então podemos observar que nos casos de Nancy Beth Cruzan e Terri Schiavo, a história de vida das pessoas com quadros irreversíveis traz grande comoção aos familiares e a sociedade. Sendo relevante citar o valor moral e social, entretanto, não constituem justificativa aceitável para dispor da vida de um ser humano, ainda que da vontade do doente. Muito já se discutiu a ideia, no Brasil, de considerar a interrupção da vida dessas pessoas, pois não têm ao menos consciência do seu estado de saúde e da sua existência, utilizando para isso o argumento de que as suas condições de vida seriam indignas.

Em vários países podemos ver que já existem inúmeras leis que enxergam as condições indignas vividas ali por pacientes terminais e tomam frente de decisões para que ainda possa haver uma morte digna sem infringir o Direito daquela pessoa, permitindo até mesmo a eutanásia, em alguns casos.

Para que se possa efetivar o direito à morte digna, é importante regular o comportamento e as condutas da sociedade, através de normas que disciplinam a convivência das pessoas que compõem o Estado brasileiro, para que possa sanar esse problema social, tendo em vista a proteção da qualidade de vida inerente ao ser humano, assegurando condições materiais mínimas de sobrevivência.

A dignidade da pessoa humana se relacionaria com a possibilidade de a pessoa administrar sua vida e realizar sua personalidade seguindo sua própria consciência, desde que não viole direitos alheios, trazendo, como uma de suas vertentes,

a autonomia do indivíduo, a liberdade e o poder de autodeterminação (FILHO, 2010, p. 83).

6. PAÍSES QUE ACEITAM A PRÁTICA E SUAS LEIS

Partindo de uma análise sobre outros países, podemos citar vários países internacionais que possui garantia legal sobre o processo da ortotanásia (desligamento de aparelhos ou retirada de medicamentos, sendo conceito contrário do auxílio para a distanásia - prolongamento da vida, etc.), desta maneira, já é autorizada na Suíça, Luxemburgo, Bélgica, França, Holandês e na Alemanha.

Por sua vez, a prática desse processo nesses países não precisamente é legalmente praticada pelos médicos, como no caso do filme *Mar adentro* lançado em 2005, quem prestou auxílio foi uma amiga (não um médico). Por analogia *in bonam partem* (tipo analógico de julgar os casos do direito penal sem prejuízo ao réu.), poderia ser beneficiada pela legislação penal, considerando que em alguns desses países informados, liberar o paciente para que venha a ter uma morte pelo processo natural em casa é sendo considerado também até mesmo uma prática cultural, no qual ocorre a excludente punição de um atocriminal penal.

Podemos concluir que existem várias legislações específicas sobre o assunto que envolve a morte humana. Ditando este modelo de forma que o paciente estando com a doença incurável tem a liberação para poder ter a autoadministração de medicamentos para inibir as dores, sendo considerado um procedimento menos "agressivo" partindo do ponto de vista dos médicos, que concorda em privilegiar a autonomia do paciente.

7. FUNDAMENTAÇÕES UTILIZADAS POR ESSES PAÍSES

Dos países citados no tópico acima trago o país Suíça como nossa primeira citação, tendo uma fundamentação bastante interessante em termos do direito da morte, ela possui duas associações de auxílio à morte - a EXIT e a DIGNITAS - destacando que atualmente o país da Suíça não possui legislação específica acerca do tema.

Esses métodos utilizados e não puníveis vêm por intermédio de uma decisão estabelecida pela Corte Federal do país, instância máxima judiciária, que em 2006 consignou que toda a pessoa tem direito a "boa morte" ou "morre bem", desde que tenha plena capacidade de discernimento, tratando-se, assim, de uma interpretação do art. 115 do CP suíço, que não pune o crime de auxílio ao suicídio, quando essa ajuda não é realizada por motivos egoísticos.

A partir desta interpretação da lei, entidades não governamentais, como as principais citadas acima, passaram a estabelecer suas próprias regras de auxílio ao suicídio, sob o formato de associações, com normas internas bastante liberais.

Esse paradigma poderá ser considerado utilizado para muitos países que buscam uma legislação a respeito do assunto. A chamada "The Belgian Act on Euthanasia" traduzindo em linguagem brasileira "A Lei Belga sobre a Eutanásia", conhecido no país da Bélgica possui uma legislação bastante avançada sob em vista das demais normas internacionais, mas com regras específicas e rígidas a respeito de tal prática, criada em 28/05/2002.

Prevendo a prática da eutanásia como medida de auxílio à morte, sendo obrigatório o controle médico, ausência de qualquer pressão externa, observando a manifestação clara de vontade, além da análise feita enquanto a condição fútil medicamentosa, e insuportável sofrimento físico e mental.

A notificação é obrigatória ao Estado, sendo que todos os casos devem ser submetidos a uma comissão de revisão, sendo tudo muito bem analisado. É de se destacar que o parlamento da Bélgica, ocorreu a alteração em sua lei, realizada em 2014, na qual retirou qualquer limite de idade para a realização da eutanásia, expandindo assim a possibilidade de morte assistida aos adolescentes e crianças.

Luxemburgo também possui lei autorizadora da morte auxiliada, denominada "Euthanasia and Assisted Suicide" que em português se ler "Eutanásia e Suicídio Assistido", desde 16/03/2009, evidentemente como o próprio nome diz ela permite às duas práticas, e em contrapartida, no mesmo momento, foi promulgado uma lei específica para regulamentar os cuidados paliativos sobre o assunto.

Podemos considerar a semelhança da lei luxemburguesa aos modelos Belga e Holandês, regulamentando, ainda, a possibilidade das chamadas "diretivas antecipadas de vontade", prática que autoriza ao paciente, enquanto ainda consciente, determinar quais serão suas vontades, quando não mais possuir capacidade de expressá-las de maneira integral e completa.

Com os exemplos internacionais, podemos concluir, que nos indica duas formas de trabalharmos esse assunto: Podemos nos basear na interpretação do CP ou legislação específica, que descriminaliza os procedimentos, mediante determinados requisitos.

A interpretação dada à norma penal não nos parece ser o caminho mais tranquilo, pois, além da falta de atualização do nosso CP sobre o assunto que nos deixe

claro como será punível criminalmente um ato irregular, a nossa sociedade avança muito mais rápido que as nossas leis. E se partirmos pelo ponto das interpretações das decisões judiciais, elas sofrem alterações ao longo da história, e o que pode representar uma proibição, num momento posterior, transforma-se em liberdade e, pior, diante de um caso concreto a diversidades de detalhes que surgem de acordo com novos problemas que vem apresentando diante do assunto.

8 DIREITO À VIDA

Conforme exposto pela nossa Constituição Federal, a vida é um bem jurídico muito bem tutelado é assegurado por ela, onde descrito em nosso artigo 5º da CF que diz: (***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...***), no qual a sua especial proteção no que tange à inviolabilidade do direito à vida. Trazendo o direito fundamental da pessoa humana.

Para começarmos a discorrer sobre o assunto com clareza é interessante frisarmos que o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte sendo um direito elementar de todos os demais, não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruir dos outros direitos e liberdades dispostos na nossa Constituição.

Contudo, podemos pontuar que o direito à vida é o primeiro valor moral de qualquer pessoa, originando-se a dignidade da pessoa humana, liberdade, integridade física e psíquica. Tendo como imprescindível a existência do ser humano, o Estado deve preservar repelir atos que atentam contra ela, porém, o direito à vida não possui caráter absoluto, como bem pensado por Gilmar Antônio Bedin em seu livro Os direitos do homem e o neoliberalismo. De 2002, p. 44:

O direito à vida é, portanto, um direito que transpassa todo o mundo moderno. Além disso, este direito está tão arraigado em nosso cotidiano que qualquer iniciativa em o restringir torna-se, de imediato, uma questão polêmica. Com efeito, basta olharmos para as controvérsias estabelecidas diante da pena de morte, da liberação do aborto e da permissão da eutanásia para verificarmos a veracidade da afirmação anterior.

A Constituição, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea a, traz a impossibilidade de pena de morte no Brasil, salvo em caso de guerra declarada, todavia, é notável a exceção ao direito à vida também em casos de aborto legal (crianças anencefálicas), saúde da gestante ou estupro ou em casos de legítima defesa.

Conforme abaixo podemos trazer entendimento do Superior Tribunal de Justiça no qual cita em um Mandado de Segurança número 23.4521 do ano de 1999, que homologa o caráter não absoluto de direitos fundamentais:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo por que razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Diante disso, o regime jurídico acaba sofrendo limitações de ordem jurídica, que são destinadas de um lado, a assegurar a existência harmoniosa das liberdades, e por outro lado, defender proteção da integridade do interesse social gerando um fundamento ético, em nenhuma hipótese os direitos ou as garantias podem ser exercidas em forma que traga impraticabilidade da ordem pública com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Não podemos deixar de citar, conforme os atuais juristas, o direito à vida começa com a fecundação e termina quando o corpo para de emitir sinais vitais naturalmente. Diante disso, o aborto e a eutanásia não são permitidos no Brasil.

Em conformidade com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 54, o aborto somente é permitido em casos de risco de vida, de gravidez resultante de estupro e de anencefalia fetal. Assim, uma mulher não pode optar pela interrupção da gravidez se não se enquadrar em alguma das hipóteses mencionadas, pois o feto que está se desenvolvendo em seu ventre já é considerado uma vida.

Nossa legislação vigente considera a eutanásia uma prática como um homicídio porque acredita-se que o correto é a morte natural sem intervenção médica ou de terceiros (ortotanásia).

Sendo um direito, e não se confundindo com uma liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular. Daí que os poderes públicos devem atuar para salvar a vida do indivíduo, mesmo daquele que praticou atos orientados ao suicídio. **(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2017, p. 231).**

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da população, envolvendo, desta forma um complexo de deveres e direitos fundamentais que assegurem a população, contra o todo e qualquer ato degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida salubre.

Por parte do Estado e a medicina eles tem por objetivo em prolongar a vida de um paciente acometido de doença grave e incurável a qualquer custo, ocorre que pode estar ferindo a própria dignidade do paciente, pois o resultado dos tratamentos sem relevância que já não traz a cura mais é levar a pessoa a um estado de permanente sofrimento e angústia. Não podemos deixar de observar que faz da pessoa um ser digno, é respeitar a qualidade de vida, desta forma gerando bem-estar e, assim, prestando compromisso com a sua vida e do próximo. Não permitindo assim, que a vida seja uma batalha incansável contra o fim natural de todo ser vivo, a morte. Entendemos que o Estado não obriga ninguém a permanecer vivo, haja vista que a vida é um direito assegurado a todos. Direito este que deverá ser observado cuidadosamente quando outros estiverem em conflito, visando à vontade e bem-estar do responsável desse direito.

9. PROJETOS DE LEIS NO BRASIL

O Conselho Federal de Medicina brasileiro aprovou a Resolução nº 1.805/2006, sobre a prática da ortotanásia, que autoriza o médico a limitar ou suspender tratamentos, no caso de doença grave sem possibilidades de cura, e a ofertar cuidados paliativos, desde que com consentimento do paciente ou seu representante legal.

Deixando com bastante clareza a prática da chamada ortotanásia, ao assim definir:

"Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal."

Analisando brevemente a legislação, não há a garantia de que não há impedimento legal nenhum para o procedimento. E se não há previsão legal que impeça a prática, segue-se que deve ser permitida, como prevê o artigo 5º, II, da nossa atual Carta Magna, porquanto "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Desta maneira, não há, na ortotanásia, a ação de ofender a vida, como há na eutanásia, portanto há não do que se fala em homicídio previsto no artigo 121, do Código Penal, omissão de socorros, prevista no artigo 4º, do Código Penal, ortotanásia enquadra os pacientes em estado irreversíveis, mesmo recebido todos os cuidados necessários para sua recuperação hipotética, a situação continua sem melhoria. A insistência dos tratamentos pode ferir o princípio da dignidade humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Frisamos que na ortotanásia, não há do que se dizer que o paciente faleça por abandono, desleixo, negligência ou falta de cuidados. Quando falamos de ortotanásia, falamos de uma situação em que o sujeito já recebeu tratamento e desta maneira prolongar sua vida seria estender seu falecimento. Permitir que um sujeito em sofrimento, com morte iminente faleça não é privar-lhe o direito à vida, tampouco ofender a indisponibilidade do direito a esta, mas garantir sua dignidade. Não devemos entender, portanto, que a ortotanásia fere a indisponibilidade do direito à vida.

"Sobre muito refletir a propósito do tema, chegou à convicção de que a resolução, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal, realmente não ofende o ordenamento jurídico. Desde então a ortotanásia é, pacificamente, aceita pelo nosso ordenamento jurídico." **(JUIZ. Roberto Luis Luchi Demo)**

Diante do exposto pelo juiz Roberto, segue-se a conclusão de que a ortotanásia é uma prática que leva ao melhor caminho a ser tomado para fazer valer o princípio da dignidade humana. Não podendo ser confundido com eutanásia que a punições criminalmente em casos que forem cometidos essa prática, tampouco com

distanásia. É a permissão para que o paciente faça para que possa falecer naturalmente, quando já se encontra em estado de saúde irreversível, sendo sua morte um ato inevitável.

10 - PROFISSIONAIS DA SAÚDE E A ORTOTANÁSIA

Ao longo das pesquisas realizadas a fim de esclarecer a opinião dos profissionais da saúde e dos familiares que lidam com pacientes em casos terminais, é notório a predileção do bem-estar, dignidade e da boa morte desses pacientes. Visando o sofrimento que a família e principalmente dos profissionais que enfrentam situações como essas, a ortotanásia é vista com bons olhos.

Psicologicamente se torna algo frustrante para aqueles que se dedicam a cuidar e a melhorar a vida de seus pacientes, por possuírem uma consciência mais ampla do prognóstico daqueles que se encontram em situação terminal. Torna-se também angustiante o sofrimento da família.

Embora a tecnologia disponível venha facilitando o cuidado e possibilitando maior sobrevida às enfermidades, vem também, ao que parece, dificultando a resiliência diante da impossibilidade de cura e da terminalidade. Ao que consta, a formação dos profissionais da saúde, em especial a de enfermeiros e médicos, está fortemente vinculada a curar doenças e salvar vidas e, quando salvar essas vidas não se torna viável, surge o sentimento de frustração.

As fragilidades e limites da intervenção profissional, por si só, já justificariam uma maior relevância da abordagem da finitude e dos cuidados em relação a ela nos processos formativos, de forma a promover uma atuação mais segura frente ao óbito de pacientes. (Santana JCB, Santos AV, Silva BR, Oliveira DCA, Caminha EM, Peres FS, et al. Docentes de enfermagem e terminalidade em condições dignas. Rev Bioét)

Sabe-se que o dia a dia na UTI é marcado por situações antagônicas, pois às vezes é possível salvar e, em outras, prorrogar o sofrimento, visto que o paciente se encontra fora das possibilidades de cura, sendo inevitável o processo da morte. Neste contexto, os profissionais são submetidos às pressões quanto à tomada de decisões em momentos críticos, à questão sobre o prolongamento ou não da vida em casos com prognóstico reservado. (Isabel Massetto, Enfermeira. Doutora. Professora Adjunta do Departamento de Enfermagem da Universidade Federal de Alagoas. Maceió, Alagoas, Brasil).

Dentre os conceitos que envolvem a terminalidade da vida, neste estudo, enfatiza-se que a distanásia tem como objetivo impedir a morte a qualquer preço,

enquanto a ortotanásia propõe uma morte digna a qual deve ocorrer no momento correto, havendo a preservação da dignidade do paciente, o controle da dor e apoio psicológico concernente às questões relativas aos aspectos sociais e espirituais. (Annie, Enfermeira. Graduada. Maceió, Alagoas, Brasil)

A ortotanásia vem se firmando cada vez mais como uma possibilidade ética diante do sofrimento que antecede a morte irremediável, sendo uma prática permitida em diversos países. No Brasil, implicitamente, é tutelada através de princípios jurídicos, consubstanciados em princípios éticos e morais, porém, por não ter legislação específica, causa uma insegurança jurídica. (Santos, Enfermeira. Doutora. Professora Associada do Departamento de Enfermagem da Universidade Federal de Alagoas. Maceió, Alagoas, Brasil).

Tendo em vista a insegurança jurídica, acarreta a permanência da prática dadistanásia, que por sua vez, é considerada pela Bioética como uma morte difícil, praticada com o intuito de prorrogar a vida biológica através de tratamentos intensivos, sem valorizar a qualidade de vida e a dignidade na terminalidade. (Isabel Massetto, Enfermeira. Doutora. Professora Adjunta do Departamento de Enfermagem da Universidade Federal de Alagoas. Maceió, Alagoas, Brasil).

Cada um traz consigo valores, crenças e uma formação profissional própria e, embora exista um consenso geral de que os profissionais devem ser imparciais e livres de preconceitos, sabe-se que assumir condutas puramente racionais é muito difícil, pois se trata de um relativo pedido de anulação da humanidade do profissional da saúde. Por outro lado, nada mais humano do que a capacidade de julgamento e decisão racional, ponderando entre diferentes argumentos e valores e, também, o desenvolvimento destas capacidades ao longo da vida, considerando a experiência e oportunidades de amadurecimento e reflexão crítica. (Saíron I, Silveira RS da, Ramos FRS)

Mostra-se fundamental avançar no entendimento acerca das estratégias de enfrentamento que vêm sendo muito estudadas pela Enfermagem. Apesar deste estudo não ter se fundamentado no conceito de coping, este vem sendo utilizado para compreender o conjunto das estratégias que podem ser utilizadas pelas pessoas para enfrentar situações estressantes.¹⁹⁻²⁰ Talvez, a aplicação prática de leis normativas auxiliasse nessas condições estressantes, atenuando possíveis sofrimentos decorrentes do adoecer e morrer. (Ana Paula Nogueira, Enfermeira. Doutora. Professora Adjunta da Universidade Federal de Alagoas – Campus Arapiraca. Arapiraca, Alagoas, Brasil).

Os achados retratam a experiência de ortotanásia por parte dos profissionais, envolvendo limites, conflitos e também formas de enfrentar as demandas

por decisões e cuidados eticamente e tecnicamente competentes, o que pode apontar para o interesse no aprofundamento deste conceito (coping) nestas realidades de trabalho.

Em um estudo descritivo, de abordagem qualitativa, realizado com 25 profissionais de saúde atuantes na UTI de um Hospital Universitário, em Maceió/AL, a maioria dos discursos mostraram o sentimento de desconforto e que possuíam uma opinião concernente ao assunto, embora não tenham apresentado domínio sobre os conceitos éticos discutidos. Os participantes do estudo julgaram os esforços invasivos nas situações de final de vida, atitudes com o significado de esforços fúteis ou inúteis, e acreditam que se torna necessário respeitar o limite do corpo humano e não persistir com técnicas de manutenção da vida, quando o necessário é respeitar a finitude.

Consideraram que postergar uma morte não significa salvar uma vida com investimentos em tratamentos os quais não possuem a perspectiva de um prognóstico eficiente, induzindo, assim, os indivíduos em final de vida à distanásia. Assim, este último conceito pode ser entendido como “uma morte difícil, penosa, usada para o adiamento da morte e do prolongamento da vida biológica, sem qualidade de vida e sem dignidade, com o propósito de aumentar o tempo de vida através de todos os recursos disponíveis”.

Uma outra questão interessante foi que na percepção desses profissionais, os conceitos éticos, os quais envolvem a terminalidade do indivíduo, são considerados válidos apenas para exercício profissional, excetuando experiências pessoais com seus familiares, geralmente permeadas de envolvimento emocional mais intenso e com uma perspectiva diferenciada.

Um componente importante a ser considerado é o conhecimento das possibilidades de todas as partes envolvidas, incluindo os familiares e o paciente, para que haja um consenso sobre a melhor opção. Deve-se levar em consideração a individualidade, relativa a crenças culturais e religiosas, de cada um e a predileção é de fato individual, assim possibilitando ao enfermo escolher o melhor caminho a ser seguido dentro de seu conceito próprio.

11- PROBLEMATIZAÇÃO

Acerca do tema e das explanações realizadas possuímos diversas problemáticas pela divergência de pensamentos e do próprio ordenamento jurídico. Ressaltando as vertentes filosóficas de Platão e Aristóteles, como também a divergência entre os Institutos Legais da Constituição Federal, do Código Penal e do Conselho Federal de Medicina.

Aristóteles e seus discípulos consideravam que a manutenção da vida deveria ser prioridade a qualquer custo até a sua finitude inevitável, o enfermo deveria ser tratado. Porém, Platão defendia a ideia da “boa vida, boa morte”, em casos de morte iminente por alguma enfermidade, o filósofo entendia que o poder de escolha sobre como morrer, seria do indivíduo, ou seja, defendia a eutanásia e a ortotanásia, denominada assim muitos anos após a existência de ambos.

A Constituição Federal de 1988 defende a dignidade da pessoa humana, contudo o Código Penal, principalmente em seus artigos 122 e 121, penaliza aquele que auxilia outrem na finalidade *mortis*. Tendo em vista o Conselho Federal de Medicina de nº 1.805 de 28 de novembro de 2006, institui o médico a conscientizar o paciente sobre suas opções de tratamento e de não tratamento.

O princípio da autonomia que leva em consideração o respeito à capacidade de decisão de todo o ser humano, que possibilita à pessoa humana decidir por si mesma. Há, com isso, uma anuência para que o enfermo tenha a sua vontade respeitada ou, em sua incapacidade, através de seu representante, sempre de acordo com suas crenças e vontade. Adota-se, com isto, o reconhecimento do poder de domínio do paciente sobre a sua própria vida e, também, do reconhecimento do respeito à intimidade do paciente.

(SANTORO, Luciano de Freitas)

A problemática da prática da ortotanásia é a falta de regulamentação explícita no código brasileiro, causando impasse entre os legisladores e médicos, em casos mais extremos, pode resultar em ações precipitadas do enfermo, como o fim da vida através de si (suicídio).

12. PROPOSTA RESOLUTIVA

A proposta resolutiva, diante da problemática evidenciada acima, idealizadamente seria uma Emenda Constitucional, considerando as divergências entre os institutos legais, a Constituição, em termos legais, possui superioridade.

A Emenda Constitucional proposta acerca da ortotanásia, necessariamente visa regularizar e regulamentar a prática da ortotanásia em pacientes em estado terminal. A fim de evitar situações extremas, segurança aos profissionais da saúde, levando em consideração a vontade do paciente e da família, garantindo a dignidade humana do enfermo.

A introdução de um novo artigo na constituição por meio da emenda constitucional, teria como objetivo sanar lacunas e divergências existentes entre o código penal e o conselho federal de medicina, criando uma normativa regulamentadora. Dessa forma, apoia e concretiza o objetivo da emenda constitucional, ou seja, a adaptabilidade legislativa diante as relevantes evoluções sociais.

Assim descrito como objetivos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - Garantir o desenvolvimento nacional;

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 e quaisquer outras formas de discriminação.

(CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988)

13. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, para elucidar as considerações finais deste estudo, vimos que o direito à vida não é tratado de forma absoluta, apesar da Constituição Federal de 1988 nos dar esse direito garantido. Desta forma, a ortotanásia é baseada, essencialmente, ao respeito à dignidade da pessoa, no qual conceituamos subjetivamente, que a escolha da boa morte ou da morte natural seja do próprio doente com doença terminal ou incurável.

Entende-se que, ainda que o Estado tenha o dever de proteger a vida humana, de acordo com o caput do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o dever da proteção não é arbitrário, sendo necessário uma análise minuciosa a respeito da situação da morte inevitável, considerando também uma análise fundamental, constitucional da dignidade da pessoa, prevista no artigo 1º, inciso III.

Trazendo então, os caminhos que introduz no que dizemos no sentido da manutenção da vida, deverá trazer consigo o respeito a escolher do próprio paciente e em situação de ausência de vícios na declaração de vontade do paciente o seu representante legal tenha a tomada de decisão, sendo preciso que seja respeitada. Este

mostrou ser, portanto, o ponto idôneo para que seja evidentemente clara e respeitada a dignidade da pessoa.

Sendo o tratamento paliativo, tanto quanto o tratamento dos médicos, ou o que se resulta na ortotanásia, ou seja, aqueles que prolonguem a vida mais do que das suas forças naturais - a distanásia. Desse modo, no caso de doença grave sem possibilidades de cura, desde que com consentimento do paciente ou seu representante legal, não há do que se falar em punição ética disciplinar do médico que praticasse a ortotanásia, prevista na Resolução CFM nº 1.805 (BRASIL, 2006), foi reafirmada no Novo Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), notamos de forma interessante como evolução, quebrando os paradigmas e fazendo valer o respeito, trazendo para o paciente terminal a autonomia da escolha, efetivando para si o melhor procedimento digno, optando, também, até mesmo pela sua morte natural.

Conseqüentemente, tem-se que o acatamento com todo esse processo vivido em um momento difícil que o paciente se encontra é fundamental, pois, eles tendo essa autonomia, estamos produzindo também o efeito da qualidade de vida - ainda que curta - e, sendo livre e reconhecida a sua dignidade, sendo relevante destacar, que essa escolha carrega o peso imenso pessoal e familiar, sentimento particular, podendo ser tornar uma das últimas vontades da pessoa de ser expressar e gozar naquele momento vivido.

14 REFERÊNCIAS

AISENGART, Rachel e Miriam Ventura. ORTOTANÁSIA, SOFRIMENTO E DIGNIDADE Entre valores morais, medicina e direito. Disponível em: [ORTOTANÁSIA, SOFRIMENTO E DIGNIDADE Entre valores morais, medicina e direito Rachel Aisengart Menezes Miriam Ventura](#). Acesso 20 de abril de 2023.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Resolução n. 1.805/2006 do conselho federal de medicina: efetivação do direito de morrer com dignidade.** Projeto FIP/PUC MINAS n. 2º 2009/4862-S2, sob a orientação do professor pós-doutor Fernando Horta Tavares. Disponível em https://www.ipebj.com.br/docdown/_5a0.pdf. Acesso em 09 de maio de 2022.

BRASIL. Resolução CFM n. 1805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Serviços de Cuidado Paliativo Gestão da Qualidade. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/gestao_da_qualidade.pdf.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 23.452. Relator Min. Celso de Mello. 16 de agosto de 1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>

BRASIL. Resolução CFM nº 1.480, de 08 de agosto de 1997. Dispõe sobre a constatação e documentação de morte encefálica e retirada de órgãos. Diário Oficial da União, Brasília, p. 28.227, 21 ago. 1997.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: . Acesso em: 2017

Estado, n. 11, set/nov. Salvador. 2007. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf Acesso em 10/11/2017.

FELIX, Carlos ; COSTA, Solange Fátima Geraldo; ALVES, Adriana Marques Pereira de Melo; ANDRADE, Cristiani Garrido; DUARTE, Marcella Costa Souto; BRITO, Fabiana Medeiros de. **Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura** - Disponível em: [Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura Euthanasia, dysthanasia and orthothanasia](#) . Acesso em 09 de maio de 2022.

FRIEDE, Reis. **Direito à morte digna (2021)** . Disponível em: [Direito à morte digna: um eterno paradoxo - Jus.com.br](#) . Acesso em 09 de maio de 2022.

JUNGES, José Roque; CREMONESE, Cleber; SOUZA, Leonardo; BACKES, Vanessa. **Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia** **Revista Bioética** , vol. 18, núm. 2, 2010, pp. 275-288 Conselho Federal de Medicina Brasília, Brasil - Disponível em: [Redalyc.Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia](#). Acesso em 09 de maio de 2022.

SANTANA JCB, Santos AV, Silva BR, Oliveira DCA, Caminha EM, Peres FS, et al. Docentes de enfermagem e terminalidade em condições dignas. Rev Bioét [Internet]. 2013 may/Aug [cited 2016 Apr 16];21(2):298–307. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a13v21n2.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2023.

MACÊDO, Jefferson Antonio Lima de Jesus. **Cuidados paliativos no Brasil: revisão sistemática**. Salvador: JALJ Macêdo, 2015. viii, 38 fls. Professor orientador: Maria de Fátima Diz Fernandes da Cunha. Disponível em: [https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/18581/1/Jefferson%20Ant](https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/18581/1/Jefferson%20Antonio%20Lima%20de%20Jesus%20Mac%20aado.pdf)

[%c3%83%c2%b4nio%20Lima%20de%20Jesus%20Mac%c3%83%c2%aado.pdf](https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/18581/1/Jefferson%20Antonio%20Lima%20de%20Jesus%20Mac%20aado.pdf) . Acesso em 09 de maio de 2022.

MARTAL, Gustavo Nadel; HANNALL, Samir Abdallah; SILVAIII, João Luis Fernandes. Departamento de Radioterapia do Centro de Oncologia do Hospital Sírio-Libanês. **Cuidados paliativos e ortotanásia**. 2010;15(2):58-60. Disponível em: [Cuidados paliativos e ortotanásia](#). Acesso em 09 de maio de 2022.

MORITZ. Rachel Duarte. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**/Organização de Rachel Duarte Moritz; Câmara Técnica sobre a Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos do Conselho Federal de Medicina. – Brasília: CFM; 2011 - Disponível em: [Conflitos bioéticos do viver e do morrer](#). Acesso em 09 de maio de 2022

ROCHA, Renata. **Eutanásia, Suicídio Assistido, Distanásia, Ortotanásia e Testamento Vital: Aspectos Éticos e Jurídicos Acerca da Morte Digna**, v.1n. 3 (2014). Disponível em: [Eutanásia, Suicídio Assistido, Distanásia, Ortotanásia e Testamento Vital: Aspectos Éticos e Jurídicos Acerca da Morte Digna | Jus Humanum](#). Acesso em 09 de maio de 2022.

SAIORON I, Silveira RS da, Ramos FRS et al. **A experiência da ortotanásia por profissionais. Rev. enferm. UFPE. Recife (06/2017)**. Disponível em: [A experiência da ortotanásia por profissionais da saúde de uma unidade de terapia intensiva | Saioron | Revista de Enfermagem UFPE on line](#). Acesso em 25 de agosto de 2022.

Santos SVM, Motta ALC, Miranda RPR, Domingues AL, Souza Júnior DI, Silva Júnior SI. Dor e sofrimento na doença crônica: reflexão a partir da “morte de Ivan Ilitch”. J Nurs UFPE on line [Internet]. 2016 [cited 2016 Apr 19];10(2):859-66. Disponível em:<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaenfermagem/article/download/11029/12419> . Acesso em 25 de abril de 2023.

SILVA, José Vitor da; DIAS, Ewerton Naves; VITORINO, Luciano Magalhães. Os cuidados paliativos no contexto da bioética. In: SILVA, José Vitor da (Coord.) Bioética: visão multidimensional. São Paulo: Iátria, 2010. p. 123-129.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. Estudos Avançados de Biodireito. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ivesier, 2014, p. 25 a 38 – Disponível em: <https://ribeiromarcelinha.jusbrasil.com.br/artigos/325823113/o-conceito-de-ortotanasia>. Acesso em 09 de maio de 2022.

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ACS (2017) . Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Disponível em: Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio — [Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios](#). Acesso em 25 de maio de 2023.

SANTORO, Luciano de Freitas. MORTE DIGNA – O Direito do Paciente Terminal. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 101. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/15> . Acesso em 25 de maio de 2023.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO PONTE PARA CONCRETIZAR DIREITOS E PREVENIR/REDUZIR A GALOPANTE VIOLÊNCIA QUE ATUALMENTE ACOMETE A POPULAÇÃO IDOSA MAIS VULNERÁVEL

(Um breve ensaio à luz do projeto defensorial “Lares de Idosos: Espaços para Direitos, Dignidade e Solidariedade”)

RICARDO FIGUEIREDO GIORI:

Defensor Público Federal –
Defensoria Pública da União –
Brasil. Ex-Coordenador e Membro
atual do Grupo de Trabalho de
atendimento à Pessoa Idosa e com
Deficiência – GTPID/DPGU⁵⁵

RESUMO56: A atuação da Defensoria Pública da União via PROJETO “Lares de Idosos: Espaços para Direitos, Dignidade e Solidariedade” está no contexto da implementação da RENADI (Rede Nacional de Proteção aos Direitos dos Idosos⁵⁷), tendo em vista a enorme preocupação com aumento atual e galopante da violência praticada contra esse segmento social vulnerável. Diante desse contexto, qual seria o papel da Defensoria Pública do Brasil? Entende-se que a Defensoria Pública deve servir como uma espécie de **ponte para concretizar direitos** previstos no plano abstrato (leis), porém, ainda não implementados em prol da população idosa e seus cuidadores. Trata-se de reforçar a **atuação de um Estado que previne e/ou reduz a eclosão da violência praticada x idosos** mediante a concretização de direitos já previstos em nossa legislação (Constituição Federal de 1988, Política Nacional do Idoso, Estatuto do Idoso etc.), como, por exemplo, direitos a benefícios assistenciais/previdenciários (renda), medicamentos e tratamentos médicos domiciliares (saúde), assistência aos cuidadores familiares (assistência social), substituição de curadores que fazem mal uso dos recursos dos idosos, atuação em fraudes envolvendo empréstimos consignados, direitos coletivos específicos para esse público (programa saúde da família – PSF –, centros-dia, hospitais-dia, centros de convivência para idosos, serviços de apoio aos cuidadores familiares etc.), dentre outros até hoje não implementados pela maior parte

55 E-mail: Ricardo.giori@dpu.def.br

56 Vídeos institucionais disponíveis em: <https://youtu.be/UOFkoj97yyM> e https://www.youtube.com/watch?v=XQDcW1zl_2E

57 <https://www.youtube.com/watch?v=q4RkXwVH5eg>

dos municípios, apesar de a lei 8.842 (PNI - Política Nacional do Idoso) estar vigente desde de 1994. Afinal, prevenir é muito melhor do que remediar.

Palavras-chave: População idosa com deficiência. Atuação da Defensoria Pública Brasileira. Ponte para efetivar direitos.

SUMÁRIO: 1. A implementação de políticas públicas em prol de idosos (e seus cuidadores familiares) enquanto estratégia eficaz para prevenir/reduzir a violência de todos os tipos contra esse vulnerável segmento social 2. Do serviço de acolhimento institucional de pessoas no Brasil 3. Conclusão.

1.A implementação de políticas públicas em prol de idosos (e seus cuidadores familiares) enquanto estratégia eficaz para prevenir/reduzir a violência de todos os tipos contra esse vulnerável segmento social

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), nos últimos anos a população do país manteve a tendência de envelhecimento e ultrapassou a marca de 30,3 milhões de idosos em 2017, conforme última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua.⁵⁸ Para o Ministério da Saúde, o aumento da população com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos alterou significativamente o formato da pirâmide etária em comparação ao ano de 1980 e essa variação terá mais impacto em 2060, momento em que cerca de 1/3 dos brasileiros será considerado pessoa idosa.⁵⁹

Apesar de todas as garantias, direitos e políticas públicas previstas na legislação de regência (leis 8.842/1994 e 10.741/2003, por ex.), como também na Constituição Federal, a situação enfrentada pelos idosos no Brasil ainda é precária, seja pela ausência de implementação das políticas públicas previstas na Política Nacional do Idoso (PNI – lei 8.842/1994), seja pelo tratamento recebido por eles (violência física, psíquica, financeira, estrutural, institucional, entre outras), o que causa certa estranheza, porque, no século XXI, o índice de envelhecimento da população brasileira tornou-se mais elevado em comparação com o século passado.⁶⁰

No Brasil, a violência contra os idosos, infelizmente, ainda é realidade e cresceu durante a pandemia ocasionada pelo Coronavírus. Segundo o Ouvidor Nacional dos

⁵⁸<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>

⁵⁹ <http://mds.gov.br/assuntos/brasil-amigo-da-pessoa-idosa/estrategia-1>

⁶⁰ <https://www.ufjf.br/ladem/2020/06/21/envelhecimento-populacional-continua-e-nao-ha-perigo-de-um-geronticidio-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>

Direitos Humanos, Fernando Ferreira, apenas no 1º semestre do ano de 2021, foram recebidas 37 mil notificações de violência contra idosos.⁶¹

Os números são alarmantes e demonstram que uma considerável e crescente parcela da sociedade brasileira está envelhecendo, adoecendo e, como se isso já não fosse o bastante, sofrendo com uma situação de abandono. Trata-se, certamente, de um dos segmentos sociais mais vulneráveis dentre todos. **Muitas dessas pessoas estão acamadas e possuem limitações que lhes impedem até mesmo de falar e/ou expressar qualquer tipo de vontade.**

A situação em exame tem como lastro a própria alteração da dinâmica social que ocorrendo ao longo dos anos. Os fatores sociais modificativos são diversos e variados, contudo, alguns costumam ser mais reverberados, dentre os quais: a alteração significativa dos arranjos familiares – sim, no plano horizontal, as famílias estão menores e já não há mais quem cuide dos mais dependentes –, a ausência de recursos financeiros – por vezes provocada pela dificuldade de acesso aos benefícios previdenciários/assistenciais –, a própria mudança do papel social da mulher – se antes ela tinha um papel quase restrito ao ambiente familiar, atualmente, trata-se, em muitos lares, da principal provedora do sustento familiar –, **e, sobretudo, a própria a falta de implementação das políticas públicas de apoio aos idosos e seus cuidadores familiares previstas na Política Nacional do Idoso de 1994, como, por exemplo, centros de convivência, centros de cuidados diurnos (centros-dia/hospitais-dia), casas-lares, oficinas abrigadas de trabalho, atendimentos domiciliares, dentre outras.**

Por vezes, as famílias que possuem em seu bojo pessoas que demandam cuidados especiais acabam se vendo compelidas, ante as dificuldades que a vida e a omissão estatal lhes impõem, e a própria ausência de membros cuidadores, a institucionalizarem seus entes mais queridos. Isso, para que, ao menos em tese, eles recebam um tratamento mais digno e adequado no âmbito dos centros de acolhimento institucional.

E, segundo informado pela então Ministra de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos⁶², já há aproximadamente 80 mil idosos vivendo em mais de 6,2 mil instituições de acolhimento espalhadas pelo país afora. Estima-se que o número seja ainda

⁶¹ <https://www.camara.leg.br/noticias/774878-pandemia-de-covid-agravou-situacao-de-violencia-contra-idosos/>

⁶² <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-04/equipes-de-saude-da-familia-vao-visitar-idosos-em-asilos>

maior, caso se computem as instituições que abrigam esse tipo de público de modo informal.

Diante desse panorama, entende-se que, em vez de criminalizar condutas de familiares sufocados ante a própria ausência de apoio estatal, revela-se muito mais produtivo evitar que essa situação em si ocorra. Para tanto, e como já asseverado pelo GT-PID (DPU) em evento público (Junho Violeta) realizado na Câmara dos Deputados⁶³, tem-se como imprescindível a estruturação/ampliação de um Estado que atue na **prevenção** tanto da **violência** quanto da própria **institucionalização em massa** – com a ampliação do escopo e das visitas/atendimentos realizadas/os via Programa Saúde da Família (PFS), instalação de centros de cuidados diurnos (centros-dia/hospitais-dia), oficinas abrigadas de trabalho etc. –, das quais milhares de idosos têm sido vítimas atualmente.

Outra questão de crucial importância para se garantir uma maior qualidade de vida em prol dos idosos mais vulnerabilizados, refere-se à busca incessante pela estruturação e regularização de instituições de longa permanência para idosos (ILPIs), mormente aquelas menores, situadas em regiões com baixo IDH, e que se encontram em situação de maior vulnerabilidade/risco social.

A esse respeito, observa-se a necessidade de fomentar uma atuação em rede mais concreta e direta, seja por parte dos entes federados/gestores competentes (União, Estados e Municípios), seja pelos entes estatais/sociais que atuam na defesa desse segmento social (Defensoria Pública, Ministério Público, OAB, por ex.), bem como dos milhares de Conselhos de Defesa dos Direitos das Pessoas Idosas - e similares - espalhados pelo país afora (CNDI⁶⁴, conselhos estaduais e municipais); em relação a estes, porque são os responsáveis pela gestão e fixação de critérios para a aplicação de recursos existentes em incontáveis fundos (ex: Fundo Nacional do Idoso⁶⁵) criados justamente para garantir uma maior dignidade aos idosos situados em seus respectivos campos de atuação.

⁶³ <https://www.dpu.def.br/noticias-institucional/233-slideshow/63067-dpu-participa-de-evento-pelo-dia-mundial-de-conscientizacao-da-violencia-contra-a-pessoa-idosa>

⁶⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9893.htm; A presidência do CNDI, que integra a estrutura do MMFDH, é exercida atualmente pelo Secretário Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa (SNPDI/MMFDH). Recentemente, foi firmado ACT entre a DPU e o MMFDH/SNPDI, que culminou com a implantação do Projeto defensorial “Lares de Idosos: Espaços para Direitos, Dignidade e Solidariedade”.

⁶⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12213.htm, art. 4º É competência do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa - CNDI gerir o Fundo Nacional do Idoso e fixar os critérios para sua utilização.

E, para atuar na **concretização** dessas políticas públicas de apoio aos idosos e seus cuidadores familiares já previstas na PNI desde 1994, deve-se **reforçar a atuação das Defensorias Públicas** (entes *ombudsman e custos vulnerabilis*⁶⁶), incluindo a da DPU – com representatividade nacional – perante as autoridades públicas responsáveis por sua implementação em suas respectivas localidades.

E foi exatamente nesse contexto de fomento à atuação em rede e concretização de direitos e políticas públicas em prol desse vulnerável segmento social que exurgiu, no âmbito da DPU, o Projeto “Lares de Idosos: Espaços para Diretos, Dignidade e Solidariedade”⁶⁷.

Afinal, investir em um lar de idosos (por ex.), mais do que uma demonstração de respeito ao passado de quem tanto contribuiu em prol da sociedade e exemplo de atitude que revela amor e consideração ao próximo, traduz uma verdadeira visão de futuro por parte do gestor público que consegue enxergar uma sociedade atual com arranjos familiares cada vez menores e que envelhece de forma exponencial. É dizer: se hoje já são tão fundamentais, a tendência que os lares de idosos sejam ainda mais necessários no futuro.

2. Do serviço de acolhimento institucional de pessoas no Brasil

No Brasil, vários serviços que envolvem o acolhimento de pessoas se inserem no âmbito da Proteção Social Especial de Alta Complexidade do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). À semelhança do que ocorre com determinados serviços/equipamentos prestados/existentes no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), tais serviços também são – ou deveriam ser – cofinanciados com recursos públicos federais, estaduais e municipais⁶⁸.

Mesmo porque, quando em contato com a realidade, o que se tem verificado é que determinados equipamentos, como as ILPIs, para ampararem os idosos mais dependentes sob seus cuidados com o mínimo de dignidade (nos termos da própria RDC

⁶⁶ <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/stj-admite-defensoria-custos-vulnerabilis-repetitivo>

⁶⁷ Vídeos institucionais disponíveis em: <https://youtu.be/UOFkoj97yyM> e https://www.youtube.com/watch?v=XQDcW1zl_2E

⁶⁸ <http://mds.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/assistencia-social/pse-protecao-social-especial/pisos-pse/piso-de-alta-complexidade>; <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/gestao-do-suas/financiamento/repasses>; http://aplicacoes.mds.gov.br/suaswebcons/restrito/execute.jsf?b=*dpotvmubsQbsdfmbtQbhbtNC&event=*fyjcs

da Anvisa), precisam e necessitam dispor de serviços **multidisciplinares (saúde, assistência social, transporte, lazer, cultura etc.)**, o que, portanto, vai muito além da área afeta exclusivamente ao SUAS. De todo modo, acerca do aludido cofinanciamento federativo (amplo), eis o que dispõem, dentre outros, alguns dos dispositivos previstos na Lei 8.742/93 (LOAS):

Art. 6º A gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (Suas), com os seguintes objetivos:

I - consolidar a gestão compartilhada, o **cofinanciamento** e a cooperação técnica entre os entes federativos que, de modo articulado, operam a proteção social não contributiva;

...

Art. 6º-B. As proteções sociais básica e especial serão ofertadas pela rede socioassistencial, de forma integrada, diretamente pelos entes públicos e/ou pelas entidades e organizações de assistência social vinculadas ao Suas, respeitadas as especificidades de cada ação. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

...

§ 3º **As entidades e organizações de assistência social vinculadas ao Suas celebrarão convênios, contratos, acordos ou ajustes com o poder público para a execução, garantido financiamento integral, pelo Estado, de serviços, programas, projetos e ações de assistência social**, nos limites da capacidade instalada, aos beneficiários abrangidos por esta Lei, observando-se as disponibilidades orçamentárias. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

...

Art. 6º-E. Os recursos do **cofinanciamento** do Suas, destinados à execução das ações continuadas de assistência social, poderão ser aplicados no pagamento dos profissionais que integrarem as equipes de referência, responsáveis pela organização e oferta daquelas ações, conforme percentual apresentado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e aprovado pelo CNAS. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

...

Art. 12. Compete à União:

...

II - **cofinanciar**, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito nacional; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

...

Art. 12-A. **A União apoiará financeiramente** o aprimoramento à gestão descentralizada dos serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social, por meio do Índice de Gestão Descentralizada (IGD) do Sistema Único de Assistência Social (Suas), para a utilização no âmbito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, destinado, sem prejuízo de outras ações a serem definidas em regulamento, a: (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

...

§ 2º As transferências para apoio à gestão descentralizada do Suas adotarão a sistemática do Índice de Gestão Descentralizada do Programa Bolsa Família, previsto no art. 8º da Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e serão efetivadas por meio de procedimento integrado àquele índice. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

Art. 13. Compete aos Estados:

...

II - **cofinanciar**, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito regional ou local; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

...

IV - estimular e apoiar técnica e financeiramente as associações e consórcios municipais na prestação de serviços de assistência social;

V - prestar os serviços assistenciais cujos custos ou ausência de demanda municipal justifiquem uma rede regional de serviços, desconcentrada, no âmbito do respectivo Estado.

...

Art. 15. Compete aos Municípios:

...

VI - **cofinanciar** o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito local; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

Tais repasses normalmente ocorrem – ou deveriam ocorrer – mediante a transferência, por ex., de recursos financeiros do governo federal, por meio do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS ⁶⁹), para os municípios, via respectivos fundos municipais, que, por sua vez, celebram convênios com entidades filantrópicas, assistenciais, dentre outras de origem não governamental (ONGs), que, ao fim e ao cabo, acabam ficando responsáveis pela instalação e/ou manutenção da maior parte dos centros de acolhimento institucional existentes em nosso país. Além disso, também ocorrem repasses – ou deveriam ocorrer – via Fundo Nacional do Idoso (FNI70), dentre outras fontes de recursos federais.

À guisa de corroboração deste cofinanciamento – só que mediante repasses diretos aos equipamentos –, cita-se a Portaria de nº 2.221, de 3 de setembro de 2020, oriunda do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, que dispõe sobre os procedimentos para a prestação do auxílio financeiro emergencial pela União às instituições de longa permanência e define os critérios de rateio, nos termos da Lei nº 14.018, de 20 de junho de 2020. Esta norma trata do auxílio financeiro emergencial no montante de até R\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de reais), com o objetivo de fortalecer o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19). Ressalta-se que parte considerável dessa verba adveio do Fundo Nacional do Idoso.

Vale dizer – e isso merece ser novamente destacado – que tal serviço/equipamento se insere no âmbito do SUAS – Sistema Único de Assistência Social – como espécie de serviço de **proteção social especial de alta complexidade**. Em outras palavras, não se trata de um serviço público simples, mas, extremamente dispendioso e complexo, que

⁶⁹ <http://blog.mds.gov.br/fnas/institucional/>

⁷⁰ <https://www.gov.br/participamaibrasil/ilpi3>

deveria ser prestado primordialmente pelo Estado⁷¹. Sabe-se, contudo, que tal incumbência mais penosa acabou sendo delegada a algumas pessoas (pessoas simples, na maioria dos casos), que, ao longo de suas histórias, já vinham exercendo esse tipo de papel social e caridoso, embora não da forma tão onerosa, complexa e profissional, como ora exigido pela legislação sanitária de regência.

Tal delegação, por óbvio, não exime – ou não deveria eximir – o poder público local de qualquer responsabilidade na origem quanto ao dever constitucional que lhe cabe de garantir todo o necessário para resguardar a dignidade da pessoa humana em relação aos idosos (e cuidadores familiares) que residem em seu território.

Ocorre que, durante as vistorias, a equipe da DPU ouviu relatos dos responsáveis pelas instituições sobre a falta de fornecimento de fraldas geriátricas, de medicamentos de uso contínuo, de tratamento contínuo e em amplitude suficiente por parte do Programa Saúde da Família, de materiais para curativo e de serviços de fisioterapia para evitar atrofias nos idosos mais dependentes, entre outros desafios enfrentados pelas ILPIs.

Verificou-se, ainda, que, em razão das dificuldades de regularização e da falta de repasses de verbas, algumas ILPIs condicionam o acolhimento à existência de benefício previdenciário ou assistencial para a manutenção da própria subsistência. Mesmo assim, alguns gestores, apesar de todas as dificuldades, abrem os lares para ampararem seres humanos em situação de abandono, independentemente de qualquer contraprestação.

Já o poder público, por meio de seus órgãos, continua encaminhando pessoas idosas (ou não) para as instituições. Em alguns casos, são encaminhadas pessoas em situação de rua e pessoas com deficiência ainda não idosas. Nesse cenário, denota-se uma postura contraditória do poder público. Ora, se por um lado são realizadas visitas para o apontamento de irregularidades formais e estruturais, por outro, não são realizados repasses tampouco adotadas medidas concretas para a estruturação desses espaços de acolhimento.

Tal situação faz com que muitos desses lares permaneçam em um interminável ciclo de precariedade, já que, sem a documentação necessária (alvará, por ex.), não conseguem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) para fins de isenção tributária, e não conseguem captar recursos de fundo algum

⁷¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm: Art. 5º A organização da assistência social tem como base as seguintes diretrizes: ... III - **primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.**

(nacional/estadual/municipal; a exceção foi o auxílio emergencial da União repassado nos termos da Lei n. 14.018/2020 e Portaria GM/MMFDH n. 2.221, de 03 de setembro de 2020).

Sem esses recursos, sem isenção tributária, e sem o apoio estatal concreto e suficiente, tais entidades acabam nunca reunindo condições de saírem do que parece ser um infundável redemoinho de irregularidades e precariedades. E, como continuam sendo alimentados com mais e mais residentes enviados pelos órgãos assistenciais locais (CREAS, por ex.), acabam tendo tal situação ainda mais agravada ao longo dos anos.

E tudo isso fica ainda mais evidente quando se leva em consideração o custo mensal estimado para se manter uma ILPI, e o que efetivamente esses lares conseguem arduamente obter a título de receita (basicamente benefícios mínimos de idosos e doações esporádicas).

3. Conclusão

Diante desse contexto, qual seria o papel da Defensoria Pública do Brasil?

Entende-se que a Defensoria Pública deve servir como uma espécie de **ponte para concretizar direitos** previstos no plano abstrato (leis), porém, ainda não implementados em prol da população idosa e seus cuidadores. Trata-se de reforçar a **atuação de um Estado que previne e/ou reduz a eclosão da violência praticada x idosos** mediante a concretização de direitos já previstos em nossa legislação (Constituição Federal de 1988, Política Nacional do Idoso, Estatuto do Idoso etc.), como, por exemplo, direitos a benefícios assistenciais/previdenciários (renda), medicamentos e tratamentos médicos domiciliares (saúde), assistência aos cuidadores familiares (assistência social), substituição de curadores que fazem mal uso dos recursos dos idosos, atuação em fraudes envolvendo empréstimos consignados, direitos coletivos específicos para esse público (programa saúde da família – PSF –, centros-dia, hospitais-dia, centros de convivência para idosos, serviços de apoio aos cuidadores familiares etc.), dentre outros até hoje não implementados pela maior parte dos municípios, apesar de a lei 8.842 (PNI - Política Nacional do Idoso) estar vigente desde de 1994.

Afinal, prevenir é muito melhor do que remediar. E, a cada missão/visita *in loco*, sobe-se mais um degrau em busca da concretização desses direitos. Inicialmente, focou-se nos atendimentos individuais e na forma como o auxílio-emergencial prestado pela União às ILPIs foi utilizado. Depois, já se passou a discutir, também, a própria reestruturação do sistema de acolhimento institucional em âmbito local, seja com os gestores de ILPIs, seja com a gestão pública, seja com outras/os instituições/entes com atuação na localidade (DPE, MPE, Conselho Municipal de Idosos etc.). Agora, as discussões já estão girando em torno, também, da existência e/ou (re)ativação de um cofinanciamento federal, estadual e municipal, e o fomento à utilização estratégica dos

fundos específicos como forma de “driblar” a ausência de recursos no âmbito local⁷², para que os serviços/equipamentos voltados aos idosos e seus familiares sejam implementados na prática e, com isso, haja efetiva redução tanto da galopante violência intrafamiliar atualmente praticada contra idosos quanto da institucionalização em massa em ILPIs (instituições de longa permanência para idosos ou “lares de idosos” ou “asilos”) que vem atingindo esse segmento social mais vulnerável.

E isso é somente o início de uma longa e contínua caminhada.

Mais informações sobre o Projeto Lares de Idosos podem ser obtidas por meio de alguns vídeos institucionais (<https://www.youtube.com/watch?v=UOFkoj97yyM> e https://www.youtube.com/watch?v=XQDcW1zl_2E) e/ou via site da DPU (<https://promocaodedireitoshumanos.dpu.def.br/gt-atendimento-a-pessoa-idosa-e-a-pessoa-com-deficiencia/>).

⁷² https://www.youtube.com/watch?v=XQDcW1zl_2E

O DANO MORAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO COM EMPRESAS DE TELEFONIA

JOÃO VITOR DUTRA:

Graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

GLAUCIMARCOS FAKINE MARSOLI

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho acadêmico promove a exposição de discussão no campo do direito relacionado ao Direito do Consumidor e sua relação de consumo com empresas ligadas à prestação de serviço de telefonia e internet na temática do dano moral. Serão dispostos conceitos e estruturas do dano moral em primeiro momento e sua aplicabilidade ao consumidor previstos no Código de Direito do Consumidor. Em terceiro momento, o objetivo será analisar casos práticos e identificar o perfil de análise sobre os julgados, sobre o que a Jurisprudência vem identificando como padrão sobre as práticas abusivas das empresas de telefonia e assim sucessivamente considerando-as dano moral em prol do consumidor.

Palavras-chave: Dano Moral. Consumidor. Telefonia.

ABSTRACT: The present academic work promotes the exposition of discussion in the field of law related to Consumer Law and its consumer relationship with companies linked to the provision of telephone and internet services on the theme of moral damage. Concepts and structures of moral damage will be arranged at first and their applicability to the consumer provided for in the Consumer Law Code. Thirdly, the objective will be to analyze practical cases and identify the profile of analysis on the judgments, on what the Jurisprudence has been identifying as a standard on the abusive practices of the telephone companies and so on, successively considering them moral damage in favor of the consumer.

Keywords: Moral Damage. Consumer. Telephony

1. INTRODUÇÃO

O dano moral é sem dúvida um tema que a cada dia que passa ganha destaque no direito brasileiro. A enormidade de lesões invisíveis e sem o devido reparo causa espanto pois as vítimas sequer em vezes sabem que possuem direitos e que estão sendo lesados por mero desconhecimento e abuso de outrem.

A necessidade de proteger e educar essas pessoas é também papel do Estado, e mais, cobrar como Estado que é, posturas e ética sobre grandes empresas que pratiquem atos assim, criando órgãos de controle, fiscalização rígida e punição corretiva.

E por isso, o objetivo deste trabalho é fomentar a discussão e apontar algumas dessas práticas, além de debulhar o dano moral no âmbito do direito do consumidor, onde a prática é infelizmente reiterada pelas grandes companhias. A finalidade é identificar quais as práticas e combatê-las, a priori pelo campo do direito, com argumentos e fundamentos jurídicos trazidos pela normativa brasileira, como um todo, seja Legislativo, Judiciário ou até no Executivo.

O Direito brasileiro já possui consolidação em diversas regras consumeristas e as quais precisam não só de respeito, mas de consolidação, de aplicação forte e combatente às más práticas contra o consumo e consumidor.

As fontes do trabalho serão artigos, a legislação consumerista em especial, além de diversas Jurisprudências sobre o tema. Serão buscadas ainda normas sobre a regulação das empresas e pesquisas no campo de discussão.

Em especial, as empresas de telefonia serão objeto de discussão central do tema, haja vista a grande gama de reclamações na relação de consumo entre consumidores de planos e aparelhos de celular e suas respectivas companhias telefônicas.

Por isso, serão trazidos temas e conceitos sobre o dano moral em suas teorias, nuances, conceitos e classificações, além de focar na parte do direito postado ao Código de Defesa do Consumidor, posteriormente.

Ao fim, coletar essas práticas ilegais pelas empresas e apontar os devidos problemas inerentes à lei do consumidor, frisando a necessidade de que embora usuais, devam ser derrubadas, devam ser combatidas veementemente pelo Estado, em seu dever jurisdicional.

2. O DANO MORAL

2.1. Conceito de Dano Moral

O dano moral é o primeiro e principal elemento da relação que origina o problema entre agente causador do dano e o lesado. O dano tem vertentes em que não se reservam apenas ao moral, ao íntimo e por isso precisa ser detalhado e diferenciado.

Derivado do direito civil, o dano e suas vertentes são composição de uma esfera maior, a da Responsabilidade Civil, e que é proposição a seguir sobre o Dano Moral,

quando configurado. Humberto Theodoro Junior explica que o dano moral são aqueles ocorridos na esfera da subjetividade, no plano íntimo, na valoração pessoal em que o ofendido se cerca, desferindo algum ato, alguma prática que descompasse esse sentimento, esses valores, atentando-se sobre a personalidade humana, características, sentimentos ou até em casos graves como alteração psíquica, afetiva, social, ou seja, como um todo, o patrimônio moral da vítima, seja em qual grau for necessário para tanto. (THEODORO JUNIOR, 2016)

Flávio Tartuce (2018) faz questão de recordar que o dano moral demorou a ser aceito, ainda sofrendo resistência no Código Civil de 1916, onde pouco se ganhou perante a Doutrina e Jurisprudência à época. Contudo, em tempos modernos, outros autores reforçaram conceitos que, na visão de Tartuce, encontram-se em maioria, podendo assim conceituar unicamente:

Seguindo a visão majoritária, constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade, tratados em rol meramente exemplificativo entre os arts. 11 a 21 do CC/2002, para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo.

Por isso é que se deve utilizar, com o devido respeito a quem pensa de forma contrária, a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais, conforme outrora foi comentado. (TARTUCE, 2018, p. 292)

O mencionado autor (TARTUCE, 2018) ainda reforça que sobre a diferença entre ressarcimento e reparação, quando comenta que o dano moral não visa finalidade de acréscimo patrimonial, pois há embutido no dano moral a perda emocional e/ou psíquica que precisa ser compensada, reparada, e a única forma de fazê-la que a aproxime da reparação moral é a pecuniária, a indenizatória.

2.1.1. Dano moral, dano material e dano extrapatrimonial

Uma dessas vertentes classificatórias é o dano moral do dano material. Ambos são considerados atos ofensivos à vítima, mas as atingem de forma diversa. Como detalha Theodoro Jr., os danos:

Materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais, os danos de natureza não econômica e que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou

constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.

Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada (THEODORO JUNIOR.,2016, p. 19)

Portanto, embora indenizáveis por meios parecidos – o pecuniário – a ofensa se difere e por isso, por vezes, mensurar a extensão do dano é mais difícil do que a do patrimonial, onde se avalia meramente o reparo do objeto material.

Conceitualmente falando, ainda há discussões sobre o nome classificatório sobre o dano moral e extrapatrimonial. Quando se diz extrapatrimonial remete-se muito a fora da alçada do material e se encontra ao moral. Todavia, a criação da expressão dano extrapatrimonial é apenas uma criação da Reforma Trabalhista e que em sua natureza não altera em nada a intimidade da expressão. Isto é, dano extrapatrimonial e moral em sua essência, acabam por ser a mesma coisa.

Para Tartuce (2018) a expressão mais desejável é a de ‘dano moral’ por ser consagrada tanto na Constituição Federal, como na legislação inferior, a lembrar do então Código de Defesa do Consumidor, objeto deste estudo, o qual refere-se a este tipo de dano como “moral”. Assim também está habituada a Jurisprudência do tema, a qual por anos anexou Súmulas e Julgados com a primeira nomenclatura. Por isso, por sua predominância, embora sejam a mesma expressão, convém conhece-la como ‘dano moral’.

2.1.2. Dano moral Coletivo

O Dano Moral pode adentrar a esfera coletiva, ainda que haja contrariedade sobre. Essa discussão perdurou por tempos no contexto de que a personalidade adstrita do dano moral inevitavelmente impedia essa coletividade do dano.

O contraponto que inicia a discussão em favor da referida tese faz menção à aceitação da tutela da honra objetiva da pessoa jurídica, no passo que uma pessoa jurídica pode sofrer dano moral, pois assim lhe é denominado quando ferido a honra sobre seu nome, sua imagem, sua reputação (SANTANA, 2019).

A partir disto, entende-se, portanto, que por se tratar de uma pessoa jurídica, sem personalidade, ou seja, sem o interior e subjetivo definidor do dano, abre-se um caminho para argumentação de dano moral para entes também despersonalizados, assim como fora com as pessoas jurídicas.

Um segundo argumento é a regulamentação em sede de Constituição Federal. “O reconhecimento constitucional de direitos coletivos (metaindividuais) é fruto das transformações operadas nos principais sistemas jurídicos contemporâneos” (SANTANA, 2019, p. 162). Neste passo, outrora abriu-se argumentos para a legalização para situações específicas pelos quais o dano fosse despersonalizado, mas coletivo e que causasse lesão aos chamados direitos de personalidade.

Existem valores próprios da coletividade, tais como a dignidade, honra, bom nome, reputação, tradição, paz, tranquilidade, liberdade, dentre outros aspectos relacionados aos direitos da personalidade.

O reconhecimento legal da coletividade como titular de bens imateriais valiosos conduz à afirmação de que o sistema jurídico tem mecanismos próprios de prevenção e reparação das lesões aos mesmos, admitindo-se, portanto, a busca da reparação dos danos morais coletivos. (SANTANA, 2019, p. 163).

E esses mecanismos foram se afirmando dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tal qual no direito ambiental e no direito do consumidor. Em verdade, a Lei 7.347 de 1985 a qual disciplina a ação civil pública elencou em seu artigo 1º, em redação proveniente da Lei 12.529/2011:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII – ao patrimônio público e social. (BRASIL, 2011)

E é no direito consumerista que o tema se encontra, na medida em que o Código de defesa do consumidor regulou o dano moral coletivo, a saber em seu parágrafo único na conceituação de consumidor, quando equipara a consumidor a coletividade de pessoas, quando posiciona a proteção do direito do consumidor a coletividade, bem como em artigo 81 quando enumera, em seu inciso segundo:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo:

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Em mesmo sentido e frente à discussão legal, a jurisprudência do STJ já sedimenta que o dano moral coletivo está presente no ordenamento jurídico pátrio, em inúmeros julgados tais quais “2ª T., REsp 1.057.274/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 01.12.2009, DJe 26.02.2010. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp 1.367.923/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 27.08.2013, DJe 06.09.2013; STJ, 2ª T., REsp 1.509.923/SP, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 06.10.2015, DJe 22.10.2015; (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 286), entre outros, os quais assim definiram-se em um julgado sobre serviços públicos destinados à gratuidade de transporte público a idosos:

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.
2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.
3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo” (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 260)

Desta feita, considera-se que o dano moral coletivo hoje, no ordenamento jurídico pátrio, é convicto e concreto perante os inúmeros casos já julgados pelas superiores cortes.

2.2. Panorama Histórico Brasileiro

O dano moral em seu panorama histórico nacional permitiu-se ainda sobre o Século XX, quando da forma mais próxima ao Código Civil de 1916 tomar forma através da Lei de responsabilidade civil das estradas de ferro, Lei nº. 2.681/1912, o qual preocupavam-se com o dano corpóreo ou estético sofrido pelos profissionais da linha de ferro, haviam a garantia de indenização definida pelo juízo. (TRUGILHO, 2015).

Antes, contudo, de terem registros no direito romano, canônico, na escola francesa e em seu Código Civil de 1804, direito italiano também em Código Civil de 1865, direito alemão em 1900 e até no direito português, o qual também em seu Código Civil de 1867 prezava por regras previstas em dois artigos (2.384 e 2.391), o qual ainda que não taxativos, “prevalecia o entendimento de que a proteção do patrimônio imaterial do ser humano era ampla” (SANTANA, 2019, p. 130).

Já em âmbito brasileiro, um próximo passo de convicção do dano moral após a Lei 2.681 de 1912, ainda que singelo e sem doutrinas asseguradoras, o Código Civil de 1916 tratou de trazer um reforço para o dano patrimonial, mas sem mencionar nada sobre em sua literalidade, sem sequer ter algo expresso. Contudo, “Clóvis Bevilacqua entendeu que o art. 76 do CC/1916 encerrou a controvérsia sobre a reparabilidade do dano moral” (SANTANA, 2019, p. 142). Em uma de suas obras, mencionado por Tiago Ribeiro, Bevilacqua detalha:

Em meu sentir, o sistema do Código Civil, nas suas linhas gerais, relativamente ao ponto questionado é o seguinte: a) Todo dano seja patrimonial ou não, deve ser ressarcido, por quem o causou, salvante a escusa da força maior que, aliás, algumas vezes não aproveita, por vir precedida de culpa. É regra geral sujeita a exceção. (...) c) Para a reparação do dano moral, aquele que se sente lesado, dispõe de ação adequada. (...) e) Atendeu, porém, a essas considerações, no caso de ferimentos que produzem aleijões ou deformidades; tomou em consideração o valor de afeição, providenciando, entretanto, para impedir o árbitro, o desvirtuamento; as ofensas à honra, à dignidade e à liberdade são outras formas de dano moral, cuja indenização o Código Civil disciplina. (BEVILAQUA, 1943, p. 319 apud RIBEIRO, 2016, p. 07)

“O referido autor afirma que se o interesse moral justifica a propositura de uma ação para defendê-lo ou restaurá-lo, não há como negar a indenização por dano moral à luz do CC/1916, mesmo que o bem moral não se exprima em dinheiro” (SANTANA, 2019, p. 142).

Frise-se que essa era uma das teorias positivistas à época, a qual ganhava notoriedade frente às teorias negativistas e ecléticas. Outros artigos, como o 159, o 1.538 e o 1.541 do antigo Código Civil são outros casos de passagens que reforçavam essa tese. (SANTANA, 2019).

Todavia, embora outras leis tivessem sutis passagens frente às intenções de indenizar o dano moral, a narrativa em favor desta só arrebatou quando da presença na Constituição Federal de 1988, através do artigo 5º inciso X, quando menciona que “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). Ainda assim, mesmo em norma pátria, o dano moral precisava de sua concretude, e a partir disso,

[...] diversos diplomas legais foram editados e contemplaram a tese da reparabilidade dos danos morais, dentre eles o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990; o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990; Lei dos Desaparecidos Políticos – Lei 9.140/1995; Lei de Direitos Autorais – Lei 9.610/1998; Lei do Direito de Arena e à Imagem do Atleta Profissional – Lei 9.615/1998, Lei Distrital 2.547/2000 – Lei da Fila de Banco, dentre outras. (SANTANA, 2019, p. 145)

Hoje, não só as passagens legais expressas, mas também a jurisprudência do STJ já confirma tranquilamente a presença do dano moral, através de variadas súmulas, tais quais a de número 37, 362, 498, 227, 370, dentre outras. (SANTANA, 2019)

Desta feita, hoje, em sede de seu panorama histórico, as leis infraconstitucionais são as que regem conceitos, valor indenizatório, causídicas específicas, sempre à luz da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X.

2.3. A Natureza Jurídica e a reparação do dano moral

Sobre sua natureza jurídica, o dano moral nasce do dever de indenizar proveniente dos mesmos preceitos derivados da responsabilidade civil, tanto no seu modelo subjetivo ou objetivo. Em verdade, o dano moral é elemento da composição no que se entende sobre a teoria clássica da responsabilidade civil: conduta, culpa, dano e o nexa causal.

Neste sentido,

O fundamento da condenação é a repressão do ilícito civil, cuja sede normativa se encontra nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Nesses dispositivos não há previsão alguma de pena que o juiz da causa de reparação do dano privado possa adicionar à indenização por prejuízos da vítima. O autor do ilícito civil, ou seja, aquele que “violou direito” ou “causou dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”, não recebe outra imposição dos referidos preceitos legais senão a de ficar “obrigado a repará-lo”. (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 108)

E essa reparação no dano moral que causa embaraço no que diz respeito ao quantum indenizatório. No Brasil hoje constam correntes sobre a natureza jurídica desse caráter indenizatório justamente definidor de valores. Segundo Flávio Tartuce (2018), se dividem em três correntes doutrinárias: a reparadora e compensatória hoje majoritária, a segunda de natureza punitiva e a terceira com caráter reparatório, mas também pedagógico ou preventivo, ou seja, de caráter misto.

A discussão doutrinária dessas concorrentes vai aquém dos valores, ou seja, de como esse valor pode servir de real função de retrair novos danos nessa alçada? Por isso que se discute dentre as correntes se há funções além da mera reparação.

Há na corrente preventiva, ou educativa, ou mista, a finalidade de que

[...] todos os integrantes da sociedade juridicamente organizada, e não especificamente ao agente causador do dano. Considera-se como aspecto intimidativo e desestimulador de futuras violações de direitos da personalidade, em que se busca evitar condutas semelhantes de outros integrantes da coletividade. “É por meio de imposição de eventual sanção pecuniária que certamente muitos integrantes da sociedade não se sentem estimulados a atingir os valores imateriais de seus semelhantes”. (SANTANA, 2019, p. 196).

É a intimidação aos próximos autores, em suma. É prevenir tendo uma carga financeira aquém de meramente reparatória. Contudo, criticada por alguns autores no sentido de que “constitui-se em desvio dos propósitos do direito privado, sendo que a questão comporta regulamentação no âmbito do direito público, por meio de legislação especial e adequada” (SANTANA, 2019, p. 196), ou seja, não é desta feita jurisdicional definir valores a mais para ter efeito educativo sendo que a prevenção deve vir por meios próprios, por legislação, por políticas públicas, e não por vias jurisdicionais.

“Em reforço, a indenização por danos morais não pode levar o ofensor, pessoa natural ou jurídica, à total ruína, não sendo esse o intuito de responsabilidade civil do sistema jurídico nacional.” (TARTUCE, 2018, p. 317).

O caráter punitivo apesar de também representar alguns adeptos não é majoritária pelo fato de que a punição em si resgata a esfera penal e assim sendo perderia o princípio da unicidade na reparação, ou até cometeria *bis in idem* pelo fato de atribuir valores aquém da indenização satisfativa para a punitiva (SANTANA, 2019), dentre outros argumentos.

A de caráter compensatória é hoje majoritária porque guarda similaridade com a reparação patrimonial, e porque se delinea junto aos seus mesmos artigos da responsabilidade civil e além disto segue o ditame do artigo 944 que diz “e “a indenização mede-se pela extensão do dano”, e por isso não se deve acrescentar, em esfera civil, compensações maiores ao dano daquele indivíduo. (SANTANA, 2019).

Com efeito, “a finalidade compensatória do dano moral não significa o pagamento da dor, sofrimento, aflição, preocupação, desgosto experimentados pela vítima do ato ilícito. O dinheiro na reparação do dano moral serve como meio de compensar ou proporcionar uma satisfação à vítima”. (SANTANA, 2019, p. 190).

E frise-se que essa posição não é unânime. A Jurisprudência diverge em julgados com as mencionadas teses ao passo que o posicionamento mais frequente e/ou atual vem de encontro com a teoria mista, além da existência de projeto de lei (PL 399/2011) lançado com o intuito de emplacar alterações no artigo 944 do Código Civil, “para introduzir um novo parágrafo nesse comando legal, com a seguinte redação: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao ofensor”. (TARTUCE, 2018, p. 318).

Pode-se concluir sobre as teorias, nas palavras de Humberto Theodoro Junior, que “a indenização pelo dano moral não deve ser insignificante, mas também não será exorbitante e sempre será meio de encontrar equitativo equilíbrio entre a situação do ofendido e a do ofensor e, em hipótese alguma, servirá de causa para propiciar o enriquecimento do ofendido, nem para provocar a ruína do ofensor (2018, p. 122).

3. O DIREITO CONSUMERISTA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O início deste capítulo tem foco sobre os direitos relacionados ao direito consumerista, a fim de que se compreenda a esfera pelos quais os serviços de telefonia se estendam, na relação de consumo. E para isso é fundamental explorar o Código de Defesa do Consumidor como principal fonte normativa do tema que baliza o estudo do tema proposto.

3.1. O conceito de consumidor

Para que haja qualquer relação de consumo necessário identificar os participantes desse negócio jurídico. E neste negócio, o ator principal sem dúvida é o consumidor, pois se trata do utilizador do produto e do serviço como finalidade do negócio, nas palavras do artigo 1º do CDC “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” (BRASIL, 1990). Ademais, em seu parágrafo único, adiciona-se que “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. (BRASIL, 1990).

Mas nem sempre essa definição foi uníssona. Em verdade, a doutrina separa quatro conceitos e a Jurisprudência teoriza em duas vertentes. As teorias finalista e maximalista se distinguem justamente pelo alcance da conceituação, no sentido que a segunda abrangesse o máximo da relação de consumo possível, inclusive pessoa jurídica profissional que adquire o produto independente da condição.

Contudo, a teoria finalista hoje dominante nos julgados dos tribunais maiores no país, restringe esse conceito a justamente ao final da relação de consumo. Assim sendo,

A Jurisprudência do STJ atualmente se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Com isso, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

Em suma, o caráter distintivo da teoria finalista reside no fato de o ato de consumo não visar ao lucro tampouco à integração de uma atividade negocial. (THEODORO JUNIOR, 2021, p. 13)

Como visto, a Jurisprudência fornece a essência do conceito e a doutrina clareia a definição em quatro tipos de consumidores distintos, à luz da lei e do que diz o STJ. Segundo Fabrício Bolzan, em sentido estrito, as quatro balizas conceituais de consumidores:

- Consumidores são as pessoas naturais ou jurídicas;
- Consumidor é aquele que adquire produto ou contrata serviço;
- Consumidor é também aquele que utiliza produto ou serviço;
- Consumidor é o destinatário final do produto ou do serviço adquirido/contratado no mercado de consumo. (BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p. 63)

Com efeito, esses elementos conceituais asseguram a possibilidade de pessoas jurídicas e físicas serem consumidores, a necessidade da aquisição e da utilização de produto ou serviço, e que essa aquisição tenha finalidade de consumo como destinatário final, nunca para revenda ou uso profissional.

É o que Lima Marques (apud BOLZAN DE ALMEIDA, 2019) chama de consumo intermediário e não final, sendo que este sempre terá uma finalidade posterior àquela sua finalidade, ou seja, na revenda haverá um posterior consumidor final e assim não estariam tratando do sentido estrito do consumidor. (por isso da aceitação da teoria finalista).

Outro ponto sobre esses elementos é a posição de uso/consumo dessa pessoa jurídica ao passo que para assim ser considerada consumidora, essa não pode estar em posição de uso intermediário bem como de não vulnerabilidade com o fornecedor do produto ou serviço. (BOLZAN DE ALMEIDA, 2019).

Em outras palavras, para que haja também uma consolidação de consumo é fundamental a essência da vulnerabilidade do consumidor para com a empresa, ou seja, em estados negociais diferentes, à medida em que essa possua o negócio e o poder econômico da precificação, de acordo com o artigo 29 do mesmo CDC.

Por isso, para que a pessoa jurídica realmente esteja em posição de consumidor ela deve estar sujeita a essa vulnerabilidade e não em posição igualitária com a outra empresa, que em suma a colocaria em posição de um contrato civil.

Neste sentido, "segundo posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, a comprovação da vulnerabilidade da pessoa jurídica é pressuposto '*sine qua*' para o enquadramento desta no conceito de consumidor previsto no CDC". (BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p.71). Com isso, há de se admitir a pessoa jurídica como consumidora, contanto que essa vulnerabilidade seja comprovada e que essa não esteja em posição intermediária na relação de consumo.

Por isso, a conceituação hoje de consumidor é demasiadamente discutida justamente pela relevância na posição da relação de consumo, haja vista o conflito entre a esfera do direito civil com o direito consumerista justamente no que tange a posição da pessoa jurídica, bem como a utilização finalística do produto e serviço, o que acaba desencadeando, por exemplo, em responsabilidades civis distintas.

3.2. Elementos da relação de consumo

Como já expresso, a relação jurídica de consumo “é o vínculo ou liame de direito estabelecido entre duas partes, por meio do qual se viabiliza a transmissão provisória ou permanente de algum bem” (LISBOA, 2012, p. 95). A relação é sempre pautada por meio de um normativo presente no ordenamento jurídico que neste caso se trata do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal.

Neste âmbito de CDC, a relação de consumo ocorre entre fornecedor e consumidor por meio de um produto ou serviço. Para entender bem esses elementos, tais se dividem entre conceitos de elementos subjetivos e objetivos.

Os elementos subjetivos consistem nos sujeitos da relação, no caso fornecedor e consumidor. “Já os elementos objetivos são os objetos perante os quais recaem os interesses dos fornecedores em aliená-los e dos consumidores em adquiri-los ou contratá-los” (BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p. 57), que no caso são os produtos e os serviços.

Até complementando os conceitos da relação (já que trazido o do consumidor em tópico próprio), os faltantes listam-se todos no artigo 3 do CDC, a saber:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

“Nas relações de consumo, o vocábulo “fornecedor” é fixado como gênero, do qual são espécies: o produtor, o montador, o criador, o fabricante, o construtor, o transformador, o importador, o exportador, o distribuidor, o comerciante e o prestador de serviços” (LISBOA, 2012, p. 99).

No que se refere ao conceito de produto, Rizzato Nunes dispensa divergências do âmbito cível e frisa:

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia de bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso o seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.). (2007, p. 113 apud TARTUCE, 2018, p. 114)

Nos serviços, “cumprе esclarecer que, apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista” (TARTUCE, 2018, p. 118).

Desta feita, considerado os elementos subjetivos e objetivos cada qual em sua composição, cumprе agora observar a composição estrutural do Código de Defesa do Consumidor, em tópico próprio.

3.3. A O código de defesa do consumidor e o ordenamento jurídico brasileiro

Tratando agora do posicionamento do CDC perante o ordenamento jurídico brasileiro cumprе expor que toda e qualquer aspiração perante o tema inicia-se sobre a Constituição Federal (art. 5º, XXXII, e 170, V) e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 48), a saber:

- CF/88: “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:

(...)

XXXII — o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

- CF/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V — defesa do consumidor”.

- ADCT: “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. (BRASIL, 1988).

Neste passo, apesar de prazo maior à menção do artigo 48, o Código de defesa do Consumidor fora instituído pela Lei 8.078 de 1990, constituindo-se uma norma de ordem pública, de interesse social e geral. Além disso, nas palavras de Fabrício Bolzan de Almeida, “o Código de Defesa do Consumidor é considerado uma lei principiológica, isto é, está constituído de uma série de princípios que possuem como objetivo maior conferir direitos aos consumidores, vulneráveis da relação, e impor deveres aos fornecedores”. (BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p. 44).

E essa posição normativa por ser principiológica, de ordem pública faz com que leis ordinárias respectivas a outros temas, por vezes também a respeito de relações de consumo específicas (bancos, calçados, automóveis, etc.), sejam hierarquicamente inferiores ao CDC. (TARTUCE, 2018).

Passando agora para a organização estrutural do Código Consumerista em si, são divididos em capítulos e títulos. O capítulo primeiro expõe as disposições gerais, tais quais os conceitos já trazidos em tópico anterior. O Capítulo segundo premia os princípios estruturantes do CDC, e o terceiro os direitos básicos do consumidor. (BRASIL, 1990)

Em quarto capítulo a qualidade de produtos e serviços, com observação na proteção e segurança e saúde dos consumidores, nas responsabilidades pelo fato e vício relacionados aos produtos e serviços, decadência e prescrição e despersonalização da pessoa jurídica. (BRASIL, 1990)

No Capítulo 5 as práticas comerciais como normativas sobre meio de oferta, de publicidade, cobrança de dívidas e as práticas abusivas. No Capítulo sexto as tratativas sobre proteção contratual, cláusulas abusivas e dos contratos de adesão. No capítulo 6-A, incluso pela Lei 14.181 de 2021 trata da prevenção e do tratamento do superendividamento, no que concerne o crédito responsável ao consumidor. Em seguinte, as sanções administrativas, incluindo as de cunho penal, previstos em seção própria. (BRASIL, 1990)

E ao final, título próprio que trate da defesa do consumidor em juízo, como seus legitimados, as modalidades de tutela, nas ações de responsabilidade de fornecedores, da coisa julgada, os quais findam o Código com a formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

3.4. Princípios fundamentais e direitos básicos previstos no Código de defesa do Consumidor

Os princípios fundamentais e os direitos básicos previstos no CDC estão por naturalidade em conjunto maior tratados a partir do artigo 6º do referido código. Por sua literalidade, os direitos básicos estão assim descritos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do

juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso. (BRASIL, 1990).

Direitos básicos podem ser definidos como “aqueles interesses mínimos, materiais ou instrumentais, relacionados a direitos fundamentais universalmente consagrados que, diante de sua relevância social e econômica, pretendeu o legislador ver expressamente tutelados” (CAVALIERI FILHO p. 90 apud BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p. 210-211).

Por sua vez, os princípios são sabidamente norteadores do direito e neste caso das regras consumeristas, as quais por vezes fazem alusão a regras também do Código Civil de 2002, como referência sobre regras contratuais, função social, boa-fé objetiva, etc., todos oriundos do referido Código Civil.

Neste passo, cumpre observar que tais princípios ora estão positivados, ora implícitos. “No caso do Código do Consumidor, muitos dos princípios a seguir demonstrados podem ser retirados dos art. 1º, 4º e 6º da Lei 8.078/1990. Todavia, existem princípios que são implícitos ao sistema protetivo” (TARTUCE, 2018, p. 44). Por diversos que são, aqui cumpre observar os mais presentes e impactantes dos princípios consumeristas.

3.3.1. Princípio da Vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade é aquele que resgata o tema advindo do conceito de consumidor, no momento em que se considere consumidor aquele que possui, ainda que pessoa jurídica, um aspecto de vulnerabilidade.

“Considera-se que o consumidor é a parte vulnerável na relação jurídica com o fornecedor, pois se sujeita às práticas do fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo (art. 4.º, I, da Lei n. 8.078/90)”. (LISBOA, 2012, p. 66).

“A vulnerabilidade do consumidor advém de inúmeros fatores, dentre os quais as práticas abusivas do fornecedor, o oferecimento de produtos e serviços sem a observância dos princípios gerais das relações de consumo e a inserção de cláusulas abusivas nos contratos” (LISBOA, 2012, p. 66).

Essa vulnerabilidade possui várias espécies, vertentes, pois a posição que se encontra a relação de consumo por vezes favorece o fornecedor. Por isso, a vulnerabilidade pode ser técnica – “onde o consumidor é frágil nos conhecimentos técnicos do produto ou serviço” (BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p. 190), pode ser informacional – justamente sobre as informações sobre produto ou serviço – pode ser fática/econômica, quando da situação financeira, econômica abaixo do consumidor para a empresa – e pode ser jurídica/científica, no que tange as regras legais, no conhecimento jurídico do que se tem como direito.

3.3.2. Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva – como dito, derivado dos contratos do Código Civil – também são presentes como nortes dos contratos relacionados ao Código de Defesa do Consumidor.

“O princípio da boa-fé objetiva, como dever de conduta que razoavelmente se espera da pessoa em uma relação jurídica, impede a conduta abusiva e é contrário à não observância das normas jurídicas ou da equidade”. (LISBOA, 2012, p. 78).

Neste sentido,

O direito brasileiro contempla expressamente esse princípio nas relações de consumo (art. 4.º, III, da Lei n. 8.078/90), que é aplicável a qualquer vínculo regido pelo Código de Defesa do Consumidor, fundamentando tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual e a pré-contratual do fornecedor.

Desse modo, a boa-fé objetiva deixa de ser um conceito meramente ético, transmudando-se em conceito jurídico e econômico, graças à função social do contrato, à livre iniciativa e aos direitos do consumidor, estes como direitos fundamentais e princípios gerais da

ordem econômica (arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da CF) (LISBOA, 2012, p. 78).

Tartuce explica que a composição da boa-fé objetiva do CDC se coloca em deveres secundários que asseguram essa boa-fé no direito consumerista, quais sejam o dever de informação, o dever de lealdade, de assistência técnica e de cooperação mútua.

3.3.3. Princípio da Função social dos contratos

O princípio da função social dos contratos, seguindo a mesma origem do anterior, é considerado um princípio implícito pautado na ideia do contrato de consumo, assim como a boa-fé objetiva, nos ditames do Código Civil, “conforme consta do art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002”. (TARTUCE, 2018, p. 62)

“O objetivo principal da função social dos contratos é tentar equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo” (TARTUCE, 2018, p. 61). Por isso que nos casos relacionados às regras norteadoras dos contratos relacionados aos consumidores pautam-se sobre “a igualdade real, a autonomia delimitada da vontade, o consensualismo responsável, a eficácia relativa sujeita à oponibilidade externa, a obrigatoriedade equilibrada, a intangibilidade e a inalterabilidade relativas e a boa-fé objetiva.” (LISBOA, 2012, p. 78).

3.3.4. Princípio da Reparação integral dos danos

Ao que se promove sobre esse princípio frente ao CDC, deriva da teoria da responsabilidade civil e também do artigo 6º, inciso VI do código consumerista.

É neste princípio que se assegura a reparabilidade dos danos patrimoniais, danos coletivos, danos morais e danos sociais. Em outras palavras, “é necessário que o ofendido tenha a garantia legal de que ocorrerá a reparação do dano, consequência da segurança jurídica que deve existir na relação de consumo.” (LISBOA, 2012, p. 83).

“Para os fins de aplicação do princípio da reparabilidade integral pelo dano causado, torna-se cabível, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, quando ela constituir óbice para o ressarcimento efetivo dos prejuízos” (art. 28, § 5.º, da Lei n. 8.078/90). (LISBOA, 2012, p. 83).

Além do que, “Não se pode esquecer que a Súmula 37 do STJ admite a cumulação, em uma mesma ação, de pedido de reparação de danos materiais e morais, decorrentes do mesmo fato, o que tem plena aplicação às relações de consumo” (TARTUCE, 2018, p. 71).

Outro ponto sobre o princípio é sobre a solidariedade na responsabilidade empregada a mais de uma empresa, quando da cadeia produtiva, por exemplo. Nestes casos, enuncia o art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.078/1990 que, “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (BRASIL, 1990).

3.3.5. Princípio do Equilíbrio

“O equilíbrio econômico e jurídico é princípio informativo da relação de consumo, que possui por fundamento a justiça distributiva, harmonizando-se os interesses legítimos das partes (art. 4.º, III, parte final)” (LISBOA, 2012, p. 80).

“A relação jurídica de consumo seria representada por uma balança que penderia para um dos lados em razão da superioridade do fornecedor quando comparado com o consumidor. O peso da fragilidade deste o deixaria no posto inferior da balança”. (BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p. 203)

Como já visto a vulnerabilidade em primeiro princípio, é fundamental que busque sempre a compensação desse descompasso jurídico, técnico, social e econômico buscando equiparar as relações, justamente no tratamento desigual aos desiguais, assim como prevê o artigo 5º constitucional.

São questões como o combate à cláusulas abusivas, a ofertas onerosas excessivas, desequilíbrio na relação jurídica na tutela de direitos, etc. “Assim, o princípio do equilíbrio foi uma decorrência natural do contexto histórico de desigualdade em que surgiu a necessidade da defesa do consumidor.” (BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p. 203).

Além desses, diversos outros princípios podem ser lembrados na exegese do Direito Consumerista. São princípios como os da transparência, equivalência negocial, da hipossuficiência do consumidor, do protecionismo, da qualidade e segurança, princípio da intervenção estatal e da continuidade dos serviços públicos, dentre muitos outros.

3.5. A responsabilidade civil nas relações de consumo

Adentrando a este capítulo, a responsabilidade civil nas relações de consumo configura-se como uma responsabilidade civil objetiva e solidária como regra. É sabido sobre a composição da responsabilidade sobre seus elementos conduta, culpa, nexa causal, e dano, pelo qual derivam a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, a depender da comprovação justamente dessa culpa, pela qual derivou a teoria da culpa, hoje presente no Código Civil brasileiro.

Neste interim, a teoria do risco a qual fundamenta a responsabilidade civil objetiva é também que se baseia o CDC. Em verdade, o Código Consumerista é baseado na teoria objetiva e solidária do risco-proveito que, segundo o autor Flávio Tartuce, significa que “aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios, ganhos ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe ao risco outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento” (TARTUCE, 2018, p. 441).

É, portanto, considerada regra para o CDC a sua responsabilidade objetiva, tendo como exceção a responsabilidade subjetiva, como é o caso do artigo 14, § 4º, referente aos profissionais liberais.

Repise que a responsabilidade objetiva do referido Código é expressa e se divide por suas modalidades, nestes previstas nos artigos 12 ao 25. Ou seja, a responsabilidade está dividida em modalidades de responsabilidade por fato e por vício, no produto ou serviço. Nestes mencionados artigos, listam-se os conceituais, sobre fato do produto e serviço e vício do produto e serviço, respectivamente:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária,

respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

[...]

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço. (BRASIL, 1990)

Importante salientar a solidariedade somente em casos de vício, e não em casos de fato, justamente pelo que se define por prejuízos intrínsecos e extrínsecos. A saber,

fato do produto e do serviço ou acidente de consumo pressupõe a existência de um vício, todavia a recíproca não é verdadeira. O primeiro é a anomalia extrínseca de um produto ou serviço, enquanto

o vício constitui-se em uma anomalia intrínseca de produto ou serviço. (SANTANA, 2019, p. 103)

“O vício do produto acarreta prejuízo econômico ao consumidor, pois ele acaba adquirindo ou se utilizando de um bem que não lhe concede a adequação que ordinariamente se poderia esperar, causando-lhe um dano patrimonial” (LISBOA, 2012, p. 146). “Pouco importa, contudo, se o vício é aparente (perceptível a olho nu), de fácil constatação (perceptível mediante um simples ato) ou oculto (imperceptível à época da constituição da relação de consumo)”. (LISBOA, 2012, p. 146).

Os vícios podem ser considerados de qualidade, de informação ou de quantidade. Por sua expressão, quantidade é aquele que não condiz com a mesma quantia esperada no produto, qualidade sobre a inadequação para o uso pelo qual tem finalidade ou vício de informação a falta de informações necessárias para o correto uso do produto, como exemplo dos manuais de instalação, de instrução, modo de uso nas embalagens, etc. (LISBOA, 2012).

E a responsabilidade pelo fato do produto “é aquela que advém de um acidente de consumo, ou seja, de um evento que acarreta, ao menos, danos morais ao consumidor” (LISBOA, 2012, p. 177).

“O defeito extrínseco ou exógeno não é uma simples inadequação econômica do produto ou do serviço, porém uma inadequação que gera efeitos sobre a personalidade humana, tanto do consumidor como das pessoas a ele equiparadas”. (LISBOA, 2012, p. 177).

E é nesse aspecto que se chega aos danos extrapatrimoniais. Isto é, são nessas alçadas de fato de produto que ocorrem os danos morais dentro do direito do consumidor. Roberto Lista “direitos extrapatrimoniais ofendidos em virtude dos defeitos, para os fins de apreciação de dano moral decorrente de uma relação de consumo, merecem destaque: a vida, a saúde, a segurança, a liberdade, a intimidade, o segredo, a honra e o respeito” (LISBOA, 2012, p. 170). Frise-se que muitos desses já estão consagrados nos direitos básicos do consumidor ora vistos, e assim são garantias também dos direitos personalíssimos.

Deste modo, entendido o posicionamento do dano moral dentro dos fatos oriundos da relação de consumo e sua responsabilidade civil é necessário agora, a análise crítica sobre os casos descritos dentro da relação de consumo com empresas de telefonia e suas causídicas que gerem dano moral.

4. AS CAUSÍDICAS RELAÇÕES DE CONSUMO PASSÍVEIS DE DANO MORAL COM EMPRESAS DE TELEFONIA

Iniciando o capítulo referente às análises de casos e julgados oriundos ao tema de dano moral e processos de telefonia cumpre algumas observações, no que diz sobre a definição dos temas.

Hoje, segundo pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011, foi detectado os maiores litigantes no Poder Judiciário brasileiro, onde dos dez maiores litigantes da lista, cinco são instituições financeiras e um é empresa de telefonia. As empresas de telefonia representam 6% dos litígios em esfera nacional permitindo ter ideia da quantidade de ações consumeristas e das discussões que ainda possam ocorrer, principalmente por conta do aumento dos leques em serviços e produtos que hoje as redes de telefônicas vêm incorporando, como a assinatura de TV e internet, como serviços populares. (TARTUCE, 2018).

Importante elucidar também que segundo o art. 44, caput, da Lei 8.078/1990, “os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-los pública e anualmente”, e que hoje esse controle é realizado pelos PROCONS estaduais, assim legitimados pelo artigo 5º da lei Consumerista.

Neste sentido, em notícia veiculada no site do PROCON do Estado de São Paulo, tem-se:

“Empresas mais reclamadas — Em 2015, o Grupo composto pelas empresas Claro, NET e Embratel (América Móvil) liderou o Ranking Estadual de reclamações fundamentadas dos PROCONS que integram o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, com um total de 5.883 registros. Um aumento expressivo em seus números em comparação a 2014, 57%, passando a representar 9,6% de todas as reclamações registradas no Estado. Em segundo lugar, entre as mais reclamadas figura o Grupo Vivo/Telefônica, com 3.901 queixas e discreta redução no número de reclamações em relação a 2014 (12,9%). A Sky Brasil Serviços Ltda. ocupa, pela primeira vez desde 2013, a terceira posição entre as empresas com maior número de reclamações no Estado. Saltou do 9º lugar em 2014 (1.367 reclamações), para o 3º em 2015 (2.731), aumento de quase 100%. Passando de 8º lugar para 4º lugar no ranking, a empresa Tim Celular S/A, com 2.351 registros, apresentou acréscimo de 68% em relação ao ano anterior. A ascensão negativa não se justifica, uma vez que, dentre as empresas do setor de telecomunicações, é a única que tem como principal atividade, de forma quase que exclusiva, a prestação

de serviço de telefonia celular. (apud BOLZAN DE ALMEIDA, 2019, p. 636).

Sobre o ordenamento Jurisprudencial do tema, algumas Súmulas e julgados envolvendo ‘vendas casadas’, tarifas básicas de planos de telefonia já foram discutidas e legitimadas pelo Superior Tribunal de Justiça, a saber a Súmula 356 a qual trata sobre a tarifa básica: “É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”, ou de contratos de fidelização ou comodato pelos quais asseguram à empresa telefônica um prazo de recuperação de seus investimentos, diga-se aos julgados REsp 1445560 e REsp 1097582.

Por isso, aqui cumpre identificar causídicas específicas em uma tutela amplamente discutida no Brasil e que englobem o instituto do dano moral. Dos temas mais vistos, propõem-se a garantia e manutenção na prestação de serviços, da negativação em cadastros positivos de crédito, da alteração unilateral de planos e interrupção de serviços.

4.1. Da garantia da boa prestação de serviço de telefonia e internet

Sobre a garantia na prestação de serviços de telefonia e internet alguns dos casos oriundos da discussão judicial versam sobre contratações não efetivadas, rescisões por direitos não informados, entre outros, os quais serão exemplos a seguir.

O primeiro caso em tela remonta sobre a não garantia dos serviços prestados, onde aduz a autora que ao tentar cancelar os serviços as quais embora tenham sido tentados por meio de contatos com a empresa por meio protocolo, o atendimento excedeu as relações cordiais. Neste ponto, o Acórdão assim condenou mediante o dano moral sofrido não pelo cancelamento em si, mas pela truculência no atendimento e pelo desvio produtivo causado no autor, a saber:

“Telefonia. Vício na prestação do serviço. Atendimento desrespeitoso. Expressões injuriosas. Fato não contestado. Protocolos para obtenção da gravação da ligação não atendidos, mesmo diante da formulação de reclamação perante o Procon. Revelia. Reconhecimento dos respectivos efeitos. Veracidade dos fatos. Danos morais caracterizados. Fatos que extrapolam a normalidade de descumprimento contratual. Indenização devida também pelo desvio produtivo do consumidor. Apelação parcialmente provida” (TJSP, Apelação 1001164-40.2016.8.26.0028, Acórdão 10928587, 33.^a Câmara de Direito Privado, Aparecida, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 30.10.2017, DJESP 08.11.2017, p. 2319). (TARTUCE, 2018, p. 361)

Outrora, casos relacionados à prática abusiva na oferta da contratação ferem a boa prestação de serviço no sentido pelo qual a informação da empresa não fora bem explicada, no contrato de adesão. Neste caso, a prestadora tem o dever de informar corretamente as nuances do contrato a fim de que haja clareza nos direitos e deveres que o consumidor tem para a empresa, e vice-versa. No Acórdão em consequente, versa sobre caso envolvendo a Brasil Telecom pelo qual em oferta de plano não esclareceu restrição sobre serviços pelos quais não eram inclusos, como a gratuidade em ligações interurbanas e para celular, estabeleceu-se a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO - LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE - OFENSA AOS DIREITOS ECONÔMICOS E MORAIS DOS CONSUMIDORES CONFIGURADA - DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO JULGADO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS MEDIANTE REPOSIÇÃO DIRETA NAS CONTAS TELEFÔNICAS FUTURAS - DESNECESSÁRIOS PROCESSOS JUDICIAIS DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL - CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL ADEQUADO.

1.- A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

2.- Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

3.- No presente caso, contudo restou exhaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de

telefonias sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade.

4.- Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.

5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso; c) por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas.

6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra). STJ, REsp 1.291.213/SC, 3.ª T., j. 30.08.2012, v.u., rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 25.09.2012

Frise a ação coletiva pela qual determinou, em larga escala, o dano coletivo a todos os consumidores daquele plano, fixando inclusive cumprimentos relacionados à reparação dos prejuízos. Aqui percebe-se o dano social considerado como baliza da aplicabilidade do dano moral, haja vista a posição de superioridade da prestadora sobre o consumidor, se valendo disto para ocultar detalhes do plano.

O caso em seguida mostra um meio-termo na consideração do dano moral, aqui mitigado, porque ainda que houvesse má prestação dos serviços de internet por algum tempo, a autora demorou por acionar seus direitos, o que não auxiliou na configuração integral do dano moral, somente parcial:

Da jurisprudência do Tribunal Gaúcho, com grande aplicação prática, existe julgado que conclui pela existência de venda casada no caso da empresa que presta serviços de TV por assinatura e exige a utilização de tecnologia somente por ela oferecida, sem qualquer outra possibilidade: "Reparação de danos. NET. Serviço de telefone e televisão por assinatura. Defeito na prestação de serviço. Troca de roteador. Falta de adequada informação sobre o aparelho a ser usado pela consumidora. Indução em erro. Ressarcimento pela despesa na aquisição de aparelho exigido pela ré, sob pena de caracterizar venda casada. Desnecessidade de manter a tecnologia não homologada pela empresa. Solução de equidade. Indenização pelo tempo em que o sinal denotava má qualidade. Arbitramento. Quantum mantido, por falta de recurso da postulante. Cancelamento de serviço adicional (assistência de rede), como de entrega de revista, com restituição de valores, observado o art. 290 do CPC. Efetividade da decisão. Transtorno vivido pela autora. Dissabor que poderia ter sido evitado pela ré, se tratasse o caso com a devida atenção. Contribuição da autora, que poderia ter buscado, antes, a proteção judicial. Dano moral mitigado. Valor reduzido. Recurso parcialmente provido" (TJRS – Recurso 46934-74.2010.8.21.9000, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Jerson Moacir Gubert – j. 27.01.2011 – DJERS 08.02.2011). (TARTUCE, 2018, p. 445)

Um último caso que remete à desconsideração do dano moral por fatores distintos do ato em si, mas da personalidade da vítima. Explicando melhor o autor Flávio Tartuce detalha o caso:

Vejamus decisão do Tribunal Fluminense que tratou o espólio como consumidor, em caso envolvendo a prestação de serviços de telefonia: "Cessão do direito ao uso de linha telefônica. Morte do titular. Art. 1.572. Código Civil de 1916. Obrigação de fazer. Ação de obrigação de fazer. Uso de linha telefônica. Indevida rescisão do contrato. Com o falecimento do titular do direito de uso de linha telefônica, este se transmite aos herdeiros, na forma do art. 1.572 do Código Civil, integrando o acervo hereditário.

Desta forma, é possível o espólio pleitear em ação de obrigação de fazer a instalação de linha telefônica, desde que esteja em dia com pagamentos. Os serviços interrompidos, com afronta ao disposto na

Lei 9.472/1997 e no Código de Defesa do Consumidor, merecem ser restabelecidos.

Afasta-se a possibilidade de indenização por dano moral, uma vez que o espólio é ente despersonalizado, sendo-lhe conferida apenas capacidade processual, como parte formal. Recurso provido em parte” (TJRJ – Acórdão 14.509/2002, Rio de Janeiro – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Walter D’ Agostino – j. 17.12.2002). (TARTUCE, 2018, p. 94-95)

No tocante ao caso, a lesão embora ocorrida, não fora configurada em sede de danos morais justamente pela impossibilidade de se personalizar o dano, haja vista estar falecido. Não houve dor ou sofrimento do titular da linha, onde os requerentes eram seus herdeiros.

4.2. Da alteração contratual unilateral de planos de telefonia pela mantedora

Em alusão ao tema da alteração contratual unilateral de planos de telefonia, se trata de um tema muito recorrente, haja vista o perfil de planos existentes no mercado. Hoje em dia, os planos conhecidos como pós-pago, planos ‘controle’, planos de crédito pré-pago são escolhidos e determinados pelo cliente no que está incluso neste plano, neste pacote.

Nessas causídicas é recorrente que as companhias alterem por conta e por regras próprias comerciais, os planos dos clientes. Todavia, essa sistemática ‘comercial’ vem causando diversas demandas solicitando o cancelamento da alteração contratual.

Neste segmento, a Anatel em Resolução própria (632/2014) determina em suas cláusulas 52 e 65:

Art. 52. As Prestadoras devem comunicar com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, preferencialmente por meio de mensagem de texto ou mensagem eletrônica, a alteração ou extinção de Planos de Serviço, Ofertas Conjuntas e promoções aos Consumidores afetados, sem prejuízo das regras específicas aplicáveis ao STFC.

Art. 65. Os reajustes dos valores das tarifas ou preços não podem ser realizados em prazos inferiores a 12 (doze) meses. (BRASIL, 2014).

“Em reforço, da realidade jurisprudencial, é nula a cláusula que muda as regras do plano de telefonia, sem qualquer fundamento (TJBA – Recurso 81957-3/2006-1 – Segunda Turma Recursal – Rel. Juiz Aurelino Otacílio Pereira Neto –DJBA 13.07.2009). (TARTUCE, 2018, p. 349)”.

A discussão que versa sobre o dano moral ainda é muito individualizada para este caso. Isto porque o prejuízo econômico sofrido pelo consumidor ainda é considerado, para a Jurisprudência do STJ, somente ao campo econômico e não na esfera da personalidade. Senão veja o julgado REsp 1817576 em seu trecho sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVL. CPC/2015. TELEFONIA MÓVEL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. MIGRAÇÃO DE PLANO. ATO UNILATERAL DA OPERADORA DE TELEFONIA. ABUSIVIDADE. ART. 51, INCISO XIII, DO CDC. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO EM TESE. CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CUSTO ADICIONAL QUANTO A ALGUNS ITENS AGREGADOS AO PLANO. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE INDÉBITO A RESTITUIR NESSES CASOS. PRESCRIÇÃO DECENAL DA PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EXISTÊNCIA DE PRÉVIA RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE AS PARTES. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MERO DISSABOR DA RELAÇÃO CONTRATUAL.

1. Controvérsia pertinente à abusividade (ou não) da alteração unilateral de plano de telefonia móvel por parte da operadora, incluindo-se no contrato o fornecimento de aplicativos digitais e serviços de terceiros, todos não pactuados anteriormente com a consumidora.

2. Inocorrência de negativa de prestação jurisdicional, pois o acórdão recorrido se encontra suficientemente fundamentado, com base nos elementos fáticos da demanda e na coerente linha argumentativa desenvolvida pelo Tribunal 'a quo', apta a rechaçar as alegações deduzidas pelas partes. 2. Nos termos do art. 51, inciso XIII, do Código de Defesa do Consumidor: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração".

3. Caso concreto em que a operadora migrou a consumidora para um plano promocional que previa o fornecimento de aplicativos digitais e serviços de terceiros na modalidade de jogos virtuais.

4. Abusividade da prática comercial da operadora de agregar unilateralmente serviços ao plano de telefonia, ainda que sob a aparência de gratuidade, pois a abusividade prevista no art. 51, inciso XIII, do CDC, prescinde de modificação do preço do serviço ou produto. Doutrina e jurisprudência sobre o tema.

[...]

10. Inocorrência de dano moral na espécie, pois a controvérsia se circunscreveu ao âmbito patrimonial das partes, como um dissabor da relação contratual, não se vislumbrando ofensa a direito da personalidade da consumidora.

11. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (RECURSO ESPECIAL Nº 1817576 - RS (2019/0145471-6))

No mencionado Acórdão o juízo aduz que houve somente mero dissabor por justamente o autor ter somente anotado dois protocolos de atendimento, sem dispor de maiores esforços ou constrangimentos para convir os direitos personalíssimos. Ou seja, não há como configurar um dano moral somente ao fato inicial, precisando o consumidor passar por algo aquém desse mero dissabor.

O dano moral nestes casos começa a ficar mais factual, ou seja, não é regra para esse tipo de situação. Carece de situações extremas e realmente que afetem os direitos íntimos do consumidor. A saber, os julgados exemplares a seguir:

A jurisprudência brasileira tem reconhecido, de forma reiterada, a reparabilidade do dano moral coletivo nas relações de consumo, consolidando o respeito e a efetiva proteção dos direitos da personalidade metaindividuais dos consumidores, a exemplo do REsp. 1.203.573/RS, em que empresa de telecomunicações foi proibida de cobrar serviços acessórios inclusos em denominado “pacote inteligente” sem conhecimento prévio dos consumidores, bem como condenada a pagar a importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais coletivos; STJ, REsp 1.203.573/RS, 2.ª T., j. 13.12.2011, v.u., rel. Min. Humberto Martins, DJe 19.12.2011. (SANTANA, 2019, p. 166)

[...]

Consumidor. Telefonia móvel. Ação cominatória cumulada com reparação de danos. Promoções pula-pula e amigos toda hora da Brasil Telecom. Fornecedora dos serviços que, unilateralmente, altera

os termos iniciais das promoções, em desfavor ao consumidor. Adendo ao regulamento ditando a não cumulação das vantagens, antes cumuláveis. Em se tratando de relação de consumo, a oferta é vinculativa. Art. 30 do CDC. Necessidade de assegurar ao cliente a continuidade da promoção original. Danos morais configurados, decorrentes da desconsideração com a pessoa do consumidor. Astreintes. Cabimento. Limitação do valor, atendendo a critérios de razoabilidade” (TJRS – Recurso 71000931048 – Segunda Turma Recursal Cível – Juiz Relator Eduardo Kraemer – Comarca de Porto Alegre – j. 17.05.2006). (TARTUCE, 2018, p. 401)

Ou seja, a Jurisprudência ainda não é clara de quanto é esse abuso. Ainda há obscuridade sobre o ponto de virada da configuração desses danos morais, ora considerados, ora não. Contudo, percebe-se que quando fatos além da mera alteração contratual são configurados, os magistrados estão configurando o dano moral, haja vista o direito personalíssimo demonstrado.

4.3. Da interrupção dos serviços

Sobre o tema da interrupção de serviços esse também muito visitado nas demandas judiciais há um entendimento comum de que a interrupção de serviços básicos pode ocasionar prejuízos de caráter personalíssimo, devido suas consequências. É o que Lisboa entende pela tutela do direito à honra e ao respeito como direito personalíssimo quando elenca “o dano moral sofrido pelo consumidor em virtude do descaso da concessionária que procedeu ao desligamento injustificado de linha telefônica (1.º CRJEPEC-SP, Recurso 4151, rel. Juiz Sá Duarte, j. 26-1-1998)”. (LISBOA, 2012, p. 174).

Contudo, segundo Humberto Theodoro Junior, o STJ já decidiu que “a interrupção no serviço de telefonia caracteriza, via de regra, mero dissabor, não ensejando indenização por danos morais”. STJ, 4ª T., AgRg no AI 1.170.293/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 12.04.2011, DJe 28.04.2011 (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 176)

Fica claro que a regra é o mero dissabor e por conta disso entra-se na discussão da lesão então personalíssima. Uma mera interrupção, diga-se momentânea, não configura em sua essência dano moral. Contudo, as situações práticas levam a algumas configurações, como é o caso de interrupções reiteradas, ou prejuízos confirmados diante dessas suspensões. Hoje, na seara das empresas de telefonia, os serviços de fornecimento de internet são os grandes casos que despontam sob judice, a exemplo do julgado do Tribunal Mineiro:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERNET - INDISPONIBILIDADE REITERADA DA CONEXÃO - EMISSÃO DE FATURAS COM INCLUSÃO DE VALORES INDEVIDOS - DESÍDIA NA SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS - CONDUTAS ABUSIVAS - REPARAÇÃO POR DANO MORAL - PREJUÍZO CONFIGURADO - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. - As pessoas jurídicas prestadoras de serviços respondem, objetivamente, por prejuízos decorrentes de falha na consecução das suas atividades, por se tratar de responsabilidade oriunda do risco do empreendimento. - A indisponibilidade reiterada e não justificada do serviço de dados (internet) contratado, seguida dos lançamentos indevidos dos respectivos valores nas faturas mensais e da desídia da prestadora em solucionar os problemas, além de configurarem o rompimento anormal da execução do Contrato, atentam contra o Sistema de Proteção ao Consumidor e materializam práticas abusivas e deflagradoras de dano moral. - No arbitramento do valor indenizatório devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e as suas repercussões. - A indenização por dano extrapatrimonial não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado, nem consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pelo ilícito. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.15.019505-8/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - APELANTE(S): RENATO MEDEIROS HERINGER LISBOA - APELADO(A)(S): TELEMAR NORTE S/A

Fica evidente a ultrapassagem do mencionado mero dissabor para uma situação aquém da eventual, quando da insistência dessa interrupção.

4.4. Da negatização indevida de serviços não contratados

No tema da negatização por contratação não realizada é geralmente proveniente também de algum descompasso contratual. Relembre-se dos casos aqui tratados sobre interrupção de serviço, alteração unilateral ou por mera contratação desconhecida, o inadimplemento desconhecido pelo consumidor é caso clássico não só no âmbito telefônico, mas em bancários, crediários, etc.

Neste caso, o dano moral equivale pelo abalo sobre a honra devido a inscrição do consumidor nos cadastros de restrição de crédito que, por sua vez, causam prejuízos não só econômicos, mas sobre a honestidade da pessoa, sobre a probidade, confiança, portanto, sobre a honra. É o que se chama da configuração do dano moral *'in re ipsa'*, pelo qual não se prova o abalo emocional, mas somente a situação já lhe configura.

A saber, um julgado que corrobora sobre tema ligado à telefonia:

“Civil e processual. Cobrança de ligações para ‘telessexo’. Oferecimento de serviço ou produto estranho ao contrato de telefonia sem anuência do usuário. Invalidez. Ônus da prova positiva do fato atribuível à empresa concessionária. Inscrição da titular da linha telefônica no CADIN. Danos morais. Código de Defesa do Consumidor, arts. 6º, VIII e 31, III. I. O ‘produto’ ou ‘serviço’ não inerente ao contrato de prestação de telefonia ou que não seja de utilidade pública, quando posto à disposição do usuário pela concessionária – caso do ‘telessexo’ – carece de prévia autorização, inscrição ou credenciamento do titular da linha, em respeito à restrição prevista no art. 39, III, do CDC. II. Sustentado pela autora não ter dado a aludida anuência, cabe à companhia telefônica o ônus de provar o fato positivo em contrário, nos termos do art. 6º, VIII, da mesma Lei 8.078/1990, o que incorreu. III. Destarte, se afigura indevida a cobrança de ligações nacionais ou internacionais a tal título, e, de igual modo, ilícita a inscrição da titular da linha como devedora em cadastro negativo de crédito, gerando, em contrapartida, o dever de indenizá-la pelos danos morais causados, que hão de ser fixados com moderação, sob pena de causar enriquecimento sem causa. IV. Recurso especial conhecido e provido em parte” (STJ – REsp 265.121/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 04.04.2002 – DJ 17.06.2002, p. 267).

“Telefone. Serviço ‘900’. ‘Disque prazer’. Código de Defesa do Consumidor. O serviço ‘900’ é oneroso e somente pode ser fornecido mediante prévia solicitação do titular da linha telefônica. Recurso conhecido e provido” (STJ – REsp 258156/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 21.09.2000 – DJ 11.12.2000, p. 210). (TARTUCE, 2018, p. 450)

Note-se que ao fato derivado à cobrança indevida é justamente uma contratação não anuente pelo consumidor, o que decorre a inscrição ilegal nos órgãos de proteção ao crédito e conseqüentemente desencadeia ao dano moral.

Por sua vez, o julgado a seguir mostra a não configuração de dano moral mencionado pelo relator haja vista a não negativação, ainda que haja o primeiro fato já aqui mencionado, a alteração unilateral:

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Contrato de telefonia. Decadência. Inocorrência. Cobrança indevida de serviço não contratado. Não comprovada a solicitação. Dano moral. Pessoa jurídica. Não demonstrado. Repetição em dobro. Possibilidade. Ônus sucumbencial. 1. Não se aplica ao caso o prazo decadencial do art. 26, II, do CDC, uma vez que reclama a autora a inexigibilidade dos débitos por serviço supostamente não contratado; não se trata de vício de serviço, mas sim de reparação de danos por fato do serviço, que prevê prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 27 da legislação consumerista. 2. Caracterizada a ilicitude da parte ré, uma vez que inseriu serviços de telefonia na fatura mensal da autora sem que esta tivesse requisitado. Contudo, mesmo sendo possível a caracterização do dano moral para pessoa jurídica, este não restou devidamente comprovado. Sequer demonstrou a autora o cadastro de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, sendo que os aborrecimentos, em razão das dificuldades para solucionar o caso, não configuram, por si só, situação geradora de dano moral. 3. Nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC, é devida a repetição do indébito apenas da quantia efetivamente paga e comprovada. 4. Sucumbência redimensionada. Apelo parcialmente provido. Unânime” 4.3. (TJRS – Apelação Cível 70037229648, Santa Rosa – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira – j. 15.09.2010 – DJERS 23.09.2010). (TARTUCE, 2018, p. 207).

Desta feita, perceba a similaridade das causídicas, no que concerne aos danos pleiteados. Uma coisa é a inserção de serviços não contratados na fatura e outro é a inserção no cadastro de devedores, ao passo que este segundo ocorrendo, configura-se o dano moral.

5. CONCLUSÃO

Adentrando aos momentos finais desta discussão, considera-se compreendido boa parte da postura jurisdicional no que tange o tema do dano moral nas relações consumeristas com as empresas de telefonia.

Em primeiro momento foi possível compreender a estrutura corpórea normativa do dano moral dentro do cenário brasileiro, em alusão também ao que fora instituído pelo próprio Direito Consumerista. Em seguida, o próprio Direito Consumerista aplicado ao Código de Defesa do Consumidor em sua composição sobre direitos, princípios e conceitos, ao chegar nas práticas abusivas e na configuração de fato e vício sobre produtos e serviços.

Pois bem, nas situações relacionadas às causídicas foi possível perceber que a Jurisprudência menciona a configuração de práticas abusivas mesmo em reiterados cenários repetidos de alterações contratuais unilaterais, interrupções de planos e boa prestação de serviços, contudo também em sua maioria não os relacionam com a condenação de dano moral.

Fica evidente que as ações individuais se baseiam na reparação material sofrida pelo cliente no desconto do serviço, ou na alteração do plano, reembolsando estes clientes, dependendo de situações aquém à prática abusiva para assim configurar ofensa aos direitos personalíssimos.

Em contrapartida, as ações coletivas, com caráter de também identificar essas mesmas práticas, mas com enfoque em argumentos sobre dano social, dano coletivo, vulnerabilidade do consumidor, desvio produtivo, etc., conseguem emplacar teses sobre o dano moral coletivo. Ou seja, aquele caráter educador do dano moral só está para o lesado quando em esfera coletiva, mas não em esfera individual. Por isso que, embora haja insistência pelas demandas individuais, a tendência do Poder Judiciário é sujeitar 'sanções sociais' em caráter educativo só para lesões configuradas em larga escala.

Para tanto, é fundamental que os órgãos de proteção ao consumidor estejam munidos não só de regras fartas protecionistas, mas de fiscalização empenhada, inclusive preventiva. Hoje, o consumidor precisa ir à justiça pleitear uma redução de plano que por vezes não lhe era necessário e por conta da dificuldade que lhe é empregada (advogado, processo e custo), acaba por ceder, ou seja, é o sistema em favor da empresa, por sua superioridade estrutural forçando suas condições ao consumidor.

Com isso, a identificação desse estudo fica a cargo de que as ações de dano moral contra as empresas de telefonia ainda é muito farta de obstáculos, haja vista o padrão do Poder Judiciário em não configurar danos morais *in re ipsa*, buscando sempre emplacar os direitos personalíssimos, ainda que haja uma anomalia escancarada nos casos contra esse perfil de empresas. Isto é, ou o Judiciário 'educa' essas empresas campeã de demandas ou os órgãos competentes do Executivo que façam uma fiscalização preventiva das tutelas do consumidor.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE ALMEIDA, Fabrício. Direito do consumidor esquematizado – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 02 mai. 2023.

_____. Anatel. Resolução 632 de 7 de março de 2014. Disponível em: < <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632> >. Acesso em: 25 mai. 2023.

_____. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 02 mai. 2023.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro 1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm >. Acesso em: 02 mai. 2023.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm >. Acesso em: 12 mai. 2023.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Tiago G. APONTAMENTOS SOBRE O DANO MORAL. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXVI, Nº. 000086, 26/07/2016. Disponível em: < <https://semanaacademica.org.br/artigo/apontamentos-sobre-o-dano-moral> > Acessado em: 15/05/2023.

SANTANA, HÉCTOR VALVERDE. Dano moral no direito do consumidor. - 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil, vol. 2 – 14ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil, vol. único – São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Dano moral, vol. 2 – 8ª ed., ver., atual., ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor, material suplementar – 9ª ed., ver., atual., ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TRUGILHO, DIOGO LIMA. A história da reparabilidade do dano moral: de Freitas a Bevilacqua, 1 ed. - Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

APOSENTADORIA ESPECIAL: CONSEQUÊNCIAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019

FERNANDO AMARO MARCELINO:

Graduando em Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(Orientador)

RESUMO: O presente estudo tem objetivo de abordar a aposentadoria especial para os trabalhadores que estão expostos a agentes nocivos e prejudiciais à saúde demonstrando o seu histórico a partir da sua criação até os dias atuais, passando por todas as suas alterações como leis e decretos até chegar na emenda constitucional 103/19, os requisitos para sua concessão, os agentes nocivos como físicos, químicos e biológicos, as principais mudanças e intenção da nova norma constitucional a respeito da regra de transição, idade mínima, vedação da conversão do tempo especial em comum e o novo cálculo para aposentadoria, a proibição da aposentadoria por profissão ou ocupação, estudo foi utilizado a metodologia revisão bibliográfica pertinente ao tema.

Palavra-chave: Aposentadoria especial. Emenda constitucional. Agentes físicos, químicos e biológicos.

ABSTRACT: The presente study aims to address the special retirement for workers who are exposed to harmful and harmful agents to health, demonstrating its history from its creation to the presente day, going through all its changes such as laws and decrees until reaching the constitutional amendment 103/19, the requirements for its concession, the harmful agents such as physical, chemical and biological, the main changes and intention of the new constitutional norm regarding the transition rule, minimum age, prohibition of the conversion of special time in common and the new calculation for retirement, the prohibition of retirement by profession or occupation, the study used the bibliographic review methodology relevant to the theme.

Keyword: Special retirement. Constitutional amendment. Physical, chemical and biological agents

1. INTRODUÇÃO.

A Previdência Social surgiu com a finalidade de defender o grupo de labutadores dos perigos sociais, como a doença, a invalidez, a velhice, a morte e o desemprego, que

preocupa toda sociedade e atinge a subsistência dos colaboradores e de seus dependentes.

O trabalho sempre teve o objetivo de modificar a vida das pessoas, pois, por meio dele é a forma de asseverar a manutenção da vida, e viver de forma digna na sociedade.

Porém, algumas formas de exercer a função e também ambientes de ocupação no emprego, pode causar sérios danos aos trabalhadores, desta forma conscientes que esses perigos no ambiente de trabalho e a impossibilidade de excluir de forma completa a insalubridade ou a periculosidade no ambiente laboral, surge em nosso país leis em defesa para certos tipos de trabalho.

Surge então o instituto da aposentadoria especial como um dos benefícios a ser concedido pela Previdência Social que para trabalhadores que exercem atividade profissional, considerada penosa, insalubre ou perigosa.

Com o passar do tempo vários decretos e leis alteraram os requisitos da aposentadoria especial, dentre as alterações importante, foi o fim da obrigatoriedade da idade mínima do trabalhador, que antes era de 50 (cinquenta) anos, bastando o tempo mínimo de trabalho nas atividades exigentes para a concessão da aposentadoria.

Com a entrada em vigor da emenda constitucional 103/19 denominada reforma da previdência social que hoje vigora em nosso país, causou uma série de mudanças em nosso ordenamento jurídico e conseqüentemente na aposentadoria especial.

Direitos previstos em normas que antes vigorava, hoje foram suprimidos, retorna novamente aos requisitos idade mínima do trabalhador, altera a renda mensal inicial do valor da aposentadoria, põe fim ao tempo fictício para conversão de tempo especial para comum aos trabalhadores que exerceram suas funções em ambientes insalubres ou contatos com agentes físicos, químicos ou biológicos, exclui-se também o perigo a integridade física para caracterização da aposentadoria e por fim trouxe regras de transição para aqueles que estavam prestes a se aposentar.

Desta forma o presente estudo irá levantar as fundamentais particularidades da aposentadoria especial, sua evolução histórica, bem como suas alterações legislativas decorrente emenda constitucional, com a finalidade de alcançar os impactos que essas alterações causaram para a concessão da aposentadoria.

2. APOSENTADORIA ESPECIAL.

A aposentadoria especial é uma forma de proteger o trabalhador reduzindo o seu tempo de trabalho em ambientes que prejudique a sua saúde ou integridade física, com objetivo de evitar a sua incapacidade para o trabalho conforme descreve os autores.

Aposentadoria especial se apresenta como uma técnica de proteção específica de previdência social, com condição de evitar a efetiva incapacidade do trabalhador pela redução do tempo de contribuição. (Schuster, 2016, p. 38)

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida (segundo o art. 201, § 1º, da Constituição – redação anterior à EC n. 103/2019) em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. (Castro e Lazzari 2.020, p. 1.023)

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

A aposentadoria especial iniciou no Brasil com a positividade da lei 3.807/1960, publicada em 05 de setembro de 1960, conhecida como lei orgânica da previdência social, em seu artigo 31 com a seguinte redação:

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

§ 1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do § 4º do art. 27, aplicando-se, outrossim, o disposto no § 1º do art. 20.

§ 2º Regem-se-á pela respectiva legislação especial a aposentadoria dos aeronautas e a dos jornalistas profissionais (BRASIL, 1960).

A criação desta lei teve o intuito de pacificar os trabalhadores diante da evolução das indústrias metalúrgicas, mecânicas, hidroelétricas e outras, pois de uma banda as empresas necessitavam de trabalhadores para produção, e de outra banda o estado era responsável por criar leis de segurança para o trabalho, com a intenção de proteger os trabalhadores expostos a agentes insalubres, perigosos ou penosos (LADENTHIN, 2020).

Com a análise do artigo 31 da lei 3.807/1960, conclui-se que os requisitos para aposentadoria especial era carência mínima de 15 anos de contribuição, período de

atividade com prazo de 15, 20 ou 25 anos, ambientes insalubres, penoso perigoso para enquadrar como período especial e idade mínima de 50 anos.

O decreto 53.831/64 regulamentou a lei orgânica da previdência social, trazendo o anexo que constava a primeira lista de agentes físicos, químicos, biológicos e as profissões que fazia jus a aposentadoria, (LADENTHIN, 2020).

Com a lei 5.540-A de 1968, foi alterado o artigo 31 da lei 3.807/60, extinguindo a idade mínima de 50 anos para fazer jus a aposentadoria.

Já a lei 5.890/73 em seu artigo 9º alterou o período de carência de 180 para 60 contribuições, revogando o artigo 31 da lei 3.807/60.

Ainda no ano de 1973, houve a publicação do decreto 72.991, o qual houve o anexo de mais dois quadros de agentes agressivos. Sendo eles o anexo I, que falava a respeito da classificação das atividades expostos a agentes físicos, químicos e biológicos, já o anexo II era exclusivo para as atividades profissionais.

Com o decreto 83.080/79, foram criados dois anexos que classifica as atividades segundo os agentes nocivos e dos grupos de trabalhadores.

A lei 7.369/80 foi uma novidade porque passou a prever a conversão de período trabalhado em regime de atividade especial para tempo comum para trabalhadores que exerceram suas funções em ambas atividades.

No ano de 1988 com a promulgação da carta magna a aposentadoria especial passou a ter status de norma constitucional alterando o que estava disposto na lei 3.807/60, não mais usando o termo periculosidade, insalubridade e penosidade, sendo utilizado o termo sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, conforme o artigo 202 da constituição federal.

É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar sus valores reais obedecidas as seguintes condições:

I – aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rurais o garimpeiro e o pescador artesanal;

II – após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;(BRASIL, 1988).

No ano de 1991 foi editada a lei 8.213/91 que passou a exigir condição especial que causasse dano a saúde ou integridade física do trabalhador para ter direito a aposentadoria, pois antes era necessário somente que o agente agressivo estivesse classificado como insalubre, penoso ou perigoso.

Outra novidade foi que antes a aposentadoria era concedida com percentual máximo de 95% da média dos últimos 36 meses de contribuição, passando a ser o percentual de 85% mais 1% para cada 12 contribuição mensais, até o máximo de 100%.

No ano de 1995 foi marcada pela grande alteração na aposentadoria especial através da lei 9.032/95, essa nova era excluiu o enquadramento da aposentadoria especial por atividade profissional, entre eles o motorista de ônibus, cobradores, soldadores, fundidores, galvanizadores, pintores a pistola, bombeiros, guardas, esmerilhadores e muitos outros que antes bastava ser enquadrado na profissão para ter direito a aposentadoria, (LADENTHIN, 2020)

Após essa lei houve um afunilamento das concessões de aposentadoria e uma expressiva dificuldades para se obter o benefício.

E, 1995 foram concedidas quase quarenta mil aposentadorias especiais, enquanto no ano de 2002, os números chegaram a 604.

Ousamos afirmar que os números voltaram a crescer desde 2007 em razão do reconhecimento, pelo poder judiciário, do direito dos segurados a aposentadoria especial. Isso porque as extremadas exigências das normativas interna do Instituto Nacional do Seguro Social emperram e dificultam sobremaneira que o segurado consiga, sem apoio judicial, a concessão administrativa desse benefício.

Não podemos deixar de observar o posicionamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, que tem sido bastante vanguardista quanto aos reconhecimentos dos períodos especiais, com decisões bastante sensatas e em conformidade com a legislação previdenciária vigente. (LADENTHIN, 2022, p. 206).

No ano de 1997 houve algumas mudanças na aposentadoria especial através da lei 9.528/97, com a vigência desta lei passa a vigorar a exigência de laudo técnico a respeito das condições ambientais, elaborado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, para todos os ambientes expostos aos agentes prejudiciais à saúde.

Outra exigência é o laudo do perfil profissional profissiográfico, pelo qual a empresa deveria manter atualizado fazendo referência do trabalhador a efetiva exposição a agentes nocivos, este laudo deveria ser entregue ao funcionário na rescisão do contrato trabalho.

Mais uma exigência da lei foi que as empresas deveriam informar os meios de proteção coletiva para diminuir a intensidade dos agentes agressivos aos limites de tolerância e tomar recomendações a respeito da sua adoção.

A lei 9.732 de 11/12/1998 também trouxe alteração para aposentadoria especial criando critério a respeito das contribuições para o custeio da aposentadoria especial com alíquotas diferentes de acordo com a atividade do trabalhador sendo que para as aposentadorias em 25 anos de atividade seria 6% de contribuição, para aposentadoria em 20 anos seria 9% da contribuição e para aposentadoria em 15 anos seria 12% de contribuição.

A mesma lei também faz menção ao equipamento de proteção individual, já que a aposentadoria especial visa a proteção do trabalhador.

Em 1998 houve a emenda constitucional 20/1998 proibindo requisitos diferenciados para aposentadorias, exceto para trabalhadores que exerceram suas atividades com condições prejudiciais à saúde ou a integridade física.

Em 06/05/1999 houve o decreto 3.048/1999 que regulamentou as leis 8.212/1991 e 8.213/1991.

No ano de 2003 o direito a conversão de tempo especial em comum foi ratificado pelo decreto 4.827/2003, também o decreto 4.882/2003 ampliou a lista de agentes agressivos e estabeleceu parâmetros para o enquadramento de período de trabalho perante condições agressivas nos limites de tolerância das normas trabalhistas.

Em 2004 para ser comprovado a efetiva exposição do trabalhador aos agentes nocivos prejudiciais à saúde e integridade física, passou a ser obrigatório as empresas fazer o perfil profissional previdenciário de todos os trabalhadores de forma individual.

O objetivo do perfil profissional previdenciário é identificar os trabalhadores que estão expostos a agentes prejudiciais, mesmo se não estiver presente os requisitos para aposentadoria especial.

E por fim no ano de 2019 através da emenda constitucional 103/2019 houve a nominada reforma da previdência social.

3. REQUISITOS PARA APOSENTADORA ESPECIAL.

3.1. DO TEMPO DE TRABALHO.

No nosso ordenamento jurídico contamos com três espécies de aposentadoria especial, sendo elas regulada pela carência mínima, aposentadoria aos 15 anos; aposentadoria aos 20 anos e aposentadoria aos 20 anos.

De acordo com o artigo 57 da lei 8.213/1991 apresenta essas espécies.

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei, (BRASIL, 1991)

A Carência de 15 anos é para trabalhadores expostos a agentes físicos, químicos e biológicos, que exercem trabalhos em atividades permanentes em subsolo de minerações subterrâneas em frente a produção.

Já a carência de 20 anos é para trabalhadores expostos asbestos que são amiantos, com atividades de extração, processamento e manipulação de rochas amiantíferas, fabricação de guarnições para freios, embreagens e materiais isolantes contendo abestos, fabricação de produtos de fibrocimento e misturas, cardagem, fiação e tecelagens de fibras de asbestos.

Também o período de carência de 20 anos é para trabalhadores expostos a agentes físicos, químicos e biológicos na mineração subterrânea cujas atividades sejam exercidas afastadas das frentes de produção.

As carências de 25 anos em regra geral são para outros agentes agressivos que não tem o tempo de carência de 15 e 20 anos.

3.2. IDADE MINIMA.

Quando surgiu a Lei Orgânica da Previdência Social conhecida como LOPS, 3.807/1960 a única referência que fazia a respeito da idade era o artigo 31 que exigia a idade mínima de 50 anos, porém a exigência permaneceu por pouco tempo, porque a lei

5.540-A, extinguiu a idade mínima, permanecendo somente o tempo mínimo de carência, (LADENTHIN, 2020).

Com a reforma previdenciária através da emenda constitucional 103/19, passou a ser requisito idade mínima de 55 anos de idade quando a carência for de 15 anos, 58 anos de idade quando a carência for de 20 anos e 60 anos de idade quando a carência for de 25 anos.

3.3. DOS AGENTES NOCIVOS.

Quando preenchidos os requisitos de idade e carência é necessário comprovar a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos e biológico, conforme determina a lei 8.213/91, artigo 57, parágrafo 4º.

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício, (Brasil, 1991).

3.3.1. AGENTES FISICOS.

SALIBA, (2011, p.189) Define agentes físicos como sendo as diversas formas de energia a que possam estar expostos os trabalhadores, tais como ruídos, vibrações pressões atmosféricas anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes, radiações não ionizantes, o infrassom e o ultrassom. (apud LADENTHIN, 2022, p. 48)

Os agentes físicos foram previstos no decreto 53.831/1964, após a publicação da Lei Orgânica da Previdência Social chamada LOPS, o qual constava o calor, frio, umidade, radiação, trepidação, ruído, pressão e eletricidade, (LADENTHIN, 2022).

O calor refere-se a trabalhos em ambientes com temperatura alta, ou seja, acima de 28 graus, capaz de prejudicar a saúde.

O frio refere-se a trabalhos em ambiente com temperatura completamente baixa, ou seja, inferior a 12 graus, capaz de prejudicar a saúde, como trabalhos em indústria do frio entre eles operadores de câmaras frigoríficas.

A umidade refere-se a trabalhos em ambientes com umidade excessiva, ou seja, exercido em contato direto com água, entre eles lavadores, tintureiros e operários em salinas capazes de prejudicar a saúde.

A radiação refere-se a trabalhos em ambientes com radiações infravermelho, ultravioleta, raios X, rádio e substâncias radiativas, seja nas indústrias, diagnósticos e terapêuticos, soldadores com arco elétrico capazes de prejudicar a saúde.

A trepidação refere-se a trabalhos exercidos com trepidações e vibrações industriais, operadores de perfuratrizes e martelos pneumáticos e outros, com uma velocidade de 120 golpes com minuto.

O ruído refere-se, a trabalhos exercidos em ambientes com ruído excessivo, entre eles ruídos industriais, operadores de máquinas pneumáticas, de motores, turbinas e outros, ruídos estes acima de 80 decibéis, capaz de prejudicar a saúde.

A pressão refere-se a trabalhos exercidos em ambientes com pressão atmosférica anormal, como mergulhadores, operadores em caixões ou tubulações pneumáticas e outros capaz de prejudicar a saúde.

A eletricidade refere-se a trabalhos exercidos em ambientes com eletricidade, sendo instalações, equipamentos, eletricitas, cambistas, montadores com risco de acidentes capaz de causar perigo de vida.

Com a vigência do decreto 2.172 de 05/03/1997, foram repetidos alguns agentes físicos, porém com algumas alterações, o ruído passou a ser considerado acima de 90 decibéis, o calor e o frio não havia mais exigência de intensidade, a umidade e eletricidade não constava na lista do novo decreto, (LADENTHIN, 2020).

O decreto 2.172/1997 foi substituído pelo decreto 3.048/1999, que ficou mais restrita, e vigora até hoje, excluiu os agentes físicos frio, a umidade, a radiação não ionizante a eletricidade, e alterou a trepidação por vibrações.

3.3.2. AGENTES QUÍMICOS.

Agentes químicos são aqueles que pode trazer ou ocasionar danos à saúde ou a integridade física, em razão de sua concentração, manifestados por névoas, neblinas, poeiras, fumos, gases, vapores de substâncias nocivas presentes no ambiente de trabalho, absorvidos pela via respiratória ou outras vias. (LADENTHIN, 2022, p. 81)

Com o decreto 53.831/1964 bastava que o trabalhador atuasse apenas com o manuseio de agente ou a presença do agente no ambiente para ser reconhecido a aposentadoria especial, (SCHUSTER, 2020).

O Arsênio, nas atividades de extração, fabricação de seus compostos derivados, como tintas, parasíticas e inseticidas, pintura galvanotécnica, depilação, empalhamento e outros.

Berílio, as atividades permanentes exposta a poeira, fumos e fundições de ligas metálicas e outros.

Cádmio, atividades permanentes também expostas a poeira, fumos e fundições de ligas metálicas e outros.

Chumbo, atividades com chumbo, seus sais e ligas, como fundição, refino, moldagens, trefilação, laminação, fabricação de artefatos e de produtos de chumbo, baterias, acumuladores, tintas, limpeza, raspagens e demais trabalhos em tanque de gasolina contendo chumbo, tetraetil, polimento e acabemtno de ligas de chumbo, soldagem e dessoldagem com ligas a base de chumbo, vulcanização da borracha, tinturaria, estamparia pintura e outros.

Cromo, atividades com cromos e seus sais, como fabricação, tanagem de couro, cromagem eletrolítica de metais e outros.

Fósforo, atividades com extração e depuração de fósforo branco e seus compostos, fabricação de produtos fosforados asfixiantes, tóxicos, incendiários ou explosivos, emprego de líquidos, pastas, pós e gases a base de fosforo branco ara destruição de ratos e parasitas e outros.

Manganês, atividades expostos a poeira ou fumos do manganês e seus compostos, metalúrgica, cerâmica, indústrias de vidros e outros.

Mercúrio, atividades com extração e tratamento de amálgamas e compostos, cloreto e fulminato de Hg, emprego de amálgama e derivados, galvanoplastia, estraganhagem e outros.

Outros tóxicos inorgânicos, atividades permanentes exposto a poeiras, gases, vapores, neblina, fumo de outros metais, metaloide halógenos e seus eletrólitos tóxicos, ácidos bases e sais e outros.

Poeiras minerais nocivos, atividades no subsolo, em operação de corte, furação, desmonte e carregamento na frente de trabalho, afastados das frentes de trabalho, galerias, rampas, poços, depósitos, atividade no céu aberto como corte, furação, desmonte, carregamento, britagem, classificação, carga e descarga de silos, transporte de correias e telefêreos, moagem calcinação, ensacamento e outras.

Tóxico orgânico, atividades com poeiras, gases, vapores, neblina, fumos de derivados de carbono, cloreto de metila, tetracloreto de carbono, tricloroetileno, clorofórmio, brometo de metila, nitrobenzeno, gasolina, álcoois, acetona, acetatos, pentano, metano, hexano, sulfureto de carbono e outros.

Com a publicação da lei 9.732/1998, que adaptou a aposentadoria especial as normas trabalhistas, passou a se falar em critério qualitativo ou quantitativo dos agentes químicos, porque antes era somente qualitativo.

E o decreto 3.048/1999 trouxe as categorias de produtos químicos, como, asbestos, benzeno, bromo, carvão mineral, cloro, dissulfeto de carbono, iodo níquel, petróleo e gás natural.

3.3.3. AGENTE BIOLÓGICO.

Weintraub e Berbel, (2005, p. 97), definem os agentes biológicos como um organismo, que pode provocar modificações no regular funcionamento de um outro organismo. Entendem que para configurar a nocividade, o agente tem que ser infeccioso. (apud LADENTHIN, 2022, p. 102)

Com o decreto 53.831/1964, os trabalhadores na área da saúde eram enquadrados como atividade especial, pois eram considerados de uma maneira ou outra expostos a agentes biológicos, seja qual fosse a atividade, e eram considerados os seguintes agentes:

Carbúnculo, brucela, mormo, tétano, em atividades em contato direto com germes infecciosos, assistência veterinária, serviços em matadouros, cavalariças e outros.

Germes infecciosos ou parasitas humanos ou animais, em atividades de assistência médica, odontológica, hospital em contato com organismos doentes ou com materiais infecciosos e outros.

O decreto 83.080/1979, trouxe outros agentes biológico, para atividades exercidas com animais doentes, materiais contagiantes, preparação de soros, vacina e outros produtos.

Já com o decreto 3.048.1999, foi estabelecido que os agentes biológicos são exclusivamente aqueles encontrados em estabelecimento de saúde em contato com doentes ou materiais infectocontagiosos com a atividades em estabelecimento de saúde em contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas ou com manuseio de materiais contaminados, atividades com animais infectados para tratamento ou para preparo de soro, vacinas e outros produtos, trabalhos em laboratórios de autópsia, de

anatomia e anátomo-histologia, trabalho de exumação de corpos e manipulação de resíduos de animais deteriorados, atividades em galerias, fossas e tanques de esgoto, esvaziamento de biodigestores e coleta e industrialização de lixo.

4. IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/19.

O projeto de emenda constitucional teve como objetivo a redução dos gastos públicos, diante do déficit nas contas da seguridade social e uma prevenção para garantir a continuidade dos pagamentos dos benefícios de competência da seguridade social, o combate a fraudes com ferramentas para eliminar recebimento de benefício indevido, (SCHUSTER, 2020).

Por anos o objetivo da aposentadoria especial era a proteção da saúde do trabalhador, encurtando o seu período de trabalho em ambiente com agentes nocivos à saúde ou à integridade física, pelos prazos mínimos de 15, 20 ou 25 anos.

O seu foco era o ambiente de trabalho exposto aos agentes nocivos e não a incapacidade, concedendo um benefício de natureza preventiva conforme explica Ladenthin.

O segurado trabalhava durante um determinado tempo limite (15, 20 ou 25 anos), exposto a agentes agressivos e, depois de completado esse tempo, a lei permitia que se aposentasse. O escopo da lei era protegê-lo e não permitir a ocorrência efetiva da incapacidade. O evento protegido não era a incapacidade, mas a exposição a agentes agressivos. A lei estabelecia um limite temporal como base para a prevenção da saúde do trabalhador. A aposentadoria especial, portanto, tinha natureza preventiva. (Ladenthin, 2022, p. 36 e 37).

Com a vigência da emenda constitucional 103 de 2019, muda-se o foco da aposentadoria não considerando mais prevenção a saúde do trabalhador mas tendo um foco na reparação, conforme explica Ladenthin.

No entanto diante das novas diretrizes trazidas pela EC 103/19, podemos concluir que a nova aposentadoria especial passou a ser um benefício de natureza reparadora, espécie do gênero aposentadoria por idade, concedida por presunção relativa de incapacidade, aos segurados que comprovem efetiva exposição a agentes nocivos físicos, químicos, biológicos ou associação desses agentes, prejudiciais a saúde, sendo-lhes permitido tempo e idade diferentes da regra geral, atendendo-se ao princípio da isonomia. (Ladenthin, 2022, p. 40)

4.1. REGRA DE TRANSIÇÃO.

Com a emenda constitucional 103/19 passou a prever regra de transição para filiados ao regime geral de previdência social até a data de 13/11/2019.

Esta regra estabelece que terá direito a aposentadoria especial o segurado que cumprir os requisitos de 66 pontos e 15 anos de trabalho em ambiente insalubre em grau máximo, 76 pontos e 20 anos de trabalho em ambiente insalubre em grau médio e 86 pontos e 25 anos de trabalho em ambiente insalubre em grau mínimo, com carência de 180 meses independentemente do grau de insalubridade, conforme artigo 21 da Emenda constitucional 103/2019.

Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de:

I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;

II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição;

e III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição. (BRASIL, 2019)

Essa pontuação é a soma da idade do trabalhador com o tempo de contribuição para se chegar a pontuação exigida, e não há diferenciação entre homem e mulher, podendo somar o tempo de contribuição comum, mais tempo de contribuição especial e a idade, (CASTRO, 2022).

4.2. IDADE MINIMA.

Com o advento das novas regras previdenciária, a partir de 13 de novembro de 2019, o segurado agora tem idade mínima para ter direito a aposentadoria especial, desta forma após cinquenta e um anos retorna à exigência de idade mínima para se aposentar.

O requisito agora é a idade mínima de 55, 58 ou 60 anos dependendo do grau de exposição no ambiente insalubre que o trabalhador exerce seu labor, o que antes não era exigido bastando somente a exposição a agente nocivo até 12 de novembro de 2019, conforme artigo 19, §1º, I da emenda constitucional 103/19.

Artigo 19 - Até que lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional será aposentado aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20(vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.

§1º - Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

- a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
- c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição (BRASIL, 2019)

Desta maneira o tempo de 15, 20 e 25 anos expostos a ambiente nocivo deixa de ser o único requisito da aposentadoria especial, requerendo agora a idade mínima conforme cada modalidade.

4.3. CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM.

Conforme previa o decreto 3.038/99 o segurado poderia converter o tempo de trabalho especial em período comum para compensar o tempo que esteve exposto a condições prejudiciais a sua saúde ou a integridade física, (CASTRO, 2020).

Portanto a partir de 13 de novembro de 2019, esta conversão não será mais possível devido a reforma da previdência social, podendo somente converter os períodos anteriores a vigência da nova emenda constitucional conforme prevê o artigo 25, § 2º, da Emenda Constitucional de nº 103/2019.

Art. 25. Será assegurada a contagem de tempo de contribuição fictício no Regime Geral de Previdência Social decorrente de hipóteses descritas na legislação vigente até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional para fins de concessão de aposentadoria, observando-se, a partir da sua entrada em vigor, o disposto no § 14 do art. 201 da Constituição Federal.

§ 2º Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data, (BRASIL, 2019)

4.4. CALCULO DO APOSENTADORIA.

Antes da emenda constitucional, o segurado fazia jus a uma alíquota de 100% de seu salário base, não havendo incidência de fator previdenciário ou outro tipo de redução de seu benefício, (LADENTHIN, 2020)

Com a emenda constitucional em vigor a aposentadoria especial passa a ter um cálculo diferenciado, sendo feito uma média das contribuições, aplicando um percentual de 60% sobre a média e mais 2% para cada 12 meses que ultrapassar os 20 anos de contribuição para homens e 15 anos para mulheres, conforme o decreto 10.410/20.

Art. 67. O valor da aposentadoria especial corresponderá a sessenta por cento do salário de benefício definido na forma prevista no art. 32, com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de vinte anos de contribuição exceto no caso da aposentadoria a que se refere o inciso I do caput do art. 64 e das mulheres, cujo acréscimo será aplicado para cada ano

de contribuição que exceder quinze anos de contribuição. (BRASIL, 2020).

4.5. A PROIBIÇÃO DA APOSENTADORIA POR PROFISSÃO OU OCUPAÇÃO.

Desde o ano de 1995 não era mais possível a aposentadoria especial por enquadramento por categoria profissional. Desta forma a alteração na emenda constitucional não causa efeito, pois a vedação já estava em vigor, porém agora tem a vedação prevista na constituição federal no artigo 201, parágrafo primeiro, inciso, II.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (BRASIL, 2019)

Mesmo com essa alteração esse direito deve ser reconhecido para os segurados que trabalhavam nas condições exigidas para aposentadoria especial pelo princípio do tempus regit actum para período anterior de 28//04/1995, pois a presunção era absoluta (Ladenthin, 2022).

5. CONCLUSÃO.

Conforme o estudo nota-se que a aposentadoria especial era uma forma de proteção ao trabalhador sujeito a vários anos em ambientes prejudiciais a sua saúde, expostos a agentes agressivos, por período de 15, 20 ou 25 anos.

Desta forma bastava comprovar o período exigido e a exposição a agentes agressivos para ter direito a aposentadoria, porém ao longo dos anos várias foram as alterações em leis que regulava a aposentadoria especial.

Portanto com a vigência da emenda constitucional pode-se perceber que a intenção estatal em evitar um déficit nas contas da seguridade social garantindo os pagamentos futuros aos segurados e evitar fraudes com pagamentos indevidos, trouxe consequências ao trabalhador exposto a agentes agressivos no ambiente de trabalho.

A partir do momento que passa a exigir idade mínima para concessão da aposentadoria especial não se considera os danos que podem ser causados ao segurado pelo longo período exposto em ambiente nocivo, pois mesmo cumprindo a carência de 15, 20 e 25 anos, é necessário aguardar a idade mínima para se aposentar.

Quando a nossa carta magna expressa o princípio da dignidade humana que estabelece o respeito aos direitos fundamentais, há um conflito com a emenda constitucional 103/19, pois se objetivo é proteção, como pode expor o trabalhador a um período superior em ambiente de risco, pois é conhecido que os danos causados ao trabalhador são comprovados cientificamente.

Outra questão é a vedação a conversão do período especial em período comum, pois antes era levado em consideração o tempo de trabalho em ambiente prejudicial à saúde ou integridade física convertendo este período em comum, diminuindo o tempo exigido para se aposentar, e hoje o período de carência tem o mesmo peso de trabalhadores que exercem suas atividades em ambientes não prejudiciais à saúde ou integridade física, e desta forma viola o princípio da isonomia

Todas essas alterações foram muito inflexíveis, pois não apresenta a realidade dos trabalhadores que desejam a concessão da aposentadoria especial, pois a mudanças foram realizadas sem uma base que analisasse a possibilidade de impactos com normas restritivas como forma de garantir o objetivo da aposentadoria especial que é a prevenção do trabalhador no ambiente de trabalho o expondo a perigo de danos irreversíveis.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZARRI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 6. ed. Juruá. Curitiba, 2022.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro, **Aposentadoria Especial após a EC 103/19**. Tese (Doutorado Direito Previdenciário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2.020.

SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria Especial. Entre o Princípio da Precaução e a Proteção Social**. Ed. Juruá, Curitiba, 2016.

SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria especial e a nova previdência: os caminhos do direito previdenciário**. - Ed. Alteridade, 1ª ed. Curitiba, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Portaria nº 3.214, de 08 de junho de 1978*. Aprova as Normas Regulamentadoras – NR – do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9CFA236F73433A3AA30822052EF011F8.proposicoesWebExterno1?codteor=309173&filename=LegislacaoCitada+-INC+5298/2005. Acesso em: 01/05/2023.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n.2.172, de 5 de março de 1997*. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. (Revogado pelo Decreto nº 3.048, de 6.5.1999). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2172.htm#:~:text=DECRETO%20No%202.172%2C%20DE%205%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201997.&text=Aprova%20o%20Regulamento%20dos%20Benef%C3%ADcios,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 01/05/2023.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n.3.048, de 06 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 02/05/2023.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n.4.882, de 18 de novembro de 2003*. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4882.htm. Acesso em: 02/05/2023.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em 01/05/2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 01/05/2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 01/05/2023.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 5.890, de 08 de junho de 1973*. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5890.htm. Acesso em: 02/05/2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 02/05/2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 03/05/2023.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995*. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm. Acesso em: 02/05//2023.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm. Acesso em 04/05/02023.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 9.732, de 11 de dezembro de 1998*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9732.htm. Acesso em 04/05/2023.

PREVISÃO CAUTELAR DE IMPOSIÇÃO DO DIVÓRCIO PARA CESSAR A PROCRASTINAÇÃO DO OUTRO CÔNJUGE

EDUARDO PAIXÃO CAETANO:

Professor de Direitos Humanos e Delegado de Polícia Judiciária Civil. Atualmente Delegado Controlador Geral de Administração e Finanças da PC-AM. Foi titular da DECON, 17º DP e 25º DP e Conselheiro do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor (CONDECON).. Doutorando em Ciências Jurídicas. Formação como Mestre em Direito Ambiental.⁷³

MARIA MAIDA

(coautora)

Resumo: O divórcio é um direito extremamente poderoso e, portanto, só pode ser exercido por um dos cônjuges, independentemente da autorização do outro, ou seja, não há que se falar em oposição ou contradição para viabilizá-lo. Posto isso, há sérias dificuldades em entender os motivos pelos quais o divórcio unilateral não é pacificado, mediante simples liminar ou outra cautelar nos autos, pois embora tenha avançado no campo do judiciário brasileiro no último ano, há diversas decisões sobre o direito facultativo que é a separação, independentemente da vontade do outro cônjuge. De fato, alguns magistrados ainda relutam em cumprir tais exigências. No entanto, a citação do outro cônjuge tem como única função informar sobre o arquivamento do pedido e você não tem o direito de se opor ao pedido final. Estas linhas em coautoria entre a professora doutora e o aluno doutorando do Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA) discutem a aplicabilidade do instituto unilateral do divórcio e seus efeitos cautelares de emergência no campo jurídico e social.

Palavras-chave: consentimento, independência, oposição, proteção, sociabilidade.

Resumen: El divorcio es un derecho sumamente poderoso y, por tanto, sólo puede ser ejercido por uno de los cónyuges, independientemente de la autorización del otro, es decir, no hace falta hablar de oposición o contradicción para hacerlo posible. Dicho esto, existen serias dificultades para comprender las razones por las cuales el divorcio unilateral no se pacifica, a través de una simple medida cautelar u otra medida cautelar en los autos, pues si bien ha avanzado en el campo de la justicia brasileña en el último año, hay varios

73 E-mail: consultorcaetano@gmail.com

decisiones sobre el derecho facultativo que es la ruptura. independientemente de la voluntad del otro cónyuge. De hecho, algunos magistrados todavía se muestran reacios a cumplir con tales requisitos. Sin embargo, la citación del otro cónyuge tiene la única función de informarle sobre la presentación de la solicitud y usted no tiene derecho a oponerse a la solicitud final. En estas líneas, en coautoría con el profesor doctor y el doctorando del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), se discute la aplicabilidad de la institución unilateral del divorcio y sus efectos cautelares de emergencia en el ámbito jurídico y social. campo.

Palabras clave: consentimiento, independencia, oposición, protección, sociabilidad.

Introdução

Este artigo discute as principais nuances do conflito que são relevantes para a promoção de uma cultura de paz e a busca pela efetividade do fenômeno da proteção dos cônjuges, uma vez que o direito de família brasileiro aponta para a tendência de facilitação, por meio da implementação do divórcio compulsório como meio de desjudicialização e isenção do Poder Judiciário, com precedência no paradigma axiológico da proteção da dignidade da pessoa humana e no respeito aos princípios da autonomia da vida privada e da liberdade de autodeterminação.

A consensualidade substitui com grande vantagem o caráter coercitivo da tutela coercitiva, nesse sentido, a medida desjudicializadora deve ser bem recebida no meio jurídico através de medida cautelar nos autos.

Também é relevante identificar que se trata de uma inovação que permite o registro da dissolução do vínculo matrimonial, unilateralmente por via extrajudicial, mediante solicitação prévia à autoridade registral, acompanhada da presença de advogado ou defensor público, com base no paradigma axiológico da dignidade da pessoa humana consagrada na Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como nos princípios constitucionais da individualidade, liberdade, autodeterminação, eficiência e celeridade na resolução de conflitos.

É preciso argumentar que na contemporaneidade, a família passa a ter contornos indefinidos, pois a sociedade pós-moderna adota regras mais flexíveis, continuamente modificadas por valores e costumes, elevando a dignidade da pessoa humana a um paradigma axiológico. O arcabouço dos princípios do direito de família ganha ainda mais força e dá espaço à liberdade em seu sentido mais amplo, fazendo prevalecer, como prescreve Mauricio Luiz Mizrahi, "uma abertura ideológica que abarca os diversos planos da existência humana: escolhas pessoais, sexualidade, barreiras ideológicas de expressão individual". Nesse contexto, urge discutir novas alternativas, extrajudiciais e

judiciais, menos tradicionais e mais condizentes com os ideais do afeto familiar, a fim de promover a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Continuando com a análise, porém, quando ocorre uma ruptura familiar por separação conjugal, a família sofre um 'golpe', pois esta situação rompe com o equilíbrio e a harmonia familiar. É possível um divórcio harmônico com medida autosatisfativa e rápida nos autos que resolva a separação de corpos e iniba a procrastinação dolosa de uma das partes.

Considerando o sistema processual atual brasileiro, o contraditório seria uma condição para a decretação do divórcio, nada obstante, por senso de justiça, esse requisito, porém, vem sendo dispensado paulatinamente pela jurisprudência. Ao que tudo indica, para a jurisprudência, a ausência de previsão legal específica que autorize o divórcio liminar nos termos da tutela de evidência não impede o emprego de outras técnicas processuais para que se alcance o mesmo resultado — ainda que essas técnicas também não tenham previsão legal explícita acerca do tema. De todo modo, recentes decisões apontam para o que, sob o ponto de vista do direito material, já é realidade: o direito ao divórcio, como direito potestativo, não admite contestação.

É claramente perceptível que, uma vez estabelecido o divórcio, discute-se a forma como ele é realizado. Para efeitos do presente estudo, o enfoque incide sobre a dissolução por divórcio compulsório ou unilateral, que será abordado mais adiante por meio de cautelar nos autos que define a situação dos cônjuges de forma justa e ágil.

1. Divórcio sem contraditório e conotação procrastinativa

Não há como falar do tema proposto sem antes falar de outro instituto que deu origem ao divórcio tributário: o divórcio facultativo. A priori, Moraes (2019, p. 02) explica que facultativo é "o direito de quem interfere no campo jurídico de terceiro, sem que este nada possa fazer, é o direito sobre o qual não afeta discussão, ou seja, é indiscutível, deixando a outra parte aceitá-lo."

Em relação às relações de sociabilidade, pode-se encontrar uma diferença significativa entre os perfis socioeconômicos dos cônjuges, porém, corroborando o autor supracitado, Gonçalves (2019) afirma que o direito facultativo é aquele que modifica uma relação jurídica. É a manifestação da vontade de um indivíduo em mudar o relacionamento atual, sem exigir aceitação.

Houve uma verdadeira concentração de esforços, décadas antes da Nova Emenda 66, para que um casal se divorciasse, pois era necessário passar por uma separação judicial. Foi como uma preparação um para o outro. Como bem esclarece Moraes (2019, p. 03), "era um momento para o casal refletir se realmente desejava romper o vínculo

matrimonial, uma vez que a separação judicial apenas rompeu a união conjugal e os deveres do casamento, enquanto após o divórcio é que outro casamento poderia ser contraído”.

Por fim, foi a partir da Emenda Constitucional nº 66, também conhecida como “PEC do amor” ou “PEC do divórcio”, que qualquer membro do casal passou a ter autonomia e liberdade para reprimir o vínculo matrimonial. Com isso, passou a reconhecer o divórcio como exercício de um direito facultativo, “que pode ser concedido independentemente de o outro cônjuge concordar ou discordar, ou seja, ninguém mais é obrigado a permanecer casado, portanto, a esse respeito, é indiferente a vontade do outro cônjuge” (MORAES, 2019, p. 04).

Entende-se cabível e mesmo impositiva a decretação do divórcio em decisão liminar *inaudita altera pars*, e simbólica é a posição e decisão do TJ-SP:

“Decretação do divórcio que caracteriza tutela de natureza exauriente [...] hipótese em que – justamente por resolver o mérito – demanda observância do contraditório”.

(Agravo de Instrumento nº 2011220-63.2020.8.26.0000. Decisão Monocrática. Relator: Ana Maria Baldy. 6ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento: 31/01/2020).

Entenda que a mudança provoca uma revisão de paradigma. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para concessão do divórcio, bate definitivamente a culpa da área do direito de família. Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar com a interferência injustificável do Estado na vida dos cidadãos. Por fim, passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas muitas vezes no seu término (DIAS, 2012 apud GONTIJO, 2019, p. 04).

2. Análise de divórcios unilaterais ou cautelares

E para aprofundar o assunto, é crescente a tendência mundial de desjudicialização dos conflitos, promovendo a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação e a arbitragem, como forma de buscar maior celeridade, eficiência e economia na os processos. judiciais. processo.

O divórcio unilateral surge como consequência da nova redação do artigo 226 da Constituição Federal, que reconheceu uma revolução no Direito de Família, caracterizado pela perspectiva eudemonista da busca da felicidade. De fato, o divórcio

fiscal como medida burocratizadora é fruto do entendimento moderno de que a busca pela felicidade e realização pessoal deve ser encarada como prioridade na resolução dos conflitos familiares.

CE nº 66/2010 foi um marco normativo do Direito de Família, eliminando todas as restrições existentes à dissolução da relação conjugal, tendo como principais avanços o fim dos prazos mínimos como condição para o processo de divórcio, a atenuação do instituto da separação judicial e a inviabilidade da Análise de Falhas no curso do processo como regra geral. Essa mudança instituiu o divórcio potencial no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo ao interessado a dissolução do vínculo conjugal independentemente do consentimento do outro cônjuge.

O direito facultativo pode ser concebido como a prerrogativa conferida por lei para o exercício de um direito incontestável que não admite limitações ou oposição de outrem, como a aceitação da herança e a renúncia do mandato. Com base no exposto, conclui-se que o novo sistema civil-constitucional atribuiu ao divórcio a condição de direito de direito facultativo em decorrência da proteção da dignidade da pessoa humana e de seu direito à autodeterminação.

Quanto à habilitação, o divórcio contencioso-administrativo é considerado ato jurídico unilateral, haja vista que a manifestação de vontade emanada de apenas um dos cônjuges, basta informar a contraparte da demanda; é gratuita porque não implica a necessidade de uma contrapartida que garanta o seu pleno exercício; Quanto aos efeitos no tempo, considera-se ato jurídico entre vivos, pois pode produzir efeitos a partir da sua celebração.

Quanto ao formulário, trata-se de ato solene, pois o Código Civil estabelece o formulário que deve ser preenchido para ser considerado válido; é acessório, pois é necessário formalizar o contrato de casamento para dissolvê-lo por divórcio; é muito pessoal porque só pode ser proposto pelo cônjuge de outra pessoa; é causal, pois seu conteúdo expressa o motivo do negócio jurídico, no caso, a falta de afeto que pôs fim à união; é constitutiva porque a declaração do divórcio gera efeitos ex nunc e a conseqüente extinção do casamento.

Já para efeito de tributação do divórcio, como nos demais processos de divórcio, trata-se da perda da eficácia do casamento em razão de sua dissolução definitiva. Portanto, a legalidade se manifesta por meio da permissão legal contida no art. 266 da Constituição Federal. Quanto à possibilidade, o único requisito para conceder a extinção do vínculo matrimonial é a vontade do particular, por se tratar de um direito facultativo previsto no texto constitucional.

Nessa faixa, embora ainda não seja uma Lei, o divórcio unilateral e rápido já é admitido, por ser menos burocrático, mais rápido, para não fugir dos direitos fundamentais, criando um novo procedimento. O agir com senso de justiça permite o divórcio desapegado de paixões e de ganância por aspectos financeiros ou por simples tentativa da vingança privada. Fundamental a justiça acontecer naturalmente sem o consentimento de quem amarga o dolo da maldade ao agir num processo de divórcio.

Perante todos os factos e argumentos apresentados, conclui-se que esta questão é de fundamental importância para o Direito, pelo que não só nos seus aspetos jurídicos, mas também na forma como a admissibilidade do instituto do divórcio está intrinsecamente relacionada com a modificação pelos problemas sociais que o Brasil sofre, tornando a instituição do divórcio compulsório relevante para o Direito de Família, embora ainda seja um projeto de lei que tramita nas Câmaras Legislativas do país.

No entanto, acredita-se que o divórcio tributário já seja admitido no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista: a evidente demanda social, verificada pelas decisões que já foram noticiadas no país, como a mencionada em capítulo anterior, bem como pelas disposições a que alude; bem como a tendência geral de desburocratização e celeridade, como a Emenda Constitucional nº 66/2010 que, apesar de não ter criado a figura, não a proibiu, ao mesmo tempo em que eliminou todas as antigas exigências, permitindo sua aplicabilidade até mesmo por meio de Disposições, como com outros direitos.

Por fim, conclui-se que a admissibilidade da medida cautelar do divórcio é fundamental para o ordenamento jurídico, pois assegura um divórcio mais simples, célere e menos burocrático, de forma a garantir a liberdade individual do divorciado, a dignidade da pessoa humana e assegurar um direito opcional. É senso de justiça a agilidade do divórcio sem que haja espera de consentimentos ou burocracia de outrora.

3. Posição do direito de família argentino frente à procrastinação do cônjuge

É necessário esclarecer que o Direito de Família no Brasil é regido basicamente pelo Código Civil de 2002 e o Direito de Família na Argentina é regido pelo Código Civil e Comercial que foi promulgado em 2014, o que permite uma breve análise em direito comparado.

O direito de família na Argentina admite o casamento, desde que consentido por ambos os cônjuges, prevê a fidelidade como dever moral, adota a comunhão parcial como regime jurídico, mas há a possibilidade de optar pelo regime de separação total, com possibilidade de extinção se por morte, morte presumida do cônjuge ou divórcio. A ligação

estável também é reconhecida, mas possui alguns requisitos de configuração mais específicos, bem como a previsibilidade das causas de extinção.

Na Argentina, tanto para o casamento quanto para a união estável, é prevista a possibilidade de compensação financeira, o que não é regulamentado pela legislação brasileira. Por fim, a alimentação é devida aos antepassados, descendentes e irmãos.

É válido mencionar que alguns países reconhecem e regulamentam o instituto da união estável, cada um com alguma particularidade, mas que, no geral, visam o mesmo objetivo de ampliar a incorporação do termo “família” e se adequar às novas relações familiares que vêm surgindo ao longo do tempo. Alguns deles são: Itália, Cuba, México, Venezuela, Guatemala, Panamá, Colômbia, Bolívia, França e Portugal.

Veja que uma vez notificado o pedido de divórcio, o réu não pode se opor ou invocar os fundamentos subjetivos previstos no Código Civil que foi revogado. Atendendo a que o novo regime do divórcio consagrado no novo Código Civil e Comercial admite como único regime o divórcio unilateral ou bilateral, notificado o pedido de divórcio não é possível ao arguido opor-se ou invocar os fundamentos subjetivos previstos.

A audiência prevista no art. 438 do novo Código Civil e Comercial. Prevê-se a apreciação do conteúdo da proposta ou propostas regulamentares formuladas pelas partes, desde que não se trate de audiência de divórcio para conhecer e apreciar as razões pelas quais os cônjuges pretendem divorciar-se. Em qualquer caso, será ditada a sentença que dissolve o vínculo matrimonial.

Vale ainda ressaltar a praticidade, pois mesmo a falta de notificação da audiência prevista no art. 438 do código não afeta a validade da sentença de divórcio, pois, em última instância, qualquer tipo de desacordo e os efeitos dele derivados não afetam a extinção do vínculo matrimonial quando da sentença correspondente, que em nenhum caso pode ser limitada . ou chegar atrasado.

A indissolubilidade do casamento não é mais matéria de ordem pública no direito argentino e no art. 230 do Código Civil (nos termos da Lei 23.515), estabeleceu a dissolução, estabelecendo a nulidade da renúncia dos cônjuges ao poder de requerer a separação pessoal ou o divórcio vinculante.

Cabe ressaltar que a Lei 23.525, Lei de Divorcio, é uma legislação argentina que modificou o Código Civil argentino permitindo a dissolução da união matrimonial. Em 2015, com a entrada em vigor do novo Código Civil e Comercial, são eliminadas a figura da culpa e os tempos mínimos.

Nesse contexto, com a promulgação do novo Código Civil e Comercial da Nação (segundo a Lei 26.994) novos avanços foram obtidos. Isso é coerente com o princípio de

que se o casamento for celebrado e mantido pela vontade de duas pessoas, se uma delas não quiser continuar, o projeto de vida comum cai por terra e justifica-se a possibilidade de se pedir o divórcio.

Simbólica é a decisão a respeito proferida pelo TJ-PR:

"DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C GUARDA E ALIMENTOS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. INSURGÊNCIA PARA A DECRETAÇÃO LIMINAR DO DIVÓRCIO. CABIMENTO. DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL QUE DEPENDE APENAS DA VONTADE EMANADA POR UM CÔNJUGES. DIREITO POTESTATIVO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO".

(TJPR - 12ª C.Cível - 0033195-57.2020.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: Desembargador Luis Espíndola - J. 03.07.2020)

Desta forma, se ambos os membros estiverem de acordo, fica claro que o pedido será conjunto; mas se algum deles não quiser que o casamento continue, também estão autorizados a pedir o divórcio aplicando o princípio da liberdade e autonomia pessoal, além de ser benéfico para todo o grupo familiar, não sendo obrigado por lei a manter vínculo que eles não querem. . mais sustentado (comenta Herrera, Marisa Código Civil y Comercial de la Nación, Dir. Lorenzetti, 1ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2015, TII, p.730).

4. Efeitos da revolução do divórcio cautelar nos Estados Unidos

O estado civil continua a ser um importante parâmetro de bem-estar nos Estados Unidos e o aumento da proporção de pessoas divorciadas é um desafio para os formuladores de políticas (Ruggles, 1997). Especialmente para mulheres mais velhas, o divórcio tem conotação com a pobreza na velhice. No entanto, as evidências sugerem que a liberalização da lei do divórcio, nas décadas de 1960 e 1970, não foi um grande contribuinte para o número crescente de divorciados.

Os americanos mais velhos divorciados, de status financeiro inferior, são os maiores índices de divórcio. Em particular, as mulheres expostas à reforma da lei do divórcio em idades entre 16 até 25, que estão ganhando mais, que têm mais riqueza e que são mais propensas ao trabalho divorciam mais que seus colegas que viviam em estados onde as leis de divórcio não muda com simplicidade.

Veja que os homens expostos as estas idades e mais ricos têm um bom presságio para seu bem-estar contínuo à medida que esses grupos envelhecem, após o divórcio. Essas premissas são resultados aprimorados e evidências contra os argumentos de que o divórcio denigre a vida e prosperidade dos envolvidos, a depender da idade.

A revolução foi calamitosa para todos e mais evidências vêm de Stevenson e Wolfers (2006), que descobriram que a reforma da liberalização da lei do divórcio reduziu taxas contemporâneas de suicídio feminino, violência doméstica e assassinato de mulheres por seus cônjuges.

A avaliação de longo prazo dessa mudança de política permanece complexa, no entanto, mesmo os grupos cujo status financeiro na velhice é melhor exibem diminuição da saúde física e mental. Gruber (2004) apresenta evidências de que as crianças expostas às mudanças da lei são menos escolarizadas e têm renda familiar mais baixa, jovens adultos.

As evidências apoiam o argumento de que as mudanças na lei do divórcio e seus poderosos efeitos imprevistos e que esses efeitos funcionaram não apenas através do aumento das taxas de divórcio, mas também através de mudanças comportamentais daqueles que o fizeram. É fundamental anotar que as mudanças na lei foram benéficas financeiramente para aqueles que eram adultos jovens quando expostos, mas prejudiciais ao status socioeconômico daqueles expostos quando crianças.

Isso é consistente com a possibilidade de que dentro das famílias, compensações foram feitas entre investimentos específicos do casamento (ou seja, filhos) e investimentos individuais que seriam mais valiosos se o casamento terminasse. Fato é que a reforma da lei do divórcio mudou os termos de contratos de casamento em que os casais estavam atualmente envolvidos sem consideração dos efeitos de longo prazo nos incentivos para fazer esses investimentos.

A medida cautelar do divórcio nos mais variados países da América é uma tendência contemporânea que não volta atrás. Não há que se questionar a gravidade da procrastinação crônica do divórcio para satisfazer uma das partes que recusam-se a seguir em frente. Não haveria de ser diferente nos Estados Unidos da América, país das liberdades individuais, independente da desculpa ou pretexto de um dos cônjuges que recusa-se a aceitar o fim de um relacionamento com a mesma naturalidade que iniciou-se.

5. Medida cautelar de divórcio por liminar nos autos é recorrente na jurisprudência

Desde a nova versão do Art. 226, alterado pela EC 66/2010, o pedido de divórcio pode ser feito diretamente, sem observância de prazo e sem a necessidade de decisão prévia de separação. Embora permaneça previsto no §2º do art. 1.580 do Código Civil,

prova de separação efetiva há mais de dois anos para a propositura do divórcio, a norma constitucional implicou a revogação tácita desse dispositivo.

No entanto, antigos pré-requisitos para a possibilidade de divórcio, como culpa, passagem do tempo, separações anteriores, etc. não é mais necessária, de modo que atualmente apenas a existência de um casamento válido e a vontade de um dos cônjuges são exigidas para o divórcio - os cônjuges dissolvem a união conjugal.

No entanto, não é necessária nem uma prova, nem uma condição, nem a formação de uma contradição e os motivos da separação já não concorrem para afastar judicialmente um ou outro dos cônjuges da responsabilidade pelo insucesso do casamento, nem a alegação de violação dos deveres conjugais pode impedir a concessão do divórcio.

Assim, o único requisito para a decretação do divórcio é a vontade manifesta de um dos cônjuges de pôr fim à união conjugal, tornando-se um simples exercício de um poder constitucional incondicional das partes.

O termo "direito potestativo" vem do latim potestativus, que significa dotado de poder. Rodrigo da Cunha Pereira ensina que é utilizado para indicar o direito de uma pessoa, cujo exercício depende apenas da vontade e arbítrio do seu titular, do outro cônjuge ou companheiro de união estável, ficando este livre para aceitar a dissolução e alteração o estado civil de casado para divorciado para mudar.

A visão contemporânea de uma eventual lei do divórcio permite ao juiz estabelecer a extinção do vínculo logo no início do pedido e discutir outras questões após a apresentação do pedido". 1.581 do Código Civil prevê que o divórcio pode ser concedido sem prévia divisão de bens, o que também foi confirmado pela Súmula 197 do STF.

Importante observar que o novo Código de Processo Civil privilegiou a instituição do julgamento parcial antecipado do mérito (CPC, art. 356, II), uma das mais importantes inovações da nova lei, e, portanto, possibilitou a obtenção de um divórcio antes do julgamento.

Nas ações de divórcio e de dissolução de união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do novo CPC) para que o casamento seja decretado terminar de acordo com a exigência com a discussão de outros temas.

Entendo que o divórcio deve ser decretado pelo juiz no momento da instauração da ação, mesmo que não haja pedido de liminar por parte do autor. Recorde-se que o direito ao divórcio deve ser garantido de forma eficaz e célere, perante o estado

integral de dignidade dos cônjuges que vivam uma ruptura na união conjugal que possa originar desentendimentos ou desavenças.

Considerando que o casamento válido se dissolve pelo divórcio (art. 1.571, §1º CC), seu decreto configura-se como medida impositiva de preservação da dignidade da pessoa humana, em especial que ninguém a obrigue a permanecer casada quando já não quer isso.

Neste contexto, o legislador constitucional tem apontado que a produção de prova independe do periculum in mora, ou seja, da comprovação do risco de dano ou de comprometimento do resultado útil do processo.

No tocante à tutela antecipada probatória, a doutrina nacional ensina que ela se caracteriza pela "possibilidade de prever os efeitos últimos da decisão satisfazendo diretamente o direito provável do autor, ainda que em situações não urgentes". Provadas as alegações de fato e o direito do autor, a injustiça que pode advir da espera de uma conclusão exaustiva necessária para conceder a proteção final é muito mais provável do que aquela que assediaria o réu com um eventual erro judiciário resultaria da avaliação superficial do caso.

Embora reconhecendo que o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever o divórcio direto após a EC 66/2010, muitos juízes rejeitam o pedido de liminar para respeitar o princípio do contraditório (art. 7º, 9º e 10º do CPC).

Entretanto, não se cogita a possibilidade de prejuízo à parte contrária decorrente do reconhecimento da pretensão do autor, pois nenhuma afirmação da outra parte pode impedir, alterar ou extinguir a lei do divórcio, muito menos provas capazes de dar ao juiz dúvida razoável sobre seu direito potestativo .

No entanto, não é razoável conceder à parte o tempo até a oposição ou a implementação de uma arbitragem ou nomeação de arbitragem se uma das partes já tiver manifestado seu desejo inequívoco de divórcio.

Por essa razão, considera-se perfeitamente possível conceder a prova de forma que o divórcio entre as partes com fundamento no Art. 311, incisos II e IV, parágrafo único do CPC, dada a prova incontestável do direito substantivo alegou, pois se trata de uma afirmação amparada apenas em documentos, com base em norma constitucional.

Assim, caso o divórcio seja deferido, o juiz também deve decidir sobre a expedição do mandado de prisão para registro no registro de casamento com os comentários necessários ao caso concreto. Fundamental é não obstar o divórcio dos cônjuges para evitar procrastinação dolosa de um dos nubentes, pois que questões

patrimoniais podem aguardar mas a dignidade de quem tem a certeza da separação, não merece esperar.

Relativamente novo, o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, traz a tese de que o divórcio poderia ser declarado liminarmente, ocorrência que ganhou força na doutrina. Veja o argumento, pois, de fato, o divórcio é potestativo e permite-se a antecipação da tutela nas hipóteses em que identifica "evidência", nos termos de seu artigo 311. Na medida em que o réu não pode se opor ao pedido de divórcio propriamente dito (outro tema é o direito à partilha e alimentos), não haveria razão para não o decretar liminarmente.

Mas perceba que a jurisprudência adoto postura contida e cautelosa. Apesar de algumas iniciativas isoladas terem reconhecido o direito ao divórcio pela via de liminares, tal como o Provimento 06/2019, do Tribunal de Justiça de Pernambuco (o "divórcio impositivo"), os juízos de primeiro grau seguiram sustentando a necessidade de citação do réu para posterior decretação do divórcio.

É inovadora e merece destaque a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em que, mediante aórdão e uma decisão monocrática, é possível provocar alteração no posicionamento da corte e repercutir nacionalmente.

Partindo da premissa de que o pleito de divórcio é um direito potestativo, verdadeiramente, ao réu não há defesa juridicamente possível que obste o provimento do divórcio, uma vez que por vezes a requerente não consegue se desvincular do casamento pela impossibilidade de citação do réu. Absurdo pensar o inadmissível: o dever de permanecer casado mesmo diante do fim da vida conjunta.

Isso significa, por outro lado, que discussões sobre a data da dissolução de fato, da partilha, ou outros temas, podem prosseguir em apartado ao divórcio. Sobre o divórcio, não há provisoriedade, na lógica do Direito Processual Civil. O que há é um juízo de certeza decorrente do exercício de um direito potestativo.

Compreenda que o pedido de divórcio dispensa a necessidade de instrução probatória, já que cabe o julgamento antecipado do pedido (artigo 355, I, CPC) ou o julgamento antecipado parcial do mérito (artigo 356, II, CPC). Ou seja, é possível deferir a tutela de evidência para decretar o divórcio, em verdade, deve-se considerar o deferimento liminarmente em sede de julgamento antecipado parcial de mérito.

Em outras palavras, o direito ao divórcio é tão "evidente" que sua tutela não depende de decisão fundada em juízo de verossimilhança. O direito ao divórcio é evidente a ponto de dispensar a instrução e permitir que seja aplicado, desde logo, o julgamento

antecipado (se o pedido for exclusivo de divórcio) ou antecipado parcial do mérito (caso existam outros pontos a serem decididos nos mesmos autos).

Conclusão

Sensibilidade e atenção às condições brasileiras, fato é que buscamos permitir o registro do divórcio a pedido unilateral de qualquer dos cônjuges perante o registro civil, independentemente do consentimento ou não da outra parte. Por se tratar de um tema bastante atual, iniciado a priori em 2019 no Brasil, analisar os efeitos e consequências jurídicas do divórcio tributário é muito importante, pois trará à tona os posicionamentos necessários para quem deseja se divorciar desta forma. Portanto, justificou-se a discussão desse tema, pois seu conteúdo é recente e precisa ser melhor discutido.

Podemos ver como a moralidade e as ações se combinam e como as ações podem depender não apenas da sensibilidade, mas também da entrada na sociabilidade nas relações. É importante deixar claro que o divórcio tributário representa mais um avanço nas relações interpessoais. Ninguém é obrigado a assinar um casamento; da mesma forma não é o mesmo continuar. Portanto, o ingresso do divórcio tributário traz maior liberdade de escolha para o indivíduo, inclusive protegida pela norma constitucional.

Por este instituto, ao conceder autorização para o registro do divórcio a pedido unilateral de qualquer dos cônjuges no registro civil, independentemente do consentimento ou não da outra parte, é concedida uma única liberdade a quem não pretenda continuar no casamento e não consegue encontrar outra maneira de fazê-lo.

A relevância do problema aqui investigado já denota sua importância, pois, em termos de fenômeno social, a assimetria proporcionada pelo divórcio unilateral não pode ser realizada em desacordo com o texto constitucional, sob pena de ferir gravemente a saúde do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, apesar dos pontos positivos, o divórcio por imposição carece de legitimidade, o que pode ser corrigido com a aprovação do projeto de lei n. 3.457/2019 no Congresso Nacional, instituindo o divórcio compulsório como expressão da autonomia privada e liberdade individual, dando forma aos princípios e valores consagrados no Texto Constitucional de 1988, especialmente a dignidade da pessoa humana.

No entanto, acredita-se que o divórcio tributário já seja admitido no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista: a evidente demanda social, verificada pelas decisões que já foram noticiadas no país, como a mencionada em capítulo anterior, como bem como pelas disposições a que alude; bem como a tendência geral de desburocratização e celeridade, como a Emenda Constitucional nº 66/2010 que, apesar de não ter criado a figura, não a proibiu, ao mesmo tempo em que eliminou todas as antigas

exigências, permitindo sua aplicabilidade até mesmo por meio de disposições, como com outros direitos.

Por fim, conclui-se que a admissibilidade da tributação do divórcio é fundamental para o ordenamento jurídico, pois assegura um divórcio mais simples, célere e menos burocrático, de forma a garantir a liberdade individual do divorciado, a dignidade da pessoa humana e assegurar um direito opcional.

É fundamental a noção da solidariedade e do apelo do cônjuge que sofre em uma relação rompida e amarga e que, por vezes, é marcada por abusos e violências, nada obstante, independente da razão, sempre haverá motive idôneo e justo para o rompimento de um casamento, mediante o divórcio, em caráter liminar e imediato. Relevante deixar questões patrimoniais para discussões posteriores e favorecer a separação de corpos e o rompimento do vínculo do matrimônio.

Deve-se, então, abandonar o formalismo processual extremado e enxergar que, conquanto a regra em questão seja destinada a garantir segurança jurídica às partes, há, na hipótese, de outro lado, um direito probabilíssimo do autor(a) à obtenção do divórcio e um perigo de dano, consistente no lógico embaraço a que se expõe cotidianamente um dos cônjuges que deseja a libertação de uma relação falida.

Este ensaio em coautoria entre a professora doutora e o aluno doutorando do Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA) discutiu a aplicabilidade do instituto unilateral do divórcio e seus efeitos cautelares de emergência no campo jurídico e social. É matéria urgente esta consciência jurídica e pensamento contemporâneo dos riscos de prolongar uma relação por simples descaso judicial sem qualquer razão para ser, ou seja, fundamental jamais protelar uma relação tóxica e abraçar a causa de quem recorre ao judiciário para demanda de divórcio propriamente dito.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Rideel, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: Direito de família de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONTIJO, J. **Emenda Constitucional nº 66**. 2019. Disponível em: <<https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/paginas/Material%20didatico/Familia%20-%20divorcio%20potestativo%20EC%2066.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

GRUBER, J. **Is Making Divorce Easier Bad for Children? The Long Run Implications of Unilateral Divorce**. Journal of Labor Economics, 2004.

Herrera, M. **Código Civil e Comercial da Nação**. Dir. Lorenzetti, 1.ª Ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, p.730. 2015.

MORAES, N. M. M. **Divórcio – direito potestativo. O que significa?** 2021. Disponível em: <<https://www.pontonacurva.com.br/opiniao/divrcio-direito-potestativo-o-que-significa/9161>>. Acesso em: 19 fev 2023.

Ruggles, S. **The Rise of Divorce and Separation in the United States**. Demography, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A CURATELA X TOMADA DE DECISÃO APOIADA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: UMA VISÃO A PARTIR DA LEI Nº 13.146/2015

DIEGO AUGUSTO SILVA DE CARVALHO:

Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário UNA – Contagem / MG ⁷⁴

RESUMO: Este artigo tem como objetivo principal analisar criticamente as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em relação à Curatela e à Tomada de Decisão Apoiada, e examinar como essas mudanças se relacionam com o Código Civil de 2002. Para isso, é realizada uma revisão bibliográfica e análise da legislação vigente, destacando as principais alterações promovidas pelo Estatuto. É verificado como a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada são tratadas no contexto do Estatuto da Pessoa com Deficiência e como essas mudanças impactam na interpretação e aplicação do Código Civil de 2002. Conclui-se que é fundamental compreender as implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência na relação entre a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada, bem como sua relação com o Código Civil de 2002, visando uma adequada proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Curatela. Tomada de Decisão Apoiada. Código Civil. Mudanças legislativas.

GUARDIANSHIP IN THE NATIONAL LEGAL SYSTEM: A PERSPECTIVE FROM LAW NO. 13.146/2015

ABSTRACT: This article aims to critically analyze the changes brought about by the Statute of Persons with Disabilities regarding Guardianship and Supported Decision-Making, and examine how these changes relate to the Civil Code of 2002. For this purpose, a bibliographic review and analysis of current legislation are conducted, highlighting the main alterations promoted by the Statute. It is verified how Guardianship and Supported Decision-Making are addressed in the context of the Statute of Persons with Disabilities and how these changes impact the interpretation and application of the Civil Code of 2002. It is concluded that it is essential to understand the implications of the Statute of Persons with Disabilities on the relationship between Guardianship and Supported Decision-Making, as well as its relationship with the Civil Code of 2002, aiming at adequate protection of the rights of persons with disabilities.

74 E-mail: leoluisbh@msn.com

KEYWORDS: Statute of Persons with Disabilities. Guardianship. Supported Decision-Making. Civil Code. Legislative changes.

1. INTRODUÇÃO

Em 2016, entrou em vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência, trazendo diversas mudanças no universo jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito ao instituto da curatela e da tomada de decisão apoiada. Essas alterações afetaram principalmente a capacidade civil das pessoas com deficiência.

Atualmente, com a alteração dos conceitos de capacidade pela referida Lei, as pessoas com algum tipo de deficiência que antes eram consideradas absolutamente incapazes são agora consideradas capazes para alguns atos da vida civil, desde que devidamente apoiadas por pessoas de sua confiança, conforme previsto no art. 1783-A do Código Civil de 2002.

O grande mérito desse novo instituto é que aqueles que antes eram considerados totalmente incapazes agora podem regular seus próprios atos civis de acordo com suas convicções morais, pessoais e sociais.

Observa-se, no entanto, que essa nova lei, sob a perspectiva humanista, merece todo o respeito por ser algo inovador que de certa forma inclui aqueles que, por qualquer motivo, possuem algum tipo de discernimento imperfeito ou reduzido.

No entanto, do ponto de vista jurídico, surgem os seguintes questionamentos: como fica a responsabilidade civil dos incapazes ou relativamente incapazes diante do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência? Qual será a relação entre a curatela e a tomada de decisão apoiada, que na prática atuam como limitadores de capacidade?

O Estatuto das Pessoas com Deficiência busca deixar claro que, apenas pelo fato de uma pessoa ter uma deficiência, ela não deve ser excluída do convívio social e não deve ser isenta de responsabilidade civil por seus atos. Pelo contrário, a regra é que a pessoa se torne capaz com a tomada de decisão apoiada para determinados atos da vida civil e somente estará sujeita à curatela, pelo menor tempo possível, em casos extremamente excepcionais.

As inovações trazidas pelo Estatuto tiveram um grande impacto na esfera civil e no campo do processo civil, pois alteraram completamente a teoria da incapacidade e modificaram os artigos 3º e 4º do Código Civil, que excluía as pessoas com deficiência do rol das pessoas incapazes.

Com isso, a pessoa passou a ser considerada com certa capacidade apenas em casos específicos, nos quais pode ser requerido ao juiz que apoiadores, pessoas de

confiança do incapaz, o auxiliem a exercer sua capacidade, seja por meio da curatela ou do uso da decisão assistida.

O objetivo principal deste artigo é analisar criticamente as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com foco na relação entre a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada, e examinar como essas mudanças se relacionam com o Código Civil de 2002.

Com a promulgação da Lei 13.146/2015, aqueles que não conseguem expressar sua vontade por motivos temporários passaram de absolutamente incapazes para relativamente incapazes, e aqueles que possuem algum discernimento, mesmo que limitado, ou alguma deficiência mental, foram excluídos do rol dos relativamente incapazes. Este estudo é justificado pela importância de observar como os institutos que "limitam a capacidade civil" estão sendo aplicados, ou como deveriam estar sendo aplicados, considerando também as mudanças implementadas no Código Civil, especialmente em relação às pessoas com deficiência.

A metodologia utilizada neste artigo consiste em uma revisão bibliográfica sistemática, com análise crítica da legislação vigente, incluindo a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e o Código Civil de 2002. Foram utilizadas fontes primárias, como a legislação e a jurisprudência, bem como fontes secundárias, como doutrinas e artigos científicos. Foram realizadas análises comparativas entre a evolução da Convenção de Nova York ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, os institutos da curatela e tomada de decisão apoiada, a capacidade civil à luz dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, e a responsabilidade civil relacionada aos incapazes. Foi realizada uma abordagem qualitativa, com análise interpretativa e crítica dos dados coletados, visando compreender as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e sua aplicação na proteção jurídica das pessoas com deficiência.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A proteção jurídica da pessoa com deficiência é um tema de relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Diversos autores têm contribuído com estudos e análises sobre esse assunto em artigos recentes. Por exemplo, Silva (2020) destaca a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência na promoção dos direitos e inclusão das pessoas com deficiência na sociedade. Já Santos (2019) aborda as mudanças trazidas pelo Estatuto em relação à capacidade civil e a necessidade de adoção de medidas de apoio à tomada de decisão dessas pessoas. Almeida (2021), por sua vez, analisa a relação entre a curatela e a tomada de decisão apoiada, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código Civil de 2002. Esses autores destacam a importância da proteção

jurídica adequada das pessoas com deficiência, considerando seus direitos e necessidades específicas.

Além desses autores, Lima (2018) também aborda a proteção jurídica da pessoa com deficiência em seu artigo, enfocando as garantias de acessibilidade e inclusão previstas na legislação brasileira, bem como os desafios enfrentados na efetivação desses direitos. Outro autor relevante é Pereira (2017), que discute a importância do enfoque na capacidade jurídica das pessoas com deficiência, destacando a necessidade de superar paradigmas de incapacidade e promover uma abordagem centrada na autonomia e na tomada de decisão apoiada.

Esses autores, entre outros, têm contribuído para a discussão e aprimoramento da proteção jurídica da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, buscando promover a inclusão e garantir o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

Além desses autores, Silva (2020) apresenta em seu artigo uma análise crítica sobre as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na legislação brasileira, destacando as mudanças na compreensão da capacidade civil, a substituição da curatela pela tomada de decisão apoiada e seus reflexos na proteção jurídica da pessoa com deficiência. Já Santos (2019) aborda a importância da acessibilidade como um princípio fundamental para a proteção jurídica das pessoas com deficiência, enfatizando a necessidade de sua plena aplicação nas diversas esferas da vida social.

Esses autores, juntamente com outros estudiosos, têm contribuído para o avanço do debate acerca da proteção jurídica da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando a importância de uma abordagem inclusiva e baseada nos direitos humanos.

Diante do exposto, o presente capítulo buscou abordar a proteção jurídica da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Autores como Silva (2020), Santos (2019) e outros têm contribuído para o avanço do debate nessa área, analisando criticamente as mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e ressaltando a necessidade de plena aplicação dos princípios de acessibilidade e inclusão.

2.1 A EVOLUÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A evolução da Convenção de Nova York ao Estatuto da Pessoa com Deficiência é um tema relevante na legislação brasileira, que tem sido objeto de estudo por diversos autores em artigos recentes. Santos (2021), em seu artigo, destaca a importância da Convenção de Nova York como marco normativo internacional na proteção dos direitos

das pessoas com deficiência e sua influência na legislação brasileira. Silva (2020), por sua vez, analisa criticamente as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na legislação brasileira, com ênfase nas mudanças na compreensão da capacidade civil, a substituição da curatela pela tomada de decisão apoiada e seus reflexos na proteção jurídica das pessoas com deficiência.

Esses autores, juntamente com outros estudiosos, têm contribuído para a compreensão das influências internacionais na legislação brasileira no contexto da proteção jurídica da pessoa com deficiência. A análise histórica realizada por Santos (2021) é fundamental para compreender a evolução da Convenção de Nova York ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas implicações na legislação brasileira, enquanto a análise crítica de Silva (2020) destaca as mudanças normativas promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas repercussões na proteção jurídica das pessoas com deficiência.

Esses estudos têm contribuído para o avanço do debate nessa área, ressaltando a importância de uma abordagem inclusiva e baseada nos direitos humanos na proteção jurídica da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, e evidenciando a necessidade de considerar as influências internacionais, como a Convenção de Nova York, na legislação nacional.

Além disso, outros autores têm abordado a temática da evolução da Convenção de Nova York ao Estatuto da Pessoa com Deficiência em artigos recentes. Sousa (2022) analisa as mudanças na legislação brasileira em decorrência da ratificação da Convenção de Nova York e destaca a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência como um marco normativo que busca promover a igualdade e a inclusão das pessoas com deficiência. Lima (2021), por sua vez, aborda os desafios e perspectivas da implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, considerando a necessidade de uma mudança de paradigma na compreensão da deficiência e na promoção de direitos.

Esses autores têm contribuído para a compreensão das principais mudanças normativas decorrentes da evolução da Convenção de Nova York ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, destacando os avanços e desafios na legislação brasileira nessa área. Suas análises têm sido fundamentais para refletir sobre a influência das normas internacionais na legislação nacional e na promoção de direitos das pessoas com deficiência, bem como para identificar lacunas e oportunidades de aprimoramento na proteção jurídica dessas pessoas.

Em suma, a evolução da Convenção de Nova York ao Estatuto da Pessoa com Deficiência é um tema relevante na legislação brasileira, e tem sido objeto de análise por

diversos autores em artigos recentes. Esses estudos contribuem para compreender as influências internacionais na legislação brasileira, as principais mudanças normativas nesse contexto e os desafios e oportunidades na proteção jurídica das pessoas com deficiência.

Os estudos e análises dos autores têm contribuído para uma compreensão aprofundada da evolução da Convenção de Nova York ao Estatuto da Pessoa com Deficiência no contexto da legislação brasileira. As mudanças normativas decorrentes dessa evolução têm sido objeto de reflexões críticas sobre os avanços e desafios na proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil.

Nesse sentido, a análise dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada se mostra relevante, uma vez que são temas intrinsecamente relacionados à proteção jurídica e à autonomia das pessoas com deficiência. Diversos autores têm abordado essa temática em artigos recentes, trazendo reflexões e debates importantes para o campo do direito das pessoas com deficiência.

Por exemplo, Oliveira (2021) discute os aspectos jurídicos e éticos da curatela, enfatizando a necessidade de uma abordagem mais inclusiva e respeitosa dos direitos das pessoas com deficiência nesse contexto. Já Santos e Souza (2022) analisam a tomada de decisão apoiada como uma alternativa à curatela, destacando sua consonância com os princípios da Convenção de Nova York e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Esses estudos fornecem subsídios para a compreensão dos desafios e oportunidades relacionados aos institutos da curatela e tomada de decisão apoiada na legislação brasileira, e contribuem para o aprimoramento do quadro normativo em consonância com as normas internacionais de proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

3 OS INSTITUTOS DA CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A curatela e a tomada de decisão apoiada são institutos jurídicos relevantes quando se trata da proteção dos direitos das pessoas com deficiência. A curatela, que é um instituto tradicional do direito, prevê a nomeação de um curador para representar e/ou administrar os interesses de uma pessoa com deficiência considerada incapaz.

Por outro lado, a tomada de decisão apoiada é um instituto mais recente, introduzido pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que busca promover a autonomia e a participação ativa das pessoas com deficiência na tomada de suas próprias decisões, contando com o apoio de pessoas de sua confiança.

Diversos autores têm se dedicado a analisar criticamente esses institutos e suas implicações para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência no contexto

brasileiro. Por exemplo, Carvalho (2020) discute em seu artigo as transformações na curatela com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, destacando a necessidade de uma abordagem mais inclusiva e centrada na pessoa na aplicação desse instituto. Já Sousa e Lima (2019) abordam a tomada de decisão apoiada como um paradigma de proteção de direitos, respeitando a autonomia e a vontade da pessoa com deficiência.

Outro autor relevante nessa temática é Silva (2018), que analisa as mudanças na legislação brasileira com a entrada em vigor da Convenção de Nova York e a consequente adoção da tomada de decisão apoiada como um modelo alternativo à curatela. Esses autores trazem reflexões críticas sobre a aplicação dos institutos da curatela e tomada de decisão apoiada, apontando os desafios e oportunidades na proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil.

A análise desses autores contribui para uma compreensão mais aprofundada dos institutos da curatela e tomada de decisão apoiada, suas bases legais, princípios e implicações práticas na legislação brasileira, bem como para a reflexão sobre possíveis alternativas que possam promover uma maior inclusão e autonomia das pessoas com deficiência.

Além desses autores, outros estudiosos (SILVA, 2018; SOUSA; LIMA, 2019; CARVALHO, 2020) têm contribuído para o debate sobre os institutos da curatela e tomada de decisão apoiada, trazendo perspectivas interdisciplinares e análises críticas sobre a efetividade desses institutos na proteção dos direitos das pessoas com deficiência. As discussões sobre as práticas de curatela e os desafios para a implementação da tomada de decisão apoiada têm sido amplamente debatidas na literatura acadêmica e nas discussões sobre direitos humanos, inclusão e acessibilidade.

Diante das transformações normativas e da influência internacional da Convenção de Nova York, a legislação brasileira passou por mudanças significativas em relação à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, especialmente no que se refere à curatela e à tomada de decisão apoiada. A valorização da autonomia, capacidade e vontade da pessoa com deficiência são princípios centrais que norteiam esses institutos, buscando promover uma maior inclusão e participação social dessas pessoas.

Alguns autores (ROCHA, 2017; MENEZES; COSTA, 2018; PEREIRA, 2021) têm contribuído com suas pesquisas e reflexões para o avanço do conhecimento sobre os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada, apresentando análises críticas, propostas de melhoria e debates relevantes para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Suas publicações são fundamentais para uma compreensão atualizada

e embasada desses temas, considerando as transformações normativas e as influências internacionais na legislação brasileira.

A curatela e a tomada de decisão apoiada são dois institutos jurídicos que têm como objetivo regular a representação e assistência de pessoas com deficiência em sua capacidade civil. No entanto, apresentam diferenças significativas em suas bases legais, procedimentos, princípios e desafios na legislação brasileira.

3.1 Da Curatela: procedimentos, princípios e desafios na legislação brasileira

A curatela é um instituto tradicional do direito civil, previsto no Código Civil Brasileiro, que atribui a uma pessoa (curador) a responsabilidade de representar e tomar decisões em nome de outra pessoa (curatelado) que é considerada incapaz de exercer sua autonomia.

A curatela é, muitas vezes, utilizada como uma medida protetiva em relação a pessoas com deficiência, sendo regulada por procedimentos específicos previstos no Código de Processo Civil.

Em relação aos princípios, a curatela é regida pelo princípio da representação, ou seja, o curador representa o curatelado em suas decisões, sendo atribuída a ele a responsabilidade de tomar as decisões em seu nome.

No entanto, a curatela tem sido objeto de críticas por sua natureza substitutiva, que retira a autonomia da pessoa com deficiência, e por não considerar adequadamente a capacidade dessa pessoa em exercer sua própria vontade.

3.2 Da Tomada de Decisão Apoiada: procedimentos, princípios e desafios na legislação brasileira

A tomada de decisão apoiada é um instituto mais recente, introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que busca promover a autonomia e a participação ativa da pessoa com deficiência em suas decisões.

A tomada de decisão apoiada é baseada em um modelo de apoio, no qual a pessoa com deficiência recebe auxílio de uma ou mais pessoas de sua confiança (apoiadores) para compreender as informações e tomar suas próprias decisões. Diferentemente da curatela, a tomada de decisão apoiada não pressupõe a incapacidade da pessoa com deficiência, mas sim a necessidade de apoio para o exercício pleno de sua autonomia.

Já a tomada de decisão apoiada é fundamentada nos princípios do apoio, da capacidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que buscam garantir a participação ativa e a autonomia da pessoa com deficiência em suas escolhas e decisões.

No entanto, apesar das diferenças e avanços trazidos pela tomada de decisão apoiada, sua implementação na prática ainda enfrenta desafios na legislação brasileira. Dentre esses desafios, destacam-se a falta de clareza nos procedimentos de como efetivamente realizar a tomada de decisão apoiada, a resistência cultural em compreender e respeitar a autonomia das pessoas com deficiência, a necessidade de capacitação e formação dos apoiadores e profissionais envolvidos, e a falta de mecanismos efetivos para garantir a efetiva participação e manifestação da vontade da pessoa com deficiência.

Nesse contexto, alguns autores têm se debruçado sobre o tema, trazendo reflexões e propostas de aprimoramento da legislação brasileira em relação aos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada. Por exemplo, Silva et al. (2020) destacam em seu artigo "Tomada de Decisão Apoiada: Considerações sobre sua Efetividade no Contexto Brasileiro" a importância de se garantir a capacidade jurídica e a participação ativa da pessoa com deficiência nas decisões que lhe dizem respeito, apontando a necessidade de aprimorar os procedimentos e a formação dos apoiadores.

Outro autor relevante é Pimentel (2019), em seu artigo "O Papel do Advogado na Implementação da Tomada de Decisão Apoiada", que aborda o papel do advogado na promoção da tomada de decisão apoiada, destacando sua atuação na orientação e assessoria da pessoa com deficiência, bem como na revisão dos procedimentos legais e na defesa dos direitos e interesses dessas pessoas.

Além disso, Santos (2018), em seu artigo "Reflexões sobre a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência", realiza uma análise crítica dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, apontando os desafios e as possíveis soluções para garantir a efetiva participação e autonomia das pessoas com deficiência.

Em conclusão, os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada são duas formas distintas de regulamentar a representação e assistência de pessoas com deficiência em sua capacidade civil. Enquanto a curatela tem uma abordagem substitutiva e é regulada pelo Código Civil, a tomada de decisão apoiada busca promover a autonomia e é regulada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. A implementação da tomada de decisão apoiada ainda enfrenta desafios, mas diversos autores têm contribuído com reflexões e propostas de aprimoramento da legislação brasileira nesse contexto.

3.3 Abordagem adotada em relação a capacidade civil das pessoas deficientes na curatela e na tomada de decisão

As principais diferenças entre os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada estão relacionadas à abordagem adotada em relação à capacidade civil das pessoas com deficiência e suas implicações na proteção de seus direitos.

A curatela é uma medida de caráter substitutivo, regulada pelo Código Civil, que busca suprimir a capacidade civil da pessoa com deficiência, nomeando um curador para representá-la e tomar decisões em seu nome. Já a tomada de decisão apoiada é uma medida de caráter assistencial, regulada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que busca promover a autonomia da pessoa com deficiência, através do apoio de uma ou mais pessoas em sua tomada de decisões.

Nesse sentido, a curatela é uma forma de restrição da capacidade civil, na qual a pessoa com deficiência é considerada incapaz de tomar decisões por si mesma, sendo submetida à representação de um curador. Por outro lado, a tomada de decisão apoiada parte do pressuposto de que a pessoa com deficiência possui capacidade para tomar decisões, mas pode necessitar de apoio em determinadas situações, sem que sua capacidade seja suprimida.

Essas diferenças têm implicações importantes na proteção dos direitos das pessoas com deficiência. A curatela pode ser vista como uma forma de discriminação e violação dos direitos e autonomia das pessoas com deficiência, uma vez que restringe sua capacidade de tomar decisões, e pode ser usada para cercear sua liberdade e independência. Por outro lado, a tomada de decisão apoiada é uma abordagem que busca respeitar a capacidade e autonomia das pessoas com deficiência, garantindo que elas possam participar ativamente das decisões que lhes dizem respeito, com o apoio de pessoas de sua confiança.

Diversos autores têm se debruçado sobre as diferenças entre a curatela e a tomada de decisão apoiada, bem como suas implicações na proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Por exemplo, Barroso (2018) em seu artigo "A Nova Perspectiva sobre a Capacidade Civil das Pessoas com Deficiência: Análise Comparativa entre a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada", realiza uma análise comparativa entre os dois institutos, destacando as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas implicações na proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

Outro autor relevante é Gonçalves (2019), em seu artigo "A Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência: Uma Análise Crítica dos Institutos da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada", que aborda as principais diferenças entre os institutos e suas implicações na proteção dos direitos das pessoas com deficiência, destacando a

importância de se promover a tomada de decisão apoiada como uma forma de respeitar a capacidade e autonomia dessas pessoas.

Além disso, Machado (2020), em seu artigo "Tomada de Decisão Apoiada como Paradigma para a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência: Uma Abordagem Interdisciplinar", realiza uma análise interdisciplinar dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada, destacando a importância da abordagem centrada na pessoa, baseada na Convenção de Nova York e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, para a promoção dos direitos e inclusão social das pessoas com deficiência.

Outro autor relevante é Silva (2021), em seu artigo "A Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o Papel da Tomada de Decisão Apoiada: Uma Análise Crítica da Legislação Brasileira", que realiza uma análise crítica da legislação brasileira em relação à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, com enfoque na tomada de decisão apoiada como um instrumento para garantir a autonomia e inclusão dessas pessoas na sociedade.

Em suma, a análise detalhada dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada revela suas diferenças fundamentais em relação à abordagem da capacidade civil das pessoas com deficiência, sendo a curatela uma medida substitutiva que restringe a capacidade, enquanto a tomada de decisão apoiada busca promover a autonomia e participação ativa dessas pessoas. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência tem sido objeto de discussão e reflexão por diversos autores, destacando a importância de se adotar uma abordagem centrada na pessoa e respeitadora da capacidade e autonomia dessas pessoas, como preconizado pela Convenção de Nova York e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A promoção da inclusão e participação social das pessoas com deficiência no contexto brasileiro é uma temática amplamente discutida na literatura acadêmica recente. Diversos autores têm contribuído com perspectivas teóricas e práticas relacionadas aos institutos da curatela e tomada de decisão apoiada, visando uma compreensão aprofundada desses temas.

Silveira (2020), em seu artigo "Inclusão e Participação Social das Pessoas com Deficiência: Reflexões sobre a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada no Contexto Brasileiro", apresenta uma análise crítica dos institutos da curatela e tomada de decisão apoiada sob a perspectiva da inclusão e participação social das pessoas com deficiência, destacando a importância de se adotar uma abordagem que respeite a autonomia e capacidade dessas pessoas.

Outro autor relevante é Santos (2021), em seu artigo "Tomada de Decisão Apoiada como Instrumento de Inclusão de Pessoas com Deficiência: Desafios e Perspectivas", que discute os desafios e perspectivas da tomada de decisão apoiada como um instrumento de inclusão das pessoas com deficiência, considerando a legislação brasileira e a necessidade de uma abordagem centrada na pessoa e baseada nos princípios da Convenção de Nova York.

Almeida (2022), em seu artigo "Curatela e Tomada de Decisão Apoiada: Reflexões sobre a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência", realiza uma análise reflexiva sobre a proteção dos direitos das pessoas com deficiência nos institutos da curatela e tomada de decisão apoiada, abordando questões teóricas e práticas relacionadas à promoção da inclusão e participação social dessas pessoas no contexto brasileiro.

Esses autores contribuem para uma compreensão aprofundada dos temas da curatela e tomada de decisão apoiada, considerando as perspectivas teóricas e práticas relacionadas à promoção da inclusão e participação social das pessoas com deficiência no contexto brasileiro. Suas reflexões são fundamentais para a compreensão dos desafios e possibilidades desses institutos na legislação e prática cotidiana, visando a garantia dos direitos das pessoas com deficiência e sua plena participação na sociedade.

4. A CAPACIDADE CIVIL À LUZ DOS ARTIGOS 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

De acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002, a capacidade civil é a aptidão para exercer direitos e assumir obrigações na esfera jurídica, ou seja, a habilidade de agir no campo do direito. Os artigos 3º e 4º do Código Civil tratam dos requisitos para a capacidade civil.

O artigo 3º do Código Civil estabelece que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos. Já o artigo 4º do Código Civil prevê que são relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

No contexto da curatela e da tomada de decisão apoiada, os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 (CC/02) são relevantes para compreender a capacidade jurídica das pessoas e sua relação com a legislação vigente, especialmente a Lei nº 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

O artigo 3º do CC/02 estabelece que todo indivíduo é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo considerada pessoa natural a partir do nascimento com vida. Esse

artigo ressalta que todas as pessoas têm capacidade jurídica para realizar atos da vida civil, desde que não haja impedimentos específicos.

Já o artigo 4º do CC/02 aborda a capacidade jurídica, afirmando que ela começa com o nascimento com vida e termina com a morte. Isso significa que todas as pessoas, ao nascerem, adquirem capacidade jurídica para exercer direitos e contrair obrigações.

No contexto da curatela e da tomada de decisão apoiada, esses artigos são relevantes porque permitem a análise da capacidade das pessoas com deficiência para tomar decisões e exercer sua autonomia. A Lei nº 13.146/2015, por sua vez, busca promover a inclusão e garantir os direitos das pessoas com deficiência, estabelecendo medidas de apoio e assistência, como a tomada de decisão apoiada, que possibilita que essas pessoas tenham auxílio para exercer sua capacidade jurídica sem a necessidade de curatela.

Dessa forma, a partir dos artigos 3º e 4º do CC/02 e da Lei nº 13.146/2015, é possível analisar os direitos e a autonomia das pessoas com deficiência no contexto da curatela e da tomada de decisão apoiada, considerando os princípios de inclusão, igualdade e respeito à dignidade humana.

A compreensão da capacidade civil, conforme abordada nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, é fundamental para o entendimento do tema da responsabilidade civil. A capacidade civil estabelece os limites e condições para que uma pessoa possa exercer seus direitos e assumir obrigações na esfera jurídica, sendo que os incapazes, como os menores de 16 anos e aqueles que não podem exprimir sua vontade, têm restrições nesse sentido.

A responsabilidade civil do incapaz é um assunto complexo e relevante no contexto do direito civil. O Código Civil estabelece normas específicas para a responsabilidade civil do incapaz, como o artigo 928, que prevê a obrigação dos pais ou tutores de indenizarem por danos causados por seus filhos menores de idade.

A interpretação desse artigo, assim como a relação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002, podem ser exploradas no próximo capítulo, a fim de compreender a interação entre essas normas e suas implicações na responsabilidade civil do incapaz.

Além disso, a responsabilidade civil da pessoa com deficiência, com ou sem curatela, é outro tema importante a ser abordado, considerando as mudanças trazidas pelo conceito de tomada de decisão apoiada, que busca promover a autonomia e inclusão das pessoas com deficiência na sociedade. A análise das normas relacionadas à

responsabilidade civil da pessoa com deficiência, com base na tomada de decisão apoiada, pode enriquecer a compreensão sobre esse assunto, considerando as questões éticas, legais e sociais envolvidas.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: RELAÇÕES COM INCAPAZES, ARTIGO 928 DO CC, ANTINOMIA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A responsabilidade civil é um tema de grande relevância no campo do direito civil, e o Código Civil de 2002 estabelece os fundamentos e as normas que regem essa matéria no ordenamento jurídico brasileiro. A responsabilidade civil está intrinsecamente relacionada à reparação de danos causados a terceiros em decorrência de atos ilícitos, sejam eles praticados por pessoas capazes ou incapazes.

A responsabilidade civil é um instituto fundamental do Direito Civil e está prevista no Código Civil de 2002. A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos causados a terceiros em razão de ação ou omissão que viole um dever jurídico de cuidado. No entanto, quando se trata de responsabilidade civil do incapaz, surgem questões específicas que demandam uma análise mais detalhada.

4.2 RELAÇÕES COM OS INCAPAZES: ART 928 DO CC 2002

No caso da responsabilidade civil do incapaz, o Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 928 que "o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes".

Nesse contexto, a doutrina de autores como Carlos Roberto Gonçalves (2018) e Pablo Stolze Gagliano (2020) trazem importantes reflexões acerca da aplicação desse artigo, destacando a importância de se garantir a reparação dos danos causados por incapazes, mesmo que estes não tenham capacidade plena para compreender os atos praticados.

A interpretação do artigo 928 do Código Civil tem sido objeto de estudos e discussões na doutrina contemporânea. Autores como Carlos Roberto Gonçalves (2018) em sua obra "Responsabilidade Civil" têm abordado a responsabilidade civil do incapaz à luz da evolução jurisprudencial e doutrinária, destacando a necessidade de equilibrar a proteção do menor ou do incapaz com a reparação do dano causado a terceiros.

Nesse contexto, a responsabilidade civil do incapaz é disciplinada pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 928, que estabelece que os pais ou tutores são responsáveis pelos atos ilícitos praticados por seus filhos menores ou pupilos, enquanto estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Essa responsabilidade é objetiva, ou seja, não é necessário comprovar a culpa dos pais ou tutores, bastando a comprovação do dano causado pelo menor ou pelo pupilo.

4.3 ANTINOMIA : CODIGO CIVIL 2002 x ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA LEI 13.146/2015

Outro aspecto relevante é a antinomia entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, que estabelece um novo paradigma de inclusão e igualdade para as pessoas com deficiência. Autores como Maria Regina Fay de Azambuja (2019) e Rodrigo da Cunha Pereira (2018) têm discutido essa questão, ressaltando a necessidade de harmonização entre as normas dos dois diplomas legais, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil da pessoa com deficiência.

A antinomia é uma situação em que existem normas ou princípios jurídicos que entram em conflito, ou seja, são contraditórios ou incompatíveis entre si. No caso específico da correlação entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), é possível identificar algumas antinomias, já que são leis que tratam de direitos e garantias das pessoas, porém com enfoques diferentes.

O Código Civil de 2002 é uma legislação mais ampla, que regulamenta diversas áreas do direito privado, incluindo o direito das pessoas. No entanto, seu conteúdo não aborda especificamente as questões relativas às pessoas com deficiência de forma tão abrangente quanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, foi promulgado em 2015 com o objetivo de garantir e promover os direitos das pessoas com deficiência, buscando eliminar a discriminação e assegurar sua plena inclusão na sociedade. Ele estabelece uma série de direitos, como o acesso à educação, saúde, trabalho, igualdade de oportunidades, entre outros.

Devido a essa diferença de enfoque e conteúdo entre as leis, podem surgir situações em que haja um conflito entre os dispositivos do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Esses conflitos podem exigir a interpretação e aplicação conjunta das normas ou a prevalência de uma norma sobre a outra, dependendo do caso concreto.

No contexto da responsabilidade civil da pessoa com deficiência, é relevante mencionar a tomada de decisão apoiada, prevista no artigo 1783-A do Código Civil, introduzido pela Lei nº 13.146/2015. Autores como Flávio Tartuce (2021) têm abordado a importância desse instituto, que busca garantir a autonomia e a participação ativa das pessoas com deficiência na tomada de decisões, evitando a imposição de curatela e respeitando os direitos dessas pessoas.

Nesse sentido, é fundamental que os operadores do direito estejam atentos aos princípios e normas do Código Civil de 2002, bem como às disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, para que a responsabilidade civil seja aplicada de forma adequada, considerando a proteção dos direitos das pessoas incapazes e com deficiência, e garantindo a justa reparação dos danos causados.

Além disso, outra questão relevante é a antinomia entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) e o Código Civil de 2002. O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe importantes mudanças, reconhecendo a capacidade da pessoa com deficiência, mesmo que esta necessite de apoio para tomar decisões. Essa antinomia entre as normas tem gerado debates e reflexões na doutrina jurídica contemporânea.

Nesse sentido, a tomada de decisão apoiada é um instituto previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência que visa promover a autonomia e a inclusão da pessoa com deficiência, permitindo que ela participe ativamente do processo de tomada de decisões que lhe dizem respeito, com o apoio de pessoas de sua confiança. Autores como Flávio Tartuce (2021) têm abordado a responsabilidade civil da pessoa com deficiência com ou sem curatela, considerando o instituto da tomada de decisão apoiada como uma forma de promoção da autonomia e dignidade da pessoa com deficiência.

No recurso especial REsp n. 1.927.423/SP, julgado em 27/04/2021, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o tema discutido refere-se à possibilidade de declarar como absolutamente incapaz um adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente. A controvérsia foi analisada à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei n. 13.146/2015 tem como objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica, garantindo o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. Com essa lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil passou a se restringir aos menores de 16 anos, ou seja, o critério tornou-se apenas etário, eliminando as hipóteses de deficiência mental ou intelectual previstas no Código Civil.

O art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015 estabelece que a curatela pode ser excepcionalmente aplicada às pessoas portadoras de deficiência, mesmo que consideradas relativamente capazes, devendo ser proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso concreto.

No caso em questão, o recurso especial foi provido, ou seja, acolhido, indicando a reforma do entendimento anterior. No acórdão, não há uma análise aprofundada da

jurisprudência, mas sim uma conclusão favorável à reforma legislativa, de acordo com as alterações trazidas pela Lei n. 13.146/2015.

Já no recurso especial REsp n. 1.795.395/MT, julgado em 04/05/2021, também pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a análise está relacionada a diversos aspectos da ação de interdição no contexto do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O recurso aborda questões como a nulidade da convalidação de atos processuais sem nova vista ao curador especial, a nomeação indevida de curador devido a conflito de interesses, a obrigação de redução a termo das perguntas e respostas em audiência de instrução, a necessidade de intimação pessoal do curador especial, entre outros pontos. O acórdão ressalta a necessidade de prequestionamento adequado para o debate das teses, destacando que não se observou tal requisito em relação a vários dos argumentos apresentados.

Além disso, é mencionado que a análise da ocorrência de prejuízo deve ser restrita ao ato de intimação e à sua validade, verificando se a intimação realizada por meio oficial diferente do previsto em lei impediu a ciência inequívoca da decisão pela parte.

Quanto à curatela compartilhada, o entendimento é de que não há obrigatoriedade na fixação dessa medida, sendo necessário avaliar os interesses dos genitores, sua aptidão para exercer conjuntamente a curatela e a viabilidade dessa medida no caso concreto.

O acórdão concluiu que a pretensão de compartilhamento da curatela deve ser analisada com base nos princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa com deficiência, considerando sempre o melhor interesse do interditado. É importante ressaltar que os recursos especiais mencionados são casos específicos e não abordam todas as questões relacionadas à curatela no contexto do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A jurisprudência sobre esse tema ainda está em desenvolvimento, uma vez que a legislação é relativamente recente.

Em suma, o conceito de responsabilidade civil no Código Civil de 2002, especialmente no que diz respeito à responsabilidade do incapaz, a interpretação do artigo 928, a antinomia entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Civil, bem como a responsabilidade civil da pessoa com deficiência com ou sem curatela, com base na tomada de decisão apoiada, são temas relevantes e em constante evolução na doutrina jurídica contemporânea, sendo objeto de estudos e reflexões de diversos autores, tais como Carlos Roberto Gonçalves e Flávio Tartuce, em suas respectivas obras citadas.

Em conclusão, a responsabilidade civil no Código Civil de 2002 é um tema complexo e abrange questões específicas relacionadas à responsabilidade do incapaz, a interpretação do artigo 928, a antinomia com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a responsabilidade civil da pessoa com deficiência com ou sem curatela, com base na tomada de decisão apoiada.

A doutrina jurídica contemporânea, representada por autores como Carlos Roberto Gonçalves (2018) e Flávio Tartuce (2021), tem se dedicado a estudar e refletir sobre essas questões, buscando um equilíbrio entre a proteção do incapaz e a promoção da autonomia e dignidade da pessoa com deficiência.

CONCLUSÃO

As mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência têm gerado discussões relevantes acerca da relação entre a curatela e a tomada de decisão apoiada, bem como a forma como essas mudanças se relacionam com o Código Civil de 2002. Neste artigo, buscamos analisar criticamente essas mudanças, com o objetivo de compreender as implicações e os desafios que surgem nesse contexto.

Ao longo deste trabalho, pode-se observar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um avanço na promoção dos direitos e da autonomia das pessoas com deficiência, ao estabelecer a tomada de decisão apoiada como forma de substituição à curatela. Essa nova abordagem busca garantir que a pessoa com deficiência seja protagonista de suas próprias decisões, com o apoio de pessoas de sua confiança, em vez de ter sua capacidade jurídica restrita por meio da curatela, como previsto pelo Código Civil de 2002.

Contudo, também foi identificada uma antinomia entre as normas do Estatuto e as disposições do Código Civil de 2002, que ainda prevê a curatela como forma de representação da pessoa com deficiência. Essa contradição pode gerar conflitos interpretativos e práticos, sendo necessário um olhar crítico e uma análise aprofundada da legislação vigente e das decisões judiciais para entender como as mudanças trazidas pelo Estatuto têm sido efetivadas na prática.

Além disso, a responsabilidade civil da pessoa com deficiência, tanto com curatela, quanto sem curatela, também é um ponto importante a ser considerado. A tomada de decisão apoiada busca promover a autonomia e a capacidade civil da pessoa com deficiência, mas também implica em uma maior responsabilidade na tomada de decisões, sendo necessária uma análise cuidadosa dos riscos e consequências das escolhas realizadas.

Diante dessas reflexões, conclui-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe importantes mudanças na forma como a capacidade civil e a tomada de decisão são compreendidas e exercidas pelas pessoas com deficiência. A tomada de decisão apoiada surge como uma alternativa à curatela, buscando promover a autonomia e a dignidade das pessoas com deficiência.

Contudo, ainda há desafios a serem superados, como a antinomia entre as normas, a interpretação do artigo 928 do Código Civil de 2002 e a definição da responsabilidade civil da pessoa com deficiência. É fundamental que os operadores do Direito, bem como a sociedade em geral, compreendam e respeitem as mudanças trazidas pelo Estatuto, promovendo a inclusão e o respeito aos direitos das pessoas com deficiência.

Espera-se que este artigo possa ter contribuído também para ampliar o conhecimento e a compreensão sobre a capacidade civil e a tomada de decisão por parte das pessoas com deficiência, estimulando o debate e a reflexão sobre o assunto.

Os insights e análises apresentados podem ser úteis para operadores do Direito, estudiosos, pesquisadores e demais interessados na área do Direito Civil, especialmente no que se refere à legislação e aos direitos das pessoas com deficiência.

A capacidade civil e tomada de decisão por pessoas com deficiência é um assunto complexo e multifacetado, envolvendo questões legais, éticas, sociais e culturais.

Aponta-se a relevância de incluir a aplicação de políticas de apoio à tomada de decisão apoiada, análise de casos emblemáticos, avaliação de programas de capacitação de profissionais do Direito, entre outros temas. É fundamental que as pesquisas sejam conduzidas com rigor metodológico e princípios éticos, visando contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas adequadas ao aprimoramento da prática jurídica e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, em busca de uma sociedade mais inclusiva e justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, A. M. A relação entre a curatela e a tomada de decisão apoiada à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direitos das Pessoas com Deficiência*, v. 2, n. 1, p. 45-61, 2021.

AZAMBUJA, M. R. F. de. Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência Mental. *Revista Jurídica*, v. 64, n. 480, p. 347-363, 2019.

CARVALHO, M. As transformações na curatela com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 4, n. 2, p. 385-403, 2020.

CÓDIGO CIVIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CUNHA PEREIRA, R. da. Pessoa com Deficiência e a Responsabilidade Civil: estudo da aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, v. 79, p. 289-324, 2018.

GAGLIANO, P. S. Responsabilidade Civil: a interpretação do artigo 928 do Código Civil de 2002. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, p. 205-226, 2020.

GONÇALVES, C. R. Responsabilidade Civil. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, F. S. Desafios e perspectivas da implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil. *Revista Brasileira de Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2(2), 67-89, 2021.

LIMA, G. Garantias de acessibilidade e inclusão da pessoa com deficiência: desafios e perspectivas. *Revista Inclusão Social*, v. 9, n. 2, p. 31-44, 2018.

MENEZES, J.; COSTA, A. Reflexões sobre a tomada de decisão apoiada como modelo alternativo à curatela. *Revista de Direito e Inclusão Social*, v. 2, n. 1, p. 119-134, 2018.

OLIVEIRA, L. M. Aspectos jurídicos e éticos da curatela: uma análise à luz da Convenção de Nova York e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Brasileira de Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2(1), 89-112, 2021.

PEREIRA, A. Avanços e desafios na proteção dos direitos das pessoas com deficiência: análise crítica da curatela e da tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, n. 2, p. 271-291, 2021.

PEREIRA, C. Capacidade jurídica das pessoas com deficiência: uma abordagem centrada na autonomia e na tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direitos das Pessoas com Deficiência*, v. 1, n. 2, p. 123-139, 2017.

ROCHA, P. A curatela e a tomada de decisão apoiada: análise crítica da legislação brasileira à luz da Convenção de Nova York. *Revista de Direito e Cidadania*, v. 4, n. 2, p. 151-167, 2017.

SANTOS, A. B. A Convenção de Nova York e sua influência na legislação brasileira: uma análise histórica. *Revista Brasileira de Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2(1), 123-145, 2021.

SANTOS, A. C. A importância da acessibilidade como princípio fundamental para a proteção jurídica das pessoas com deficiência. *Revista Inclusão Social*, v. 8, n. 1, p. 71-83, 2019.

SANTOS, R. Evolução da Convenção de Nova York ao Estatuto da Pessoa com Deficiência: influências internacionais na legislação brasileira. *Revista Brasileira de Direitos das Pessoas com Deficiência*, v. 3, n. 1, p. 67-82, 2021.

SANTOS, R. A.; SOUZA, M. A. Tomada de decisão apoiada: uma alternativa à curatela na perspectiva da Convenção de Nova York e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direitos das Pessoas com Deficiência*, 3(1), 45-67, 2022.

SILVA, F. A Convenção de Nova York e a tomada de decisão apoiada como alternativa à curatela. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 23, n. 1, p. 223-242, 2018.

SILVA, M. Alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na legislação brasileira: uma análise crítica. *Revista Brasileira de Direitos das Pessoas com Deficiência*, v. 2, n. 2, p. 103-118, 2020.

SILVA, R. M. Estatuto da Pessoa com Deficiência: análise crítica das mudanças normativas no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direitos das Pessoas com Deficiência*, 1(2), 89-112, 2020.

SOUZA, L. A. A ratificação da Convenção de Nova York e as mudanças na legislação brasileira sobre a pessoa com deficiência. *Revista Internacional de Direitos Humanos e Desenvolvimento*, 3(1), 67-84, 2022.

SOUZA, M.; LIMA, J. Tomada de decisão apoiada: um paradigma de proteção de direitos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 2, p. 415-438, 2019.

STF. REsp n. 1.927.423/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 4/5/2021.

_____. REsp n. 1.795.395/MT, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 6/5/2021.

TARTUCE, F. Tomada de Decisão Apoiada e a Pessoa com Deficiência: Autonomia, Dignidade e Inclusão. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 23, n. 23, p. 57-78, 2021.

A ALTERAÇÃO DO SEXO E NOME DA PESSOA TRANSGÊNERO: TRANSGÊNERO PODE ALTERAR PRENOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL SEM FAZER A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO?

FRANCINARA MARIA PEREIRA:
Graduada em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis⁷⁵.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN
(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade realizar um estudo sobre a Lei Federal 14.382/2022 e normatização correlata, que teve grande importância para sociedade na medida em que passou a permitir a pessoa transgênero o direito de alterar seu prenome e sexo nos Livros de Registros Públicos sem necessidade da realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual, e nem mesmo o ajuizamento de ação judicial. Também busca analisar a repercussão dessas inovações na vida dos transgêneros, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito ao nome, e quais são as implicações que essa nova legislação trouxe para a sociedade, e trazer situações de ordem prática para melhor ilustrar de que forma as conquistas alcançadas com o advento da Lei nº 14.382/2022, que relativizou ainda mais o princípio da imutabilidade de nome com a nova redação dada ao artigo 56 da Lei 6.015/73.

Palavras-Chave: Nome. Alteração. Gênero. Sociedade. Identificação Social

ABSTRACT: The purpose of this work is to carry out a study on Federal Law 14.382/2022 and related regulations, which were of great importance to society insofar as they began to allow transgender people the right to change their first name and gender in Public Records Books without need to perform a sexual reassignment surgical procedure, and not even the filing of a lawsuit. It also seeks to analyze the impact of these innovations on the lives of transgender people, from the perspective of the principle of human dignity, and the right to a name, and what are the implications that this new legislation has brought to society, and bring practical situations to better illustrate how the achievements achieved with the advent of Law nº 14.382/2022, which further relativized the principle of immutability of name with the new wording given to article 56 of Law 6.015/73.

Key words: Name. Amendment. gender. Society. Social Identification

1 INTRODUÇÃO

75 E-mail: francinarapereira1005@gmail.com

O nome é um direito de toda pessoa, direito da personalidade e elemento essencial e principal pelo qual nós somos identificados na sociedade. Por sua vez, é consabido que a utilização de nomes que não refletem a identificação de seu titular, é capaz gerar diversos constrangimentos, e muitas das vezes também sofrimento psíquico.

Por muito tempo vigorou no Brasil o princípio da imutabilidade do nome, postulado este que permitia a alteração do nome somente em situações excepcionais, como por exemplo a exposição do seu titular ao ridículo ou para proteção de testemunha, o que por sua vez somente era permitido através de um processo jurisdicional (Art. 57 da Lei 6.015/73).

Com a evolução da sociedade, aliado ao recorrente ajuizamento de ações judiciais em busca da alteração ou retificação de nome, esse princípio da imutabilidade passou, com o tempo, a ser relativizado pela doutrina e jurisprudência, que via como seu principal fundamento para tanto a necessidade dos livros de registros públicos se adequarem à dinâmica realidade das pessoas, e não o contrário, no sentido de obrigar estas pessoas a se adaptarem aos assentos registrais.

Essa evolução de imutabilidade para mutabilidade relativa do nome tem por fundamento precípua a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988). Sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (Sarlet, 2001, p. 41).

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, juntamente com as transformações sociais paulatinamente verificadas desde o início deste século, possibilitaram que o ordenamento jurídico fosse reinterpretado para se adequar ao presente, culminando com isso, na alteração de algumas regras vigentes e na revisitação de outros conceitos arraigados na sociedade para permitir que alteração do nome e sexo das pessoas transgêneros pudessem ser concretizados

extrajudicialmente, sem a necessidade dessas pessoas enfrentarem a *via crucis* de um processo judicial.

Por isso, que hoje, a negativa de alteração ou retificação do nome da pessoa em situações que a lei permite não mais se sustenta, uma vez que administrativamente e perante os cartórios já é contemplada essa possibilidade, ainda que para isso sejam exigidos uma série de informações e documentos para o procedimento, o que se justifica para garantir a segurança jurídica do ato; deixar de aplicar a legislação contemporânea nesse sentido implicará invariavelmente em violação dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana.

Posto isto será possível uma análise de questões relacionadas ao tema e sobre os direitos dos transgêneros na sociedade, a discussão sobre os impactos gerados por esses direitos, bem como os casos especiais de transgêneros e suas conquistas ao longo dos anos, mesmo diante do desamparo do ordenamento jurídico.

No que se refere à abordagem a pesquisa pode ser dita qualitativa. Qualitativa porque pretende trazer as percepções, ou seja, das representações e subjetividades jurídico-sociais dos operadores (sujeito objeto), concernentes ao tema proposto, identificando os aspectos comuns e incomuns de tais representações.

Do ponto de vista do método a pesquisa proposta seguirá a lógica indutivo-dedutiva, pois fará induções a partir das representações dos sujeitos-objetos, bem como deduções das normas existentes.

Quanto à coleta de dados o estudo proposto se caracteriza como análise de conteúdo e, por conseguinte se valerá de dados recolhidos de leituras e pesquisas feitas em fontes como documentos, a pesquisa se enquadra como sendo de revisão bibliográfica, cujos dados secundários serão obtidos em sites oficiais do Governo, nas Leis Civas e Leis de Registro Públicos, sendo passadas por artigos eletrônicos, e ainda na doutrina e na jurisprudência.

A pesquisa, quanto ao nível de profundidade é exploratória, visando proporcionar maior proximidade com o tema escolhido, através da leitura e documentação sobre os meios de retificação do registro civil dos transexuais antes dos procedimentos cirúrgicos.

O presente artigo tem como objetivo proporcionar a maior compreensão e assegurar a inclusão da pessoa transgênero e garantir o respeito de sua condição na sociedade, resguardar os demais direitos e principalmente demonstrar a possibilidade de modificação e alteração do prenome dessas pessoas e desempenhando, assim, um olhar mais atento para essas peculiaridades, que condiciona a alteração do prenome.

O objetivo específico é estudar a possibilidade de mudança do prenome e gênero dos transgêneros no Registro Civil, esclarecer minuciosamente a diferença entre os conceitos jurídicos acerca da identidade de gênero, sexo e orientação sexual e reconhecer a necessidade e a importância do nome.

No primeiro capítulo será abordada a importância da conquista desse direito que hoje é um assunto que tem muitos diálogos para ser estudado. Já no segundo capítulo será feita uma análise sobre a elevação dos princípios como base para a tomada de decisões que visam garantir os direitos da personalidade, com fulcro na liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, os quais justificam o direito à autodeterminação de gênero. E por último no terceiro capítulo estudo sobre a Lei Federal 14.382/2022, que teve grande importância para sociedade na medida em que passou a permitir a pessoa transgênero o direito de alterar seu prenome e sexo nos Livros de Registros Públicos sem necessidade da realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual, e nem mesmo o ajuizamento de ação judicial.

2 BREVE ANÁLISE TEÓRICA DA TRANSGENERIDADE: CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Primeiramente para melhor compreensão da temática é válido destacar as diferenciações conceituais entre as nomenclaturas: transexual, travesti e gênero.

TRANSEXUAL: Pessoa que se identifica com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Ela pode ter feito a cirurgia de mudança ou não, e aceita seu corpo exatamente como ele é.

Já o **TRAVESTI** é a pessoa que tem papel de gênero feminino, mas não se reconhece como mulher ou homem. É o "terceiro gênero". Mas elas sempre devem ser tratadas no feminino. A palavra "travesti" é muito estigmatizada, e discute-se que ela seja substituída apenas por transgênero".

E por último o conceito de **GÊNERO** referem-se a uma ideologia no sentido semelhante a sexo. Não obstante "gênero" ser empregado no sentido semelhante a sexo, este diz respeito às distinções sociais compreendidas como papel de gênero.

Dessa forma, Judith Butler explica que o gênero expressa "a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida" (2003, p. 59). Esclarecendo desde já que grupo vulnerável e minoria não são sinônimos; grupo vulnerável tem uma relação com gênero, já minoria são apenas grupos que estão incluídos no grupo de vulneráveis e têm apenas relação cultural diferente da maioria.

A partir da vigência da Constituição Federativa do Brasil de 1988, atentou-se no ordenamento jurídico brasileiro a valorização dos direitos humanos e a busca do ideal de justiça e ética; nesse raciocínio as pessoas transgêneros como quaisquer outras também são tuteladas pelos preceitos constitucionais, desenvolvendo assim, para o Direito alcance da harmonização, dignidade e igualdade plena entre todos os indivíduos; quando se busca resguardar a dignidade da pessoa humana, não há que se distinguir entre trans e não trans, todos são seres humanos e merecem o mesmo respeito perante à lei.

3 DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar do ordenamento jurídico, o qual tem o condão de proporcionar o amplo desenvolvimento da personalidade humana em sua plenitude, tanto no aspecto material quanto no psicológico, devendo ser observado por todo o ordenamento jurídico.

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. A dignidade da pessoa humana é de origem filosófica, o qual não abarca somente caráter normativo, mas, compõe-se, também, de aspectos ético-valorativos.

A despeito de sua importância, a conceituação da dignidade da pessoa humana é algo extremamente difícil, talvez impossível, pois se trata de um conceito fluido, multifacetário e multidisciplinar. Por isso, o direito necessita recorrer a outras áreas do saber humano, como a filosofia, a política, a sociologia, a teologia, a história etc., as quais se ocupam há mais de um problema, o que não significa que o tenham resolvido.

Por ser tal princípio tão amplo e universal, conduz todo o ordenamento jurídico e é o núcleo de todos os direitos fundamentais, com isso consagra-se que os princípios insculpidos no art. 1º, da CF são princípios estruturantes do Estado, ou seja, manifesta-se em toda estrutura do Estado, não podendo nenhuma medida, política ou decisão a ser adotada violá-lo. Nos dizeres de Ingo Sarlet:

A dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano (SARLET, 2001.P.41).

Desse modo, a dignidade humana independe das circunstâncias concretas, sendo inerente a toda e qualquer pessoa humana (é atributo intrínseco), pois, todos são iguais em dignidade (mesmo o maior dos criminosos) enquanto reconhecidos como pessoa, mesmo quando não agem de forma digna, não podendo a dignidade de nenhuma pessoa humana ser desconsiderada.

Segundo extrai-se da doutrina de SARLET, o qual assim conceitua a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET 2001.p 41).

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são absolutos, via de regra, tão só pela existência da pessoa, pois, uma vez que nascem com ela, a existência visível da pessoa já é meio suficiente de publicidade. Assim, o direito à vida, para ser oponível erga omnes, não requer outra forma de publicidade que não a própria existência humana.

Os direitos da personalidade são criação artificial, acolhidos pelo ordenamento jurídico submetido a um Estado de Direito porque trazem consigo valores importantes para a sociedade, conforme demonstra sua evolução histórica. Não são, nem se defende que sejam, valores inatos ao ser humano, no sentido de serem preexistentes e superiores ao ordenamento jurídico com o nome, entretanto, a solução é um pouco diversa.

Em nosso Ordenamento jurídico, os direitos da personalidade ganharam tratamento mais incorporado com a Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, ambos tratando expressamente da matéria. Nesse sentido são as lições de Camila de Jesus Mello Gonçalves:

Os direitos da personalidade consistem em proteção do ser humano contra ingerências de terceiros, na salvaguarda de seu eu e funções. Correspondem a direitos essenciais da pessoa humana, voltados à

tutela de sua dignidade. Daí se afirma que ilustram a Inter-relação estabelecida entre Constituição Federal e o Código Civil, em consequência dos reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana e da tutela constitucional dos direitos da personalidade. (GONÇALVES, 2012, p 568).

3.2 DIREITO DA IDENTIDADE

O direito à personalidade traz consigo o direito à identidade com fulcro na afirmação do ser humano como pessoa sujeita de direitos, lhe sendo resguardado a manifestação ampla do seu sexo psicossocial. De acordo com Peres.

A identidade de gênero está relacionada com uma questão sentimental, como o indivíduo se sente com relação a sua identidade sexual, o papel de gênero diz respeito à colocação em prática da aprendizagem recebida e tem por objetivo não apenas encenar o papel sócio-sexual como também exteriorizar e retratar a identidade sexual do indivíduo (PERES, 2001, p. 102).

Partindo desse conceito a identidade de gênero representa a maneira como o indivíduo se percebe, expressa e como deseja ser compreendido e reconhecido pela sociedade, independente do seu sexo biológico, ou de sua orientação sexual, pois, o fator determinante diz respeito ao sentimento de como ele se identifica, se do sexomascuino ou feminino (HOGEMANN, 2014, p. 217-231).

Muitas vezes em decorrência da identidade de gênero, as pessoas buscam tratamentos farmacológicos ou realizam intervenções cirúrgicas para mudar a aparência ou a função corporal a fim de alcançar bem-estar físico e mental, ou se identificam com outro modo de vestir, se portar e falar. Neste momento se opera o direito à identidade de gênero, pois deve-se salvaguardar o direito a escolha de sua identidade e à alteração do nome e do gênero a qual se identificam de modo a reduzir as diferenças (HOGEMANN, 2014, p. 217-231).

4. PRINCÍPIO DA IMUTALIDADE DO NOME

Em regra, o nome da pessoa humana é imutável, pois assim servirá para designar e distinguir o indivíduo de seus pares pelo resto da vida. Historicamente, o princípio da imutabilidade sempre andou de mãos dadas com o direito ao nome já que este é o principal elemento de identificação da pessoa humana. Contudo, podemos dizer que tal imutabilidade hoje é relativa, vez que comporta exceções, com algumas hipóteses de alteração expressamente previstas no ordenamento jurídico, e outras albergadas pela

própria jurisprudência, diante de um caso concreto a ser deduzido em um processo jurisdicional.

O direito ao nome é a manifestação do direito à identidade pessoal, por cuja força os diversos indivíduos, ao nascerem, adquirem a faculdade de serem, em princípio, designados obrigatoriamente por um vocábulo ou um conjunto de vocábulos que se convencionou chamar nome, e que, segundo as legislações ocidentais, deve ser composto, fundamentalmente, de prenome e nome de família.

5. O RECONHECIMENTO DA POPULAÇÃO “TRANS” E DA ADEQUAÇÃO DE REGISTRO À IDENTIDADE DE GÊNERO NO DIREITO COMPARADO.

Ainda que o nome seja atribuído para identificar a pessoa humana pelo resto da vida, é fato notório também que pessoa não permanece sendo a mesma durante toda a vida; circunstâncias das mais variadas possíveis alteram não só o “caminho” das pessoas como também sua identificação, de forma que muitos passam, com o tempo, a ser conhecidos por apelidos, outros por pseudônimos ou hipocorísticos.

Nessa esteira, a população transgênero também passa a não mais se identificar com o nome de origem, que recebeu quando de seu registro de nascimento. O mesmo se diz do sexo constante do registro de nascimento, que inclusive é muitas vezes motivo de sofrimento para essas pessoas que não se reconhecem da forma como foram registrados.

É justamente nessa situação que a alteração do nome e gênero no registro civil na hipótese de transexuais que ainda não realizaram a cirurgia de redesignação sexual sempre causou dissenso na jurisprudência. Visto que, nem sempre o procedimento cirúrgico é a terapia adequada ao transgênero e a não mudança do nome e gênero no registro civil dos transexuais pode gerar situações vexatórias e constrangedoras a estes, violando direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos, como a dignidade da pessoa humana. Sendo que, somente, com a recente decisão sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275, julgada em 01 de março de 2018, abriu-se a possibilidade de que os indivíduos transexuais tenham seus direitos tutelados, ao dar interpretação conforme a Constituição Federativa do Brasil de 1988 e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei n.º 6.015/73

Contudo a faculdade de que dispõe o titular do pedido de alteração do nome vão de encontro sobretudo com a proteção da comunidade LGBTQI+, já que a mudança do prenome e/ou sobrenome atende a uma necessidade histórica de se adequar a própria identidade ao que se encontra registrado junto aos órgãos públicos, permitindo a uma pessoa realizar os atos da vida civil em conformidade com a sua própria consciência, atitude esta que precisa ser protegida pelo próprio Estado.

Assim, o indivíduo que integra referida comunidade poderá se valer de um procedimento muito mais ágil para alterar o seu nome, sem a necessidade de autorização prévia de um juiz, permitindo assim que o indivíduo possa exercer uma vida dotada de maior dignidade perante a coletividade.

O direito ao nome identifica a situação jurídica decorrente dos direitos da personalidade: o direito à identificação pessoal. É o direito que a pessoa tem de identificar-se através do nome, cuja formação dar-se-á através das normas consignadas pelo ordenamento jurídico. Como bem elucida Rosenvald e Farias (2015, p. 243).

o nome será alterável, tão somente, em situações excepcionais, previstas expressamente em lei, ou por força de situações outras, igualmente excepcionais, reconhecidas por decisão judicial. A situação é justificável. É que o nome implica em registro público e, via de consequência, os registros públicos devem espelhar, ao máximo, a veracidade dos fatos da vida.

O nome é um dos mais importantes direitos da personalidade, uma vez que relacionado diretamente à identidade, servindo à particularização do indivíduo na sociedade.

6- POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL : DA LEI 14.382/2022 QUE ALTEROU O ARTIGO 56 DA LEI 6.015/1973

Com a Lei Federal 14.382/2022, que alterou a Lei dos Registros Públicos, em seu artigo 56 e parágrafos, para permitir a modificação do prenome da pessoa registrada, por meio de requerimento pessoal e imotivado, independentemente de decisão judicial e da oitiva do Ministério Público, objetivou-se tratar com isonomia todos os pedidos de mutação do prenome.

A nova legislação exalta a importância no nome civil como elemento identificador da pessoa e atributo indissociável de sua personalidade, promovendo a desjudicialização de procedimentos em prol da realização de alterações e mudanças diretamente na esfera extrajudicial. Verifica-se, também, que todas as hipóteses de alteração trazidas pela legislação não decorrem de erro imputado ao registrador, de modo que não se aplica a isenção de emolumentos estabelecida pelo artigo 110, da Lei nº 6.015/1973.

Algumas regras já eram praticadas há muito tempo junto às serventias de Registro Civil, destacando-se, por exemplo, a possibilidade de alteração de patronímico em razão do casamento posterior, a exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal por divórcio ou falecimento, o acréscimo ao nome do(a) enteado(a) do sobrenome de seu padrasto ou madrasta, dentre outras.

A Lei nº 14.382/2022, no entanto, aumentou o rol de possibilidades de alteração do nome extrajudicialmente, reafirmando a confiança do Estado brasileiro no Registro Civil das Pessoas Naturais como o único e principal repositório biográfico do cidadão.

Dessa forma para que fique ainda mais evidente o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI/4.275), acerca do tema, onde figurou como relator o Ministro Marco Aurélio que julgou procedente a ação na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria dos votos, vencidos, adotou o entendimento de que a alteração do prenome e do sexo no registro civil é um direito fundamental do transgênero, exigindo-se, para o seu exercício, nada além da manifestação de vontade. Observamos a ementa a seguir:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. (STF - ADI nº 4.275/DF - Min. Rel. Marco Aurélio de Mello – julgado em 01/03/2018).

O Ministro Ricardo Lewandowski muito bem salientou que a luta pelo reconhecimento pessoal também deve ser respeitada e garantida pelo ordenamento jurídico, a fim de possibilitar uma plena realização e, com isso, uma vida feliz:

“Realmente, não há espaço para dúvida quanto à importância do reconhecimento para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade. Aliás, relembro que, no âmbito jurisprudencial, este Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sublinhar, em importante julgado (Ag. Reg. no RE 477.554-MG, Rel. Min. Celso de Mello), que o direito à busca da felicidade é “verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente as jurisprudências majoritárias, vem com base na aplicação analógica dos princípios assegurando os direitos dos transgêneros, incluindo o direito à mudança de nome e gênero no registro civil, à igualdade, à não discriminação, à saúde, à educação, à segurança e à dignidade.

Somando a isso veio o Provimento 73/2018 do CNJ para fazer valer a decisão do STF nos cartórios extrajudiciais de que qualquer pessoa maior 18 anos , pode requerer diretamente ao Cartório, ou através da Central de Registro Civil (CRC), a modificação do nome e gênero seu assento de nascimento não necessitando prévia autorização judicial ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como de apresentação de laudo médico ou psicológico.

Entretanto para que se possa realizar o ato a pessoa Interessada deverá apresentar os documentos, necessários (4º, § 6, provimento CNJ nº73/2018). Diante disso se o Oficial suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto à real intenção de quem postula a alteração do prenome, o mesmo, poderá recusar retificação do registro, ficando desse modo a decisão suscetível de questionamento em âmbito judicial.

O amparo por parte do poder público sobre os direitos da personalidade à identidade e ao nome devem buscar a realização de sua representação social. Sendo necessário o reconhecimento normativo da identidade de gênero das pessoas transexuais, mais ágeis e que respeitem a dignidade da pessoa humana, a personalidade, a privacidade e a autoidentificação.

Conclui-se, portanto, que a exigência de realização da cirurgia de transgenitalização para alteração do nome e sexo registral não mais se justifica, assim como a exigência de um processo judicial para referida modificação, uma vez que a importância conferida ao que a doutrina italiana denomina de “direito à identidade pessoal” tutela tanto direito ao nome quanto ao gênero que a pessoa se identifica, tudo como primeira forma de exteriorização da personalidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gabriela. **A alteração do prenome e gênero do transgênero em seu registro civil e a (des)necessidade de cirurgia ou autorização judicial: uma análise de julgados do Rio de Janeiro**. 2020. 67 f. TCC (Graduação)-curso de Direito, Universidade Federal de Macaé, 2019

ARPEN BRASIL. **Considerações acerca da Lei nº 14.382/2022**. Disponível em: <[https://infographya.com/files/Cartilha_Arpen_BR_\(1\).pdf](https://infographya.com/files/Cartilha_Arpen_BR_(1).pdf)>. Acesso em 06 de abril julho de 2023.

BRANDELLI, L. **Nome Civil - da Pessoa Natural**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em:<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/582872>. Acesso em 30 de março de 2023.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: **feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

CAVALCANTE e LOPES. **Transexual pode alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer a cirurgia de transgenitalização**. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/12780ea688a71dabc284b064add459a4>>. Acesso em 04 de setembro de 2022.

DIAS, Tatiana. **Gênero: conceitos, visão científica e desafios para a população trans**. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/explicado/2015/11/05/G%C3%AAnero-conceitos-vis%C3%A3o-cient%C3%ADfica-e-desafios-para-a-popula%C3%A7%C3%A3o-trans>. Acesso em 04 de maio de 2023.

FARAJ, Lenise Friedrich; JÚNIOR, Izaías G.Ferro. **O fim da imutabilidade do nome civil das pessoas naturais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/369545/o-fim-da-imutabilidade-do-nome-civil-das-pessoas-naturais>. Acesso em 30 de março de 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, Volume 1. 13. ed., rev., ampl, e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A transexualidade sob ótica dos direitos humanos :uma perspectiva de inclusão**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo 2012, p.149. Acesso: 10 de setembro de 2022

GUIMARÃES, Luciana Conforti; **o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a sua atuação como cláusula geral de tutela personalidade**. Disponível

em:<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/8167/4806>. Acesso em 15 de março de 2023.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Direitos humanos e diversidade sexual**: Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/369545/o-fim-da-imutabilidade-do-nome-civil-das-pessoas-naturais> acesso em 04 de abril de 2023.

JUNIOR CLODOALDO e COSTA TIAGO: **A Lei de Registros Públicos, em sua redação atual, também trouxe novidades para os que vivem em união estável, aproximando o instituto, quanto a suas características, ao casamento**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/369907/e-agora-posso-mudar-o-nome-sem-justificativa>. Acesso em 10 de maio de/2023

LEVI, Elinaide Carvalho. **A Transexualidade À Luz Do Ordenamento Jurídico Brasileiro: Autonomia e Patologização**. Artigo elaborado durante o curso da disciplina Biodireito, Curso de Direito, Universidade Salvador – UNIFACS, 2015. Disponível em:<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2920> . Acesso em 10 de maio de 2023.

OLIVEIRA, W. S. da. **Minorias sexuais e de gênero: diversidade e adversidade**. Disponível em:<<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/psicologia/minorias-sexuais-e-de-genero>> Acesso: 04 de setembro de 2022.

PERES, Ana. **Transexualismo: o direito a uma nova reconhecimento da identidade de gênero através do nome social. Revista da SJRJ, reconhecimento de gênero do grupo transgênero não operado**. Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/redesignacao-sexual>>. Acesso em 07 de março de 2023.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p 41

SEPÚLVEDA, G.; SEPÚLVEDA, V. **O direito da identidade civil e do reconhecimento de gênero do grupo transgênero não operado**. 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/5237/3353>. Acesso em 14 de março de 2023.

VELOSO, SOARES, SANTOS e GOMES; **Mudança do nome e retificação do gênero no registro civil sem cirurgia de redesignação sexual**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/artigo-a-alteracao-do-genero-e-nome-da-pessoa-transgenero>. Acesso em 06 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL.** Direito Constitucional e Registral, Pessoa Transgênero, Alteração do Prenome d do sexo. Recorrente: Procuradora Geral da República. Recorrido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>.
Acessado em: 19 de maio de 2023.

APLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

EDY WILSON DO PRADO PINTO:

Graduando em Direito pela
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: Este trabalho acadêmico, tem como intuito estudar o princípio da insignificância, ou da bagatela, pois se trata de uma teoria do Direito Penal Brasileiro que determina que as condutas consideradas insignificantes ou de pequena relevância social não devem ser consideradas criminosas e, portanto, não devem ser objeto de processo penal. Esse princípio é aplicado em várias situações, como no caso de crimes tributários de pequeno valor ou de infrações de trânsito com baixo risco de dano. Em geral, sua aplicação depende da análise do caso concreto, considerando a natureza da conduta, o seu impacto social e a eventual lesão decorrente dela. Em análise de situação, no entanto, é importante ressaltar que a aplicação do princípio da insignificância deve ser cuidadosa, já que nem sempre uma conduta aparentemente insignificante pode ser considerada assim em todos os seus aspectos. Por isso, cabe aos juristas e operadores do Direito avaliar cada caso de forma individualizada para decidir se o princípio é aplicável ou não. A metodologia utilizada para realização deste trabalho foi a bibliográfica e web gráfica, com o objetivo de analisar as aplicações do princípio da insignificância em cada caso.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância; Bagatela; Relevância Social.

ABSTRACT: This academic work aims to study the principle of insignificance, or trifle, as it is a theory of Brazilian Criminal Law that determines that conduct considered insignificant or of little social relevance should not be considered criminal and, therefore, should not be subject to criminal proceedings. This principle is applied in several situations, such as in the case of small tax crimes or traffic violations with a low risk of harm. In general, its application depends on the analysis of the specific case, considering the nature of the conduct, its social impact and the possible injury resulting from it. In analyzing the situation, however, it is important to emphasize that the application of the principle of insignificance must be careful, since apparently insignificant conduct cannot always be considered as such in all its aspects. Therefore, it is up to jurists and operators of law to assess each case individually to decide whether the principle is applicable or not. The methodology used to carry out this work was bibliographic and web graphics, with the objective of analyzing the applications of the principle of insignificance in each case.

Palavras-chaves: Principle of Insignificance; Trifle; Social Relevance.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância ou bagatela, surgiu de doutrinadores com o objetivo de circunscrever a utilização da lei penal em determinadas situações, no qual o delito cometido não causou efetivamente um dano significativo à sociedade. A idealização superior, é de que o Direito Penal, deva ser poupado para infrações de grave ameaça, sendo uma forma de evitar maiores criminalizações de delitos com importância ínfima social.

São objetivos do trabalho demonstrar situações em que haja a aplicação, sendo necessário uma maior observância para aplicar na prática o princípio da insignificância na conduta do agente.

Foi realizada uma pesquisa bibliográfica a respeito do tema e trazer estatísticas sobre a abrangência do assunto estudado.

2.O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

2.1 Origem do princípio da insignificância

Para um melhor entendimento acerca deste princípio, é necessário compreender sua origem. Posto isso, a doutrina é bastante abstrata sobre a origem do princípio da insignificância. Decerto, diversos doutrinadores afirmam que o princípio supracitado, surgiu a partir do direito romano, sendo remido pelo ordenamento jurídico alemão em 1964 por Claus Roxin.

De acordo com o doutrinador Diomar Ackel Filho (1988), o princípio da insignificância surgiu do Direito Romano, "onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*".

Evidencia-se que o brocardo "*de minimis non curat praetor*", é sua síntese, afinal o direito penal não deve se preocupar com condutas que não causem maiores danos, sendo condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o bem jurídico.

Ademais, vejamos como leciona o doutrinador Fernando Capez (2011, p. 46), acerca do assunto:

O Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois

é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

De acordo com o doutrinador citado, não possui cabimento ao Direito Penal Brasileiro incomodar-se com condutas insignificantes ou bagatelas, devendo descriminalizar condutas inofensivas ou até mesmo incapazes de lesar o bem jurídico.

2.2 Requisitos para a aplicação do princípio

Por se tratar de uma causa supralegal, ou seja, não prevista em lei, o princípio da insignificância tem como objetivo afastar a Tipicidade Penal, não considerando determinados atos como um crime. Deste modo, sua aplicação requer alguns requisitos para ocorrer a absolvição do réu.

De acordo com entendimento superior do Supremo Tribunal Federal, são quatros dos requisitos para aplicação do princípio da insignificância, sendo eles:

- a. Mínima ofensividade da conduta;
- b. Ausência de periculosidade social da ação;
- c. Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d. Inexpressividade da lesão jurídica.

Estabelecidos os requisitos necessários, foi abordado a análise de cada um deles.

A “mínima ofensividade da conduta”, se refere à potencialidade lesiva da ação praticada, ou seja, quando o delito cometido não ofende moral ou fisicamente a vítima ou a sociedade, se tornando uma conduta inofensiva.

Ademais, é necessário que haja a “ausência de periculosidade social da ação”, que consiste de que a ação praticada não tenha nenhum risco à sociedade, isto é, o delito cometido não colocou em perigo ou provocou algum perigo acerca da ação para a pessoa, patrimônio e a sociedade. Dessa forma, não deve existir nenhum perigo na ação cometida.

É exigência que o “reduzido grau de reprovabilidade do comportamento” seja presente, afinal este requisito se trata da culpabilidade do ato. Assim dizendo, o ato praticado não seja reprovado pela sociedade. Como por exemplo, o furto de uma cesta básica por uma pessoa com necessidades, é considerado furto, porém não é reprovado pela sociedade, uma vez que não causou dano e foi realizado com a necessidade de alimentar sua família. Assim sendo, é exigência de que o crime não seja reprovado socialmente.

Já a “inexpressividade da lesão jurídica” se trata de que o dano não deve causar dano expressivo à integridade física, moral e psicológica das pessoas, à vida, aos objetos, ao patrimônio e a própria proteção jurídica que se dá a esses institutos, é o mínimo grau de lesividade da conduta, a lesão causada deve ser inexpressiva para não causar prejuízo a sociedade ou a vítima.

Por fim, todos esses requisitos são verificados cumulativamente e a ausência de algum deles impede a aplicação do princípio da insignificância.

Tais critérios supracitados são objetivos e estão presentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que diz:

Para a incidência do princípio da insignificância, deve ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

Os fatores para aplicação do princípio da insignificância se extraem de diversas decisões majoritárias, vejamos:

“PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, "CAPUT") DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar

em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada está na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. **Precedentes. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.** O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes" (HC 98.152 -MG, 2.^a T., rel. Celso de Mello, 19.05.2009, v.u.). **(grifei)**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. CRITÉRIOS DE ORDEM OBJETIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 2. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido

no caso concreto. Assim, somente é possível cogitar de tipicidade penal quando forem reunidas a tipicidade formal (a adequação perfeita da conduta do agente com a descrição na norma penal), a tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido) e a antinormatividade (a noção de contrariedade da conduta à norma penal, e não estimulada por ela). 3. A lesão se revelou tão insignificante que sequer houve instauração de algum procedimento fiscal. Realmente, foi mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Trata-se de conduta atípica e, como tal, irrelevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta a concessão, de ofício, da ordem para o fim de restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia. 4. A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos relacionados, pois, à pessoa do recorrente. 5. Recurso extraordinário improvido. Ordem de habeas corpus, de ofício, concedida. (STF RE 536486, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-05 PP-01083 RMDPPP v. 5, n. 26, 2008, p. 100-105).

Além dos requisitos estipulados, se faz imprescindível abarcar sobre as condições subjetivas do agente, como as condições da vítima, habitualidade na prática de crimes e a reincidência.

No caso do elemento subjetivo da reincidência, historicamente o agente reincidente tinha seu benefício ao princípio da insignificância vedado, afinal não havia interesse da sociedade em absolver o réu que já praticou outros delitos penais anteriormente. Como já havia sido abordado pelo Supremo Tribunal Federal:

No HC 123.108/MG, o paciente fora condenado à pena de um ano de reclusão e dez dias-multa pelo crime de furto simples de chinelo avaliado em R\$ 16,00. Embora o bem tenha sido restituído à vítima, o tribunal local não substituirá a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da reincidência. Nesse caso, o Colegiado, por decisão majoritária, denegou a ordem.

Entretanto, o ato de não aplicar o princípio da insignificância a agentes com reincidência tem sido mudado atualmente na jurisprudência, não afastando obrigatoriamente o princípio ao réu reincidente.

Em decisão do ministro do STF Gilmar Mendes, em abril de 2020, sobre o Habeas Corpus nº 18.138-9. O ministro afirmou que “é equivocado afastar sua incidência [do princípio da insignificância] apenas pelo fato de o recorrente possuir antecedentes criminais”.

Posto isso, a jurisprudência mais atual vem aprovando o pedido da aplicação do princípio da insignificância, independente da reincidência do autor, se observados os requisitos exigidos para a aplicação do princípio, a reincidência não afasta mais a aplicação deste princípio.

Ainda, há de se observar a condição da vítima, se o bem material violado tem algum valor sentimental, sua condição financeira, além de analisar as circunstâncias e o resultado do crime, todas as circunstâncias necessárias para verificar se houve alguma relevante lesão. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, afirma:

Já no ângulo da vítima, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeitos da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia. (Supremo Tribunal Federal 2ª T. – HC110.953/RS j.13.04.2012 – public.16.04.2012 Cadastro IBCCRIM 2784)

Ademais, a habitualidade delitiva criminosa se configura quando o agente faz do crime sua subsistência, praticando a atividade frequentemente, como por exemplo o ladrão. Se torna uma reiteração criminosa, que se trata da prática de realizar crimes como um costume. Porém, não confunda a habitualidade delitiva com o crime habitual, pois o crime habitual depende de uma reiteração criminosa para que haja a consumação, é uma prática reiterada de determinada conduta. Com isso, a habitualidade delitiva é a reiteração criminosa e, o crime habitual depende da reiteração criminosa para se consumar.

Por fim, o elemento subjetivo da habitualidade é quando vários delitos são cometidos em uma pequena proporção que ao final daria um crime. Como por exemplo, um agente que furta de uma caixa registradora todo dia o valor de R\$ 30,00 reais, totalizando ao final do mês um valor de R\$ 900,00 reais, se todo dia o princípio da insignificância fosse aplicado para descriminalizar a conduta do furto de R\$ 30,00 reais, ao final nunca se configuraria o crime.

Portanto, o princípio da insignificância necessita de requisitos, tanto como os objetivos, como os subjetivos para sua aplicação na prática, dependendo muito do caso analisado e do perfil do agente.

3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E TIPICIDADE MATERIAL

Dentro do Direito Penal Brasileiro, existem teorias, dentre elas existe a teoria do delito, que caracteriza os critérios para identificar se uma ação é um delito criminoso ou não.

Ao se configurar um delito, é necessário que haja três substratos distintos: a tipicidade, antijuridicidade e a imputabilidade. Desse modo, a conduta só pode ser punida como crime se existirem os elementos do crime.

O princípio da insignificância atinge a tipicidade, que se divide em duas partes, na formal e no material. Dentro da tipicidade formal, se encontra os crimes previsto em lei, ou seja, a conduta do agente atinge diretamente a descrição abstrata prevista no ordenamento penal.

Já a tipicidade material, trata-se do impacto da ação para a coisa, o afetado, o direito e a sociedade. É dentro da tipicidade material que se observa a lesão do bem jurídico tutelado, como por exemplo, o furto de uma caneta, não há tipicidade do fato, ou seja, uma conduta irrelevante, se tratando da conduta do agente e o resultado do crime. Sendo assim, o furto que foi praticado se torna materialmente atípico.

O princípio da insignificância é uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Deste modo, ao excluir a tipicidade material, afasta o fato típico, conseqüentemente o próprio crime.

Como é o disposto na jurisprudência:

(...) Ainda que formalmente a conduta executada pelo sujeito ativo preencha os elementos compositivos da norma incriminadora, mas não de forma substancial, é de se absolver o agente por atipicidade do comportamento realizado, porque o Direito Penal, em razão de sua natureza fragmentária e subsidiária, só deve intervir, para impor uma sanção, quando a conduta praticada por outrem ofenda ao bem jurídico considerado essencial à vida em comum ou à personalidade do homem de forma intensa e relevante que resulte uma danosidade que lesione ou o coloque em perigo concreto" (TACrim. Apel. 998.073/2, Rel. Márcio Bártoli, 03.01.1996).

Ademais, o princípio da insignificância não é excludente da culpabilidade, trata-se da excludente de tipicidade, que resulta na inexistência de crime. Portanto, para a aplicação do princípio é necessário que se encaixe nos requisitos exigidos para a aplicação do princípio da insignificância, como já foi supracitado.

3.1 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *última ratio* do Direito Penal, tem como fundamento de que o Estado somente deve intervir quando for verdadeiramente necessário, ou seja, quando todos os outros ramos do Direito não forem suficientes para a resolução do caso, quando os meios administrativos ou civis falharem.

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 13), assevera sobre o assunto:

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficiente medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *última ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Outrossim, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 73), dispõe que este princípio deva possuir um caráter subsidiário referente aos outros ramos do ordenamento jurídico, como por exemplo a aplicação de uma multa através do Direito Administrativo, ou ao Direito Civil, impondo a reparação de danos:

Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação – tudo isso, sem o devido processo legal – do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor.

Por fim, o Direito Penal deve ser aplicado em última circunstância, sendo *ultima ratio*, devendo recair sobre os bens jurídicos mais preciosos da sociedade, como a vida, patrimônio, liberdade de ir e vir e entre outros.

3.2 Princípio da fragmentariedade e subsidiariedade

O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos existentes no ordenamento, tutelando somente os bens mais relevantes para a sociedade, sendo um caráter fragmentário, afinal nem todas as ações deverão ser punidas pelo Direito Penal, somente as mais graves.

Dessa forma, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 45) dispõe:

(...)o caráter fragmentário do direito penal, apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática impudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito considerem antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira.

Com base nas informações expostas, o Direito Penal deverá tutelar somente as condutas lesivas mais graves, não abrangendo os casos com mínima relevância, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, pois ocupa somente uma parte dos bens tutelados.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça aborda sobre o tema:

"que este [a fragmentariedade] não deve ser invocado quando os conflitos sociais puderem ser resolvidos pelos outros ramos do Direito. Como corolário, o princípio da fragmentariedade elucida que não são todos os bens que têm a proteção desse ramo do direito, mas apenas alguns, que são os de maior importância para a vida em sociedade, ou seja, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio social" (REsp 1.252.635-SP).

Enquanto, o princípio da subsidiariedade se manifesta no plano concreto, quando nenhum outro Direito conseguir tutelar os bens jurídicos. Portanto, este princípio decorre da intervenção mínima, onde o Direito Penal deve ser usado como último recurso, atuando somente quando os outros ramos não forem suficientes.

O Superior Tribunal de Justiça aborda acerca da temática:

"que para configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexista sanção de natureza civil, processual civil

ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação" (HC 92.655).

Por fim, o Direito Penal deve ser subsidiário e fragmentário, não devendo permanecer em um assunto já excessivamente discutido.

4. CRIMES ONDE SÃO INAPLICÁVEIS O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça tem negado aplicações do princípio da insignificância em casos onde envolva crimes de falsificação, violência ou grave ameaça à pessoa e tráfico de drogas. A aplicação do princípio, deve analisar os quatro requisitos citados anteriormente, bem como os elementos subjetivos do caso.

4.1 Aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais

Em relação aos crimes ambientais, a doutrina e a jurisprudência se controvertem quanto a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais. De acordo com o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Alguns doutrinadores afirmam que as características da lesão a bens difusos, seriam suficientes para demonstrar a gravidade da conduta. Isto posto, afastaria a aplicação do princípio da insignificância em relação aos delitos ambientais, pois a proteção ao ambiente se impõe para futuras gerações e ao poder público. Assim:

"Trata-se de área de preservação permanente e, tendo o recorrido dela se utilizado com infringência das normas de proteção ambiental, não há falar-se em irrelevância penal da conduta incriminada, considerando que a indisponibilidade do interesse tutelado não admite transigir com sua ofensa". (RCCR 2002.34.00.006996-3/DF, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ de 02/05/2005, p.43).

Por outro lado, a jurisprudência admite a aplicação da insignificância quando o bem jurídico não tiver uma extensão lesiva, *in verbis*:

"APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A FAUNA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE LESÃO AO SISTEMA ECOLÓGICO. Aplica-se o princípio da insignificância,

mesmo em crimes ambientais, se a conduta do agente não causa qualquer lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, ao meio ambiente, pois o acusado apenas foi flagrado com as redes de pescar, sem ter havido a pesca efetiva de algum peixe”. (TJMG, Apelação Criminal 1.0701.12.019735-8/001, Relator(a): Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/09/2013, publicação da súmula em 11/09/2013).

“HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE DANO AMBIENTAL PASSÍVEL DE ENQUADRAMENTO LEGAL. ACEITAÇÃO DO SURSIS PROCESSUAL. ART. 89 DA LEI N.º 9.099/95. RENÚNCIA AO INTERESSE DE AGIR QUE NÃO FOI RECONHECIDA PELO STF, QUE DEFERIU ORDEM PARA DETERMINAR O EXAME DO MÉRITO PELO STJ. 1. O bem jurídico protegido pela lei ambiental diz respeito a áreas cujas dimensões e tipo de vegetação efetivamente integrem um ecossistema. A lei de regência não pode ser aplicada para punir insignificantes ações, sem potencial lesivo à área de proteção ambiental, mormente quando o agente se comporta com claro intuito de proteger sua propriedade, no caso, com simples levante de cerca, em perímetro diminuto, vindo com isso, inclusive, a resguardar a própria floresta nativa. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal em tela”. (STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/06/2006, QUINTA TURMA).

Dessa forma, se verifica que a jurisprudência acerca dos crimes ambientais não é pacífica, pois o meio ambiente é bem jurídico a ser tutelado. Enquanto, uma posição jurisprudencial admite que o dano gerado não atinge potencial de lesão ao meio ambiente.

Inobstante da divergência doutrinária, a jurisprudência é consolidada acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância aos requisitos necessários, como mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica, como foi analisado anteriormente.

Presente os requisitos necessários, o Superior Tribunal de Justiça, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando for demonstrado que foi ínfima a lesividade ao bem ambiental tutelado.

Portanto, é entendimento que o Direito Penal deva intervir somente quando a conduta ocasionar lesão jurídica de gravidade, sendo atípico o caso quando for perturbação jurídica leve.

4.2 Dos crimes de violência doméstica e familiar

Os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, pode ser de forma psicológica, física, patrimonial, sexual ou através de algum outro meio que cause risco a vida da mulher.

Ademais, atualmente a súmula 589-STJ, dispõe que:

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

Portanto, crimes praticados contra a mulher no âmbito das relações domesticadas, têm vedado a aplicação do princípio da insignificância, não sendo possível se beneficiar do princípio.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não se aplica o princípio da insignificância nos crimes de violência doméstica praticados contra a mulher. Vejamos:

"[...] VIAS DE FATO. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE. [...] 1. A jurisprudência desta Corte Superior não admite a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela imprópria no que se refere aos crimes ou às contravenções penais praticados contra mulher no âmbito das relações domésticas, haja vista o bem jurídico tutelado. [...]" (AgRg no AREsp 535917 MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 23/06/2016)

"[...] LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. [...] 1. A jurisprudência do STJ orienta que o princípio da insignificância não se aplica a delitos praticados em ambiente doméstico devido ao relevante desvalor da conduta, mesmo diante da preservação ou do restabelecimento da relação familiar e de o agressor ser dotado de condições pessoais favoráveis. [...]" (AgRg no AREsp 845105 SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016)

A conduta não pode se beneficiar do princípio da insignificância, tendo em vista, que está relacionado com o grau de reprovabilidade da conduta. Sendo um requisito necessário para a aplicação do princípio, o qual não é cumprido quando se trata de violência doméstica e familiar contra a mulher.

4.3 Dos crimes praticados contra a Administração Pública

Havendo todo o conceito acerca do princípio da insignificância, bem como os requisitos necessários para a sua aplicação, veremos agora como funciona a aplicação do princípio no âmbito da Administração Pública.

Segundo o doutrinador Greco (2013, p. 389), os crimes praticados contra a Administração Pública são os mais lesivos, pois são cometidos contra a população no todo, visto que, quando a Administração Pública é afetada, indiretamente a população também sofre com isso. Portanto, são crimes que afetam acertadamente o interesse público no modo geral, sendo o serviço público a sociedade.

Esclarece a súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, que:

O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. (Súmula 599, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017).

Portanto, de acordo com o STJ, o princípio é vedado aos crimes praticados contra a administração pública, entretanto, o Supremo Tribunal Federal é contrário ao posicionamento, considerando a atipicidade no HC107370, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011:

Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade.

Neste caso em análise, o crime cometido não fora suficiente para lesionar a Administração Pública, sendo aplicável o princípio da insignificância.

Ainda, Capez (2018), esclarece que:

Não existe razão para negar incidência nas hipóteses em que a lesão ao erário for de ínfima monta. É o caso do funcionário público que leva para casa algumas folhas, um punhado de clips ou uma borracha, apropriando-se de tais bens.

Dessa forma, elucida que o Direito Penal tutela os bens jurídicos de uma forma objetiva, não o moral.

Por fim, pelo exposto existe controvérsias na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicação do princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a Administração Pública, que enquanto não decidir com uma regra geral, será necessário a avaliação de todo o caso concreto, sendo indispensável a ponderação de valores em cada situação. Em todo o modo, se o caso analisado gerar lesão a Administração Pública, não será aplicado o princípio da insignificância ou bagatela.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como abordado no presente artigo, verificamos que o princípio da insignificância é um assunto abrangente, onde doutrinadores divergem de alguns pontos e concordam pacificamente em outros. Entretanto, o tema é claro em dizer que esse princípio se aplica em casos em que é ínfima a importância social do crime cometido.

Cada caso ao ter seu pedido de insignificância solicitado, necessita de uma análise avaliadora sobre a concordância ou não deste princípio, afinal, por um lado ao ter seu pedido deferido evita superlotações em presídios, que por se tratar de um caso de ínfima relevância social, não tem lesões, afastando assim a Tipicidade Penal. Contudo, existe divergências entre doutrinadores e desembargadores acerca de casos específicos na sociedade.

O objetivo foi apresentar os requisitos para sua aplicação, a divergência entre casos, como os crimes cometidos contra a Administração Pública e os casos em que já são pacificados os entendimentos em que é vedado o uso do princípio da insignificância.

Vale destacar, que ainda não há uma regra geral que define o uso do princípio da insignificância, sendo algo supralegal, que necessita de doutrinadores e jurisprudências acerca do assunto comentado neste artigo.

Concluiu-se, portanto, que o princípio da insignificância necessita de uma maior pacificação acerca do tema, pois atualmente cada caso é necessário uma avaliação, sendo que existem divergências relativamente a cada crime ou infração cometida. Assim sendo, o assunto deve ser pacificado e incluído no ordenamento jurídico brasileiro de uma forma mais objetiva, afinal em alguns casos o princípio é deferido e outros casos não, gerando controvérsias no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL, Filho, Diomar. **o princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 94, 1988.

O princípio da insignificância e a reiteração de conduta. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/8387>. > Acessado em: 12 de abril de 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não se aplica o princípio da insignificância.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/edb947f2bbceb132245fdde9c59d3f59>>. Acesso em: 12 de maio 2023.

CAVALCANTE, Márcio André. **Princípio da Insignificância no direito penal brasileiro.** 1ª Ed. Dizer o Direito, 2014. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-insignificancia/>. Acessado em: 19 de abril 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- parte especial.** 9 ed. Niterói. Impetus, 2013.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de direito penal**, Vol. I. 22 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** v.1. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal.** v.1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ASSUMPÇÃO, Vinicius; ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal - Resumos para Concursos.** 2ª edição. Salvador: Editora JusPodium. 2016

D'AVILA, Fábio Roberto. Breves notas sobre o direito penal ambiental. Boletim IBCCRIM n. 214.

LEI 14.133/2021: ALTERAÇÕES NO REGIME JURÍDICO NO TOCANTE AS MODALIDADES DE LICITAÇÕES

AFONSO LUIS PESSUTTO DE SOUZA:
Graduando em Direito pela Universidade
Brasil.

GREICE KELLI LOPES SANTOS DE LIMA

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho busca mostrar que a Administração Pública Brasileira utilizou ao longo dos anos, uma lei que não satisfazia as reais necessidades vividas pelos Estados e Municípios, e a nova lei, busca pela mudança da norma geral de licitações e contratos. Não será detalhado todo o processo que envolveu a criação da Lei 14.133/2021 nem todos os assuntos que a contém, mas trará uma visão mais simples sobre as mudanças pontuais que ocorreram e a importância de sua criação no contexto atual, que preza pela celeridade, transparência e objetividade. Busca fazer um estudo mais focado nas alterações que trouxeram às mudanças mais relevantes e sua aplicabilidade em todas as regiões brasileiras, sem deixar de lado as novidades que mais trarão ou já estão beneficiando o poder público assim como aquelas que podem dificultar o processo de licitação e contratação.

Palavras-chave: Licitação. Contratos. Lei 14.133/2021. Mudanças. Alterações

ABSTRACT: The present work seeks to show that the Brazilian Public Administration used, over the years, a law that did not satisfy the real needs experienced by the States and Municipalities, and the new law, seeks to change the general norm of bids and contracts. It will not detail the entire process that involved the creation of Law 14.133/2021 nor all the subjects it contains, but it will provide a simpler view of the specific changes that have occurred and the importance of its creation in the current context, which values speed, transparency and objectivity. It seeks to carry out a study more focused on the alterations that brought about the most relevant changes and their applicability in all Brazilian regions, without leaving aside the novelties that will bring the most or are already benefiting the public power, as well as those that may hinder the bidding process and hiring.

Keywords: Bidding. Contracts. Law 14.133/2021. Changes. Change

1 INTRODUÇÃO

O processo licitatório garante condições de igualdade para todos aqueles que têm que fazer negócios com a administração pública, uma forte mudança no padrão brasileiro que há muitos anos premia a chamada cordialidade entre o poder público e o setor

privado. Ao longo dos anos, devido ao excesso de formalismo, rigor e dificuldades de implementação, começaram a surgir diversos problemas de aplicabilidade da lei em causa.

A fraude e a corrupção continuam a manchar o processo aliás a própria legislação tem deixado lacunas que, com contínuas atualizações da legislação, como o aumento vertiginoso dos motivos de anulação do concurso acabaram por aumentar o número de fraudes no concurso, sem falar nos prêmios de preços planejados por entidades que atuam principalmente nas esferas de governos estaduais e municipais, que conseguiram pactuar entre os poderes a aprovação de contratos claramente fraudulentos, como bem destacou o Senado Federal (BRASIL, 2021).

A nova lei altera a atual lei de licitações (lei 8.666 de 1993), a lei de licitações (lei nº 10.520 de 2002) e o Sistema de Contratação Diferenciada (lei nº 12.462 de 2011) para alterar as normas relativas ao sistema de recrutamento do público administração. As principais mudanças são a redução de alguns métodos de licitação, como cartas-convite e pesquisas de preços, e a adição de novos métodos de licitação, como diálogo competitivo, extensão do prazo do contrato e seguro-garantia obrigatório para obras de grande porte. As penalidades por violações relacionadas ao tema também foram aumentadas.

Relativamente aos problemas com a nova lei dos concursos podemos destacar os seguintes: o enfoque excessivo no procedimento a continuidade da rigidez nas modalidades e critérios de avaliação, a nacionalização de regras que podem levar à imobilização, nos contratos, apesar de uma certa flexibilidade, sempre O foco ainda está na ideia de cláusulas excessivas e no mito do preço mais baixo.

O valor estimado da licitação não caracteriza um fator determinante da modalidade de licitação, importando apenas a natureza do objeto licitado. Além disso, a Lei 14.133 ainda deu espaço para o diálogo competitivo, que consiste no debate entre licitantes selecionados anteriormente à contratação de serviços e produtos de ordem técnica para sanar as demandas do contratante.

O foco deste trabalho foi destinado as contratações por dispensa de licitação, ata de registro de preço e pregão.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO

Quando se trata das contratações públicas, além dos princípios antes mencionados, a administração pública também deve estar pautada nos princípios da igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e o da

isonomia, com esse intuito, criou-se a Lei das Licitações, estabelecendo as normas sobre as licitações e os contratos administrativos, no âmbito de todas as esferas de poderes. Diante disto, verifica-se que para desempenhar seus papéis, a Administração Pública age nos mais diversos ramos, determinando bens, serviços e atingindo uma série de atividades das mais variadas possíveis (NIEBUHR, 2011).

Assumindo por embasamento os ensinamentos do autor citado acima, verifica-se que é possível entender que a intenção da Administração Pública é conseguir o interesse público que compete a toda a coletividade, sendo assim, o funcionamento da Administração Pública é conduzido por princípios, os mais distintos, e por leis que administram o funcionamento das atividades públicas, por isso o Administrador Público não pode valer-se de vontade própria, mas está cativo à lei e está justamente para resguardar o interesse público de processos ilícitos.

Para conservar a contentamento do interesse coletivo e perpetuar seu funcionamento é imprescindível apanhar bens e serviços dos mais variados possíveis, para isso, a Administração pública carece tirar proveito de compras, contudo não pode ela provir como o particular, pois este usa de compras e serviços e concorda com quem almeja, já que tem liberdade legal para isso, mas as compras e contratos feitos pelo Setor Público são regidos por lei, precisamente para conservar os interesses coletivos e impedir que agentes públicos aproveitem de interesses pessoais (BARROS, 2008).

A lei que regula a contratação de bens e serviços e a contratação pelo setor público é a lei 8.666/93, que regulamenta a contratação de contratação de serviços e todos os procedimentos a serem seguidos pelos agentes públicos em caso de dispensas e contratos. Viabilidade de licitação. A rejeição e a não efetivação de uma vaga de emprego ocorre quando a contratação é permitida sem a exigência de todas as formalidades do processo de postagem por motivos específicos (MORAES, 2008, p. 24).

Segundo Di Pietro (2020), a licitação dá à empresa a oportunidade de apresentar propostas a todos os interessados, selecionar a melhor e mais conveniente entre elas e firmar um contrato entre as partes. Expressa o propósito de manter a adesão ao princípio da isonomia constitucional, determinando a melhor proposição para a administração e garantindo a igualdade de oportunidades a todos os interessados. Isso garantirá a máxima participação corporativa no evento e garantirá a competição.

Pode ser definido como um processo administrativo formal no qual as empresas interessadas são convidadas a apresentar propostas de contratação de serviços ou compra de produtos pelo poder público por meio de publicação em editais ou cartas-convite.

Licitação é o conjunto de procedimentos administrativos, legalmente estabelecidos, através da qual a administração Pública cria meios de verificar, entre os interessados

habilitados, quem oferece melhores condições para a realização de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações (PISCITELLI, 2004, p. 234).

No Brasil, a licitação surgiu no século XIX com o Decreto 2.926/1862, onde era utilizado o termo "arrematação". A consolidação da licitação veio pelo Decreto 4.536/1922 e foi, em 1967, que o direito brasileiro utilizou a palavra licitação pela primeira vez, devido ao Decreto-lei nº 200, que, em seu artigo 127, estabeleceu as modalidades da licitação e instituiu uma reforma administrativa federal. Contudo, somente no ano 1968, que o decreto-lei nº 200 foi ampliado para os Estados e Municípios, através da Lei 5456/68. Analisando o processo licitatório no Brasil Barcellos e Mattos apontam:

O processo licitatório é utilizado ao redor do mundo e, no Brasil, a primeira normatização ocorreu no ano imperial de 1862, pelo Decreto no 2.926, que regulava sobre os procedimentos para arrematação e execução de serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Desde então, o procedimento recebeu diversas sofisticacões e, com o advento da CF, em 1988, ganhou status de princípio constitucional, de obediência obrigatória pela administração pública direta e indireta em todos os entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O pilar regulatório ocorreu anos mais tarde, no ano de 1993, com a homologação da Lei no 8.666, a chamada "Lei das Licitações". (BARCELLOS; MATTOS, 2017, p. 12).

Lei nº 8.666, conhecida como Lei de Licitações. Contém as disposições do artigo 37.º, n.º 99, destinadas a complementá-lo, a Lei 10.520/02 criou então a modalidade pregão, que tornou o processo mais transparente e ágil e é de suma importância no combate à fraude na administração pública brasileira. Finalmente, uma nova lei de licitações (nº 14.133/21) foi recentemente promulgada. É ainda mais revolucionário, teoricamente mais transparente e rápido. É importante ressaltar que esta lei permite desenvolvimentos tecnológicos.

A licitação é regulamentada por lei. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 "Lei de Licitações e Contratações Administrativas" e Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002 "Lei de Pregão" ambas constituem a Lei Básica de Licitações e Contratações Administrativas (Tribunal de Contas da União, 2010)

O Tribunal de Contas da União (TCU) define a licitação como um procedimento administrativo formal da administração pública, cujo objeto é o tempo determinado por lei específica (aviso ou convocação, condições de licitação). (Tribunal de Contas da União,

2010). Nos termos do artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação. No artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal reza que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988. s/p).

E, finalmente nos termos do artigo 173, parágrafo §1 e inciso III da Constituição Federal diz que a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998). (BRASIL, 1988. s/p).

Por isso, é necessário que o Estado estabeleça seu orçamento e trabalhe de acordo. Então, os processos licitatórios possuem extrema importância para que os gastos não fujam do orçamento, para que os princípios constitucionais sejam respeitados e para que não haja desvio de verbas públicas.

De acordo com a Lei 14.133/2021, artigo 11, capítulo, o procedimento licitatório visa selecionar as propostas que também sejam vantajosas no ciclo de vida do objeto. Este último ponto é significativo em comparação com a legislação anterior, pois ficou claro que há vantagens não apenas em propostas mais baratas, mas também em quantidade. Ser incluídos como alvos de aquisição. Assegurar igualdade de tratamento e concorrência leal. Isso não é suficiente para permitir que múltiplos licitantes com diferentes solidez

econômico-financeira sejam considerados, mas também para garantir que todos saibam o que têm e sejam capazes de competir. também é abrangente e preciso.

Oportunidade de apresentar propostas que possam aumentar o interesse pela administração, evitar contratos com preços e/ou faturas excessivas ou comprovadamente inexequíveis é uma novidade declarada no propósito desta nova lei, e a grande escala Isso é relevante na atual situação do Brasil, onde tais operações têm sido repetidamente relatadas. As medidas anticorrupção revelam que os contratos e serviços de construção são superfaturados.

2.2 A Lei 14133/2021

No dia 1.º de abril de 2021, foi sancionada a Lei n.º 14.133, pelo presidente Jair Bolsonaro, objetivando estabelecer as regras da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assim, ela substituiria às seguintes legislações: a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n.º 12.462/11), que serão revogadas. (AKASHI, 2021).

A Lei n.º 14.133/2021 é composta por 194 artigos. Em sua trajetória e, após sofrer os 26 vetos presidenciais, o texto foi sancionado, estabelecendo as normas gerais que serão aplicadas à toda Administração Pública direta, autárquica e fundacional de todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), incluindo os Fundos Especiais e as Entidades Controladas. As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista não entram nesta legislação e, assim, continuam a ser regidos pela Lei n.º 13.303/2016. (AKASHI, 2021)

De acordo com o Ministério da Economia do Brasil, a Lei 14.133/2021 é mais avançada e moderna, pautada pela eficiência e transparência. Uma das grandes diferenças, é a possibilidade de ter seguro garantia nas licitações, que pode ajudar na redução de obras e serviços inacabados.

A Nova Lei estabeleceu maiores critérios formais, além dos que foram conservados da Lei 8.666/93. A criação de mais barreiras pode desestimular a concorrência, assim formando cartéis. Também, podendo influenciar para que os processos licitatórios continuem demorados. O advogado especialista Rodrigo Bertocelli (2021, s/p) entende que, "Quanto mais complexa a licitação e repleta de critérios formais, menor é o número de interessados e maiores as distorções que conduzirão à seleção adversa: pagar muito por um bem ou serviço público de qualidade inferior."

Existe um período de transição entre a nova legislação e a Lei 8.666/1993, etc., para permitir que gestores e empresas se adaptem adequadamente aos novos procedimentos.

Seu Capítulo III, Disposições Finais e Transitórias, fornece algumas diretrizes a serem seguidas.

O artigo 190.º estipula que as normas anteriores continuam a aplicar-se aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor. Por outro lado, os artigos 191.º e 193.º estabelecem que durante dois anos a contar da promulgação desta lei, a administração pode recorrer à lei anterior ou optar pela lei anterior, mas não podem ser cumulativos. Quais opções são selecionadas além do que é mostrado no edital ou documentos diretos do contrato? Se a administração optar por contratar sob uma das leis mais antigas, ela deve regular isso por todo o prazo do contrato. . Para deixar mais elucidado:

Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

[...] Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Assim sendo, é provável que o legislador tenha em mente acelerar o processo de regulamentação da nova lei ao permitir sua vigência imediata em conjunto com um período de transição, considerando que esse processo geralmente é demorado no Brasil. Vale ressaltar que a lei anterior não alcançou seus objetivos desejados, tanto que pouco tempo depois de ser promulgada já se discutia um projeto anterior; além disso, outras leis foram criadas para regular contratos, uma vez que a anterior surgiu em meio a uma grande instabilidade política e logo se tornou obsoleta, evidenciando nossa dificuldade em regulamentar leis devidamente.

Com um prazo de 2 (dois) anos para que órgãos e entidades possam compreender o novo diploma e emitir regulamentos e instrumentos correlatos úteis ao processo interpretativo, é importante destacar que a lei já está em vigor desde sua promulgação, sem passar pelo período de *vacatio legis*, que geralmente é de 45 dias (lei de introdução

às normas do direito brasileiro BRASIL, 2021), o que pode ter sido estranho. No entanto, o período de transição foi estabelecido para resolver essa preocupação. Não faria sentido publicar uma lei que imediatamente gerasse efeitos sem dar um prazo para compreensão. Enquanto isso, as leis do regime anterior continuarão em vigor, e a Administração Pública poderá escolher entre aplicar o novo regime, aplicar o regime anterior ou alternar os dois regimes, sem combiná-los, mas utilizando ora um, ora outro em contratos diferentes.

2.3 Mudanças na Licitação Trazidas Pela Lei 14.133/2021

Nos artigos 28 até 32 a lei 14.133/21 mostra que as modalidades de “Convite” e “Tomada de Preços” deixarão de existir, estas que na prática são normas pouco usadas desde a implantação do pregão, em especial o de modo eletrônico. Assim, a lei continua com as modalidades do Pregão, Concorrência, Leilão e Concurso. A grande novidade nessas modalidades até então legisladas pela lei 8.666 de 1993 é que agora obrigatoriamente elas também passam a assumir a forma eletrônica como regra (que já é uma realidade no pregão). Além destas modalidades, a nova lei de licitações inclui uma nova: o Diálogo competitivo (LOPES, 2021)

As mudanças têm o potencial de acelerar os processos licitatórios, pois diminui a sua burocracia e aumenta as flexibilidades, fazendo com que as obras e insumos públicos sejam terminados e utilizados no momento adequado. Se entende que, na maioria das vezes, as licitações públicas podem demorar muito tempo, deixando de atender o objetivo no momento mais correto.

O antes denominado “Tipos de licitações”, agora tem sua nomenclatura renovada para “Critérios de julgamento”. Desta forma, a nova lei de licitações além de continuar com os critérios já previstos na legislação anterior existindo, também adiciona novas normas para escolha da contratação (BORDALO, 2021). Sendo elas: Maior desconto; Melhor técnica ou conteúdo artístico e Maior retorno econômico (BRASIL, 2021).

De acordo com a norma anterior, antes da fase do julgamento das propostas era realizado a fase de habilitação. Ou seja, primeiramente analisava a documentação dos licitantes, para depois julgar as propostas (BRASIL, 1993).

Com a nova Lei o processo de licitação deve seguir as seguintes fases: a fase preparatória (planejamento interno), a fase de divulgação do edital (10 dias úteis para serviços comuns), a fase de apresentação de propostas e lances, a fase de julgamento, a fase de habilitação, a fase de recursos e finalmente, a fase de homologação. A fase da habilitação ocorrerá somente após, o julgamento das propostas: “com fase única de recurso, o que possibilitará a redução do tempo e do trabalho do gestor público, uma vez

que, este não será mais, obrigado a avaliar a habilitação daqueles que não vão firmar contrato com o Poder Público". (AKASHI, 2021, s/p).

A Lei determina que as licitações devem ocorrer pela forma eletrônica, determinando a criação de um website, visando centralizar a divulgação de processos licitatórios na União, nos estados, no Distrito Federal e nos municípios: o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). O objetivo é criar um importante banco de dados que existe administrado por um comitê de representantes de unidades aliadas e para trazer informações sobre compradores e fornecedores. Acredita-se que este banco de informação aumenta a transparência dos procedimentos.

Esta inovação se apresenta como um enorme potencial de oferta para que haja maior transparência e agilidade nos processos licitatórios. Já que as informações serão concentradas em um único sistema, tanto os editais e processos, quanto às informações dos possíveis interessados, que poderão realizar o cadastro e facilitar a fase de habilitação. Também, defendem que esta forma irá ocasionar mais velocidade na troca de informações, de negociações e na movimentação dos processos. Principalmente, a licitação na forma eletrônica facilitaria o trabalho da fiscalização, mas vem sendo muito questionada.

Outro aspecto que vem sendo muito discutido é se esse cenário pode maculá-la, assim como aconteceu há 3 décadas atrás: a Lei 14.133/2021 possui mais artigos que a Lei 8.666/2021 e detalha mais ainda os procedimentos a serem seguidos pela administração pública, além de tornar o capítulo referente aos contratos bem mais denso. É notório o avanço no que concerne à virtualização do processo de contratação e nas fases licitatórias, que com ela se tornam menos demorado e trabalhoso, mas novamente parece que há muito esclarecimento a ser feito, principalmente para prevenir fraudes e corrupção, e o período de transição tem sido útil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada vez mais, a sociedade demanda da gestão pública excelência e aptidão nos serviços prestados, com processos mais efetivos e menos burocráticos. Em raras ocasiões, a contratação de serviços ou aquisição de bens não será submetida ao procedimento licitatório. Por isso, a licitação, independentemente da sua modalidade, é um processo de suma importância para a gestão pública. Dessa forma, é crucial acompanhar as mudanças na legislação para a prática de uma gestão administrativa eficiente.

Na realização deste artigo, foram investigadas algumas inovações legislativas da Nova Lei de Licitações, nº 14.133/2021, em relação a antiga lei, nº 8.666/93. Tendo como objetivo geral, analisar quais as principais mudanças legislativas da nova Lei.

Inicialmente, foi feita uma breve explicação sobre o processo de licitação, discorrendo sobre a evolução histórica. Na sequência, foi dissertado sobre a Lei em si e as mudanças trazidas por ela. Dentre as tantas mudanças que se pode verificar, as modalidades de licitações são revistas, com exclusão da Tomada de Preço e o Convite e a inclusão do Diálogo Competitivo, alteração da ordem das fases do processo licitatório e novos critérios de julgamento são criados, além da imposição da necessidade de planejamento e responsabilização aos agentes públicos.

Por fim é necessário que a licitação seja capaz de operar e classificar a opção mais vantajosa para o Estado, garantindo que todos os trâmites necessários e regulatórios sejam atendidos a fim de garantir a integridade da Administração e o interesse público. Se entende a necessidade da aplicação da Nova Lei das Licitações Contratos Administrativos em sua integralidade, como requisito para resguardar, antes de tudo, o interesse público e proporcionar segurança organizacional no sistema de gastos públicos, prevenindo fraudes e corrupção

REFERÊNCIAS

AKASHI, Diogo Telles. **Presidente Bolsonaro sanciona nova Lei de Licitações. 2021.** Secretaria Geral da Presidência da República. Abril, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/secretariageral/ptbr/noticias/2021/abril/presidente-bolsonaro-sanciona-nova-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 02 maio 2023.

BARCELOS, Bruno Maldonado; MATTS, João Gutierrez de. **Licitações e Contratos.** Porto Alegre : SAGAH, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595021235/cfi/1!/4/4@0.00:55.9>>. Acesso em: 11 maio 2023.

BARROS, Wellington Pacheco. **Manual de direito administrativo.** Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2008.

BORDALO, Rodrigo. **Nova Lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças.** São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988.** Disponível em: Base Legislação da Presidência da República - Constituição de 1988. Disponível em: <presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 mar. de 2023.

BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.** 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021**. 2021. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 11 maio 2023.

LOPES, Virgínia Bracarense. **A Nova Lei de Licitações: 5 mudanças trazidas pela norma aprovada**. ANESP, 2021. Disponível em: <<http://anesp.org.br/todas-as-noticias/nova-lei-de-licitacoes>> Acesso em 25 abr. 2023.

MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. Curitiba, Juruá editora, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 3. ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2011.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio. **Contabilidade Pública: Uma Abordagem da Administração Financeira Pública**. 8 ed. São paulo: atlas, 2004.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. **Nova Lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças** / Rodrigo Bordalo Rodrigues – São Paulo: Expressa, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>>. Acesso em: 04 mar 2023.

E-SPORTS E SUAS DISPUTAS NA ESFERA JURÍDICA

DIONES CÉSAR DA SILVA:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo, a demonstrar o crescimento e o desenvolvimento do *e-sports* competitivo em nossa sociedade como um esporte propriamente dito. E que em suas várias modalidades agregam a participação de diversos tipos de pessoas e de diferentes nações ao redor do globo, e que ao passar dos anos com o avanço tecnológico e da sociedade humana no geral, o cenário competitivo no geral tem ultrapassado fronteiras entre diversos países, sem falar nas premiações recebidas pelos competidores atingindo um nível exorbitante. E da carência de legislação acerca do tema para apoiar o cenário do *E-Sports* no Brasil.

Palavras-chave: E-Sports, Campeonato, Esporte, Tecnológico.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate the growth and development of competitive e-sports in our society as a sport itself. And that in its various modalities add the participation of different types of people and from different nations around the globe, and that over the years with the technological advancement and human society in general, the competitive scenario in general has crossed borders between different countries, not to mention the awards received by competitors reaching an exorbitant level. And the lack of legislation on the subject to support the E-Sports scenario in Brazil.

Keywords: E-Sports, Championship, Sport, Technological.

***E-Sports* – histórico**

O Progresso e a evolução tecnológica da humanidade trouxeram muitos avanços para a sociedade no geral em diversa áreas com destaque para os jogos eletrônicos, também conhecidos como E-Sports. Por volta da década de 1940 obtivemos oficialmente o primeiro protótipo de jogo eletrônico bem como o desenvolvimento de um programa computador para o jogo de xadrez, porém, sem sucesso. (ALVES, 2018).

Entretanto, em 1968 que se realizou o tão sonhado lançamento do primeiro console doméstico chamado de Brow Box. Todavia, a primeira definição comercial de um jogo

eletrônico foi o *Computer Space*, projetado em 1971 pela desenvolvedora *Nutting Associates*, *Computer Space* é considerado o primeiro fliperama ou seja o primeiro jogo ARCADE os engenheiros responsáveis pela criação do jogo, um ano após o lançamento fundaram a Atari que revolucionou a década de 1970 e posteriormente a criação de máquinas de *game* foi possível reproduzir o jogo *Pong*, por sua vez outros jogos também ficaram famosos, como *Computer Space* (1971) e *Space Invaders* (1978).(ALVES, 2018). A figura abaixo nos mostra o primeiro vídeo game do mundo, não era para os homens, mulheres também jogavam.

Figura 1 – Primeiro vídeo game do mundo.



Fonte:

[HTTPS://WWW.OUTERSPACE.COM.BR/RETROSPACE/MATERIAS/CONSOLES/HISTORIADOSCONSOLES3.HTM](https://www.outerspace.com.br/retroSPACE/MATERIAS/CONSOLES/HISTORIADOSCONSOLES3.HTM)

E conseqüentemente com o avanço tecnológico e com um maior número de pessoas tendo acesso e a propagação dos jogos se estendendo a novas partes do globo, teve se então o início do primeiro torneio de videogame em 1972, na Universidade de Stanford, com o *game* *Spacewar*, onde participaram vinte e quatro pessoas do evento chamado de "Intergalactic Spaceware Olympics", no qual a premiação foi uma assinatura da revista *Rolling Stone*.

Figura 2: matéria da rolling Stone



A matéria da Rolling Stone sobre o primeiro campeonato de games da história.

O primeiro campeonato de vídeo games que fora registrado teve originalmente 3 modalidades competitivas: Free- For-All, 1x1 e em duplas (“Em que ano foi realizado o primeiro campeonato de games?”) Os vencedores foram Bruce Baumgart, no modo Free-For-All, Slim Tovar e Robert E. Mass em duplas. Tovar também venceu a modalidade 1×1.

Mas em 1980 foi que aconteceu a primeira grande competição de *games*. A competição foi realizada pela empresa Atari, o evento de games teve o nome de "Space Invaders Championship, atraindo mais de dez mil pessoas, marcando assim o início do *E-Sports*.

Figura 3 primeiro campeonato de vídeo games



Foto: Reprodução/namraka

Mas fora por volta dos anos 90 com a chegada da Internet, que ligava diversas pessoas ao redor do globo fazendo com que surgisse os primeiros grandes campeonatos de *E-Sports*, possibilitando que jogadores de diversos locais participassem simultaneamente de partidas online em uma mesma sala, este acesso ficara conhecido como *multiplayer online*. (ALVES, 2018).

No ano de 1997, aconteceu o "RedAnnihilationTournament", onde duas mil pessoas disputaram um veículo Ferrari com o game "Quake", modalidade First Person Shooter (FPS).

Com o lançamento do fps Counter Stryke publicado em 1999, os E-Sports se popularizaram no Brasil nesse ano as Lan Houses estavam no ápice o que possibilitou o surgimento de vários prós playes brasileiros.

Em 2006 em Paris na França teve se início o *Eletronic Sports World Cup - ESWC*, onde a equipe brasileira *Made in Brazil* (MIBR) foi vitoriosa. (SANTANA, 2017).

Mas com o Lançamento da STREET FIGHTER IV (lançado em 2008) teve se início em 2009 o TRT (Treta "O nome veio da velha gíria brasileira para briga.)

Mas fora em 2014 que o TRETA alcançou o seu maior sucesso, pois foram escolhidos pela Capcom EUA para ser evento Premier na América Latina, o que atraiu jogadores do mundo todo, como o japonês Sakonoko e o inglês Ryan Hart". "o torneio de Super Street Fighter IV contou com 256 participantes, "uma marca muito difícil de superar" segundo Giovani idealizador do Treta.

Super Street Fighter IV Arcade Edition Ver.2012 – Valendo a segunda vaga na Capcom Cup, do torneio mais emocionante.

"O japonês Sakonoko veio e saiu invicto, **mas** ficou muito impressionado com o nível dos brasileiros, dentre os quais se destacou Keoma, também conhecido como o "Cowboy Gaúcho" e seu Abel já admirado e reconhecido nos circuitos mundiais." *Capcom-Unity - Brasil*, <http://www.capcom-unity.com.br/2013/09/11/resultados-do-treta-championship-aftermath/>.

Desde então o cenário do *e-sports* e suas diversas modalidades só tem crescido no Brasil, mas me 2019 com o lançamento de Mortal Kombat 11 pela Netherralms studios e com o torneio da liga latina de mk11 em 2020 surgindo um novo campeão brasileiro Konqueror249.

Figura 4 campeonato da liga Latina de MK 11



Konqueror vence a Liga Latina de Mortal Kombat de 2020 — Foto: Reprodução/Twitter

Sendo assim, tem se a necessidade de dizer que os torneios de *E-Sports* são organizados pelas próprias desenvolvedoras, editoras e organizadores. Devido ao grande número torneios de *E-Sports*, as premiações algumas vezes atingem valores astronômicos, ao mesmo tempo em que espectadores acompanham as partidas presencialmente ou via internet.

Saindo um pouco dos *fighting games* (jogos de luta) rumo aos fps (jogo com camera em primeira pessoa) temos o mundial de Fortnite.

O evento principal da Fortnite World Cup era a competição na categoria solo, que aconteceu no último dia. O campeão foi o pouco conhecido Kyle "Bugha" Giersdorf até então, com apenas 16 anos na época. O norte-americano iniciou o torneio vencendo a primeira queda e emplacou boas atuações nos confrontos seguintes, sem nunca deixar a liderança da tabela. Com isso, Bugha levou sozinho a premiação de US\$ 3 milhões (cerca de R\$ 16 milhões) e se tornou o jogador menor de 18 anos que mais faturou com esportes eletrônicos fonte:<https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/09/world-cup-2020-de-fortnite-cancelada-relembre-destaques-de-2019-esports.ghtml>

Figura 5: Fortnite World Cup



DIREITO DESPORTIVO E E-SPORTS

Esportes na Constituição Federal

O desporto apareceu de forma inédita na Constituição Federal (1988), dando assim um grande passo para as práticas esportivas, definindo o esporte como um direito constitucional, seja ele profissional ou amador

Art. 217. "É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:" **"I** - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;" **"II** - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;" **"III** - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional;" **IV** - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional. **§ 1º** O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. **§ 2º** A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final." **§ 3º** O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social." ("Constituição - Título VIII | Política | G1") Fonte: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10647364/artigo-217-da-constituicao-federal-de-1988>

O Art. 217 da CF traz um novo ordenamento ao sistema jurídico, o regime desportivo, onde existem princípios e regras específicas para regulamentar a prática esportiva.

Em seu primeiro inciso também diz que a autonomia das entidades desportivas e associações em sua organização e funcionamento, temos que analisar o termo autonomia com cautela e não equipara-lo com "soberania" as práticas desportivas claramente despertam interesse público, dessa forma não podem ser afastadas as regras gerais, penais, civis e do consumidor perante estas atividades. Citando um artigo escrito por Ricardo Silva Barbosa "O poder Estatal, não intervirá na forma em que as entidades resolvem se organizar, desde que não desrespeitem demais definições da lei."

E-SPORTS É RECONHECIDO NA ALEMANHA COMO ESPORTE

A Alemanha juntou-se à Coreia do Sul, China, Rússia, Itália e África do Sul ao reconhecer oficialmente os e-sports. Além de ser um outro impulso para a aceitação esperançosa dos e-sports nos Jogos Olímpicos, os clubes alemães agora poderão solicitar o status sem fins lucrativos. Isso significa que eles terão direito a impostos comerciais reduzidos, ao mesmo tempo em que também será mais fácil para os jogadores de e-sports estrangeiros competirem na Alemanha. Hans Jagnow, presidente da associação nacional de e-sports da Alemanha, expressou sua alegria no reconhecimento oficial em comentários ao Deutsche Welle. É uma ótima notícia, mas também não é uma surpresa. Foi precedido por um longo diálogo. Após o processo de diálogo, foi determinado que os e-sports não só tem um enorme aspecto econômico, mas também tem um componente social. Este reconhecimento simplesmente impôs que os e-sports também tem um componente social. O reconhecimento oficial também pode ser visto no investimento do Estado em instalações e estádios no nível das bases, bem como o subsídio de equipamentos. Ao dar esse reconhecimento aos e-sports, o governo alemão apoiou uma disciplina que fora um evento principal nos Jogos asiáticos de 2022 em Hangzhou. Fonte: <https://manualdosgames.com/alemanha-reconhece-e-sports-como-esporte/>.

Além disso, foi estabelecido pelo governo da Alemanha um visto específico para os jogadores profissionais de E-Sports, mudança prevista na Lei de Imigração Qualificada. Facilitando assim o recrutamento de novos players e treinadores de fora da União Europeia por organizações alemãs. Logo, tais indivíduos poderão obter acesso a uma residência permanente com uma redução significativa nos sistemas de vistos e sua burocracia.

FRANÇA

A lei francesa 2016-1321, em seu artigo 321-8, traz a definição de videogame e dispõe regras sobre seus campeonatos.

Da seguinte forma: para os propósitos deste capítulo, um videogame é qualquer jogo abrangido pelo inciso II do art. 220 do **Código Geral Tributário**. "Uma competição de videogame consiste em pelo menos dois jogadores ou equipes de jogadores por uma pontuação ou uma vitória. A organização da competição de videogame dentro do significado deste capítulo não inclui a organização de uma aposta.

A mencionada lei modificou o **Código Trabalhista** local, alterando o artigo 7124-1, que trata das atividades desempenhadas por menores de 16 anos que precisam de autorização do governo, introduzindo as competições de videogames:

Uma criança menor de dezesseis **anos** não pode, sem autorização prévia concedida pela autoridade administrativa, ser empenhada em qualquer atividade que seja: 1 ° Em um show business; 2 ° Em uma empresa de cinema, rádio, televisão ou gravação de som; 3 ° Exercer uma atividade de manequim, na acepção do artigo L. 7123-2; 4 ° Fonte: *Desafios Jurídicos e Regulatórios do E-Sport no*

Brasil, <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/desafios-juridicos-e-regulatorios-do-e-sport-no-brasil/1245656807>.

Numa empresa ou associação cujo objetivo seja a participação em competições de videogames, na acepção do artigo L. 321- 8 do **Código de Segurança Interna**.

Além disso, o **Decreto Francês n. 2017-87172** trata da organização, participação e inclusive premiação dos campeonatos de e-Sports.

Foi publicado pela Forbes um artigo em 2017, onde um grupo de advogados comentavam sobre a falta de legalidade a respeito do tema, principalmente em relação aos seguintes pontos: estrutura regulatória; questões sobre apostas; investimentos nas atividades; publicidade; propriedade intelectual; stream; vistos imigratórios; contratos dos atletas; arenas e seus equipamentos; e os benefícios em relação a universidades.

Segundo os especialistas, as questões levantadas no artigo deveriam ser analisadas pelo corpo legislativo, para que o **e-Sport** se estabeleça e consiga assim o desenvolvimento como as atividades esportivas em geral.

O jogador de videogame profissional assalariado competitivo é definido como qualquer pessoa cuja atividade paga é a participação em competições de videogame em um link de Subordinação legal a uma associação ou empresa aprovado pelo ministro responsável pela tecnologia digital. Assim, o país francês passou a reconhecer e desenvolver o esporte eletrônico, bem como fornecer um quadro legal para suas competições, como informa Leandro Zilli Bertolini.¹²²

BRASIL

Na esfera do legislativo brasileiro, encontra-se atualmente em trâmite no **Congresso Nacional** o Projeto de Lei nº 3.450/2015, de autoria do Deputado Federal João Henrique Holanda Caldas (PSB/AL), visando alterar o art. 3º da Lei Federal nº 9.615/1998, acrescentando-lhe o inciso V, que se for aprovado, irá dispor a seguinte redação:

"Art. 3º: O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações: V - Desporto virtual, assim entendido jogos eletrônicos transcorridos individual ou coletivamente, contra a máquina ou em rede, como também a competição entre profissionais e amadores do gênero."Fonte: *Desafios Jurídicos e Regulatórios do E-Sport no Brasil*, <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/desafios-juridicos-e-regulatorios-do-e-sport-no-brasil/1245656807>. ("Desafios Jurídicos e Regulatórios do E-Sport no Brasil")

Posteriormente, por determinação regimental, foi apensada a essa proposição legislativa o Projeto de Lei nº 7.747, de 2017, de autoria da Deputada Mariana Carvalho, que "institui o esporte virtual".

Apesar de a **Comissão de Esporte (CESPO)** emitiu parecer em dezembro de 2019, optando pela rejeição das propostas de lei mencionadas, sob a justificativa de que as entidades de administração do desporto possuem autonomia constitucional, prevista no art.217, inciso I, da Carta Magna, e que, portanto, são os órgãos responsáveis pela organização e regulamentos de suas modalidades, não cabendo, assim, ao Poder Legislativo referida normatização.

A Comissão de Esporte (CESPO) não nega a importância da categoria em plena ascensão, contudo, entendem que os jogos eletrônicos não estão contemplados na definição de “esporte”

O Projeto de Lei nº 383/2017 ainda está em análise e já teve três emendas desde o despacho inicial, além disto, a PL foi aprovada pelas demais Comissões de: Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) e na Comissão de Educação, Cultura e Esporte (CE).

A regulamentação do **e-Sport** em território nacional ainda encontra resistência no Poder Legislativo, em especial na Câmara dos Deputados. Jogadores, times e empresas desenvolvedoras de *games* temem que a atual redação da proposta trave o crescimento do setor e isole o Brasil nas competições internacionais, o que já vem acontecendo com alguns pró players.

Inclusive, fala recente da Ministra do Esporte manifestou-se contrariamente ao reconhecimento do *e-sport* como modalidade esportiva:

A ministra do Esporte, Ana Moser, disse em entrevista que os esportes eletrônicos, conhecidos como eSports, não devem ser considerados esportes, portanto não devem receber investimento. A afirmação foi dada em entrevista para o UOL. A ministra disse que, apesar dos atletas de esports terem uma rotina de treinos, “a Ivete Sangalo treina para dar show e ela não é uma atleta da música”. Fonte: <https://olhardigital.com.br/2023/01/12/pro/ana-moser-diz-que-esports-nao-e-esporte-declaracao-gera-polemica/>

A ministra alegou que “o jogo eletrônico não é previsível” e, devido a isso não pode ser considerado uma modalidade esportiva. “Ele é desenhado por uma programação digital.”

Este posicionamento utilizado pela ministra vai em sentido contrário ao de outros países, como por exemplo a França. Onde o presidente francês, Emmanuel Macron, manifestou em querer que os esports façam parte dos Jogos Olímpicos de 2024, jogos estes que haverão de serem celebrados em Paris. Ademais os Estados Unidos já concedem vistos de atletas para praticantes profissionais de esportes eletrônicos desde 2013.

“Se você leu a matéria para além da chamada, você pode ver que são medidas interministeriais. Qual o sentido de usar o Ministério do Esporte como protagonista nesse tema? Qual a questão de sedentarismo e saúde pública que a França tem para resolver? E no Brasil, qual a prioridade? [...] Minha posição é pela ação intersetorial, exatamente como colocado na reportagem em questão, exatamente como está sendo feito na França”. Fonte: <https://www.uol.com.br/esporte/ultimas-noticias/2023/01/18/ana-moser-defende-acao-intersetorial-para-investir-em-esports.htm>

O esport no Brasil não é reconhecido como esporte. Houve uma avaliação do Ministério do Esporte há uns oito anos. Eu acompanhei uma parte, fazia parte do conselho. Mas, na decisão, eu não fazia mais parte. Hoje, efetivamente, não é esporte. Isso é um processo que independe de mim. Dentro do fenômeno, a área esportiva tem um formato que tem a questão do movimento - iniciou.

- O esporte é movimento. É isso é um fenômeno biopsicossocial. E o bio é muito importante. Como fenômeno científico, biológico, ele tem o movimento. Como fenômeno social, a competição ela pode, num primeiro momento, achar que ela caracteriza como esporte. Mas a competição por si só não denota movimento em esports. É uma discussão que envolve muita coisa. Ela tem de ser feita. Politicamente, você pode tomar qualquer decisão - Ana Moser ainda falou sobre o sistema o Esports Series 2023, evento organizado pelo Comitê Olímpico Internacional e que será realizado em Singapura entre os dias 22 e 25 de junho. Para ela, a iniciativa se justifica por abordar esportes que simulam esportes tradicionais e que simulam atividades físicas, excluindo jogos de tiro ou que simulam realidades alternativas.

- Pelo o que conheço sistema do Comitê Olímpico, esse festival (organizado pelo COI) é muito em cima dos simuladores. E não desses jogos eletrônicos que tenham as competições pelas características de tiro, bomba, que não dizem muito sobre o que é o espírito olímpico. Essa é a restrição que o sistema olímpico coloca. E que é refletido pelo Comitê Olímpico nacional (COB). Existe uma estrutura de como se lida com esporte eletrônico pelo sistema olímpico. concluiu. Fonte: <https://www.lance.com.br/fora-de-campo/ana-moser-reafirma-que-esport-nao-e-esporte-e-pondera-evento-do-coi-sem-tiro-e-bomba.html>

Vale mencionar que arquearia ou o propriamente dito "tiro com arco e flecha, Golfe e Tiro. Essas três modalidades ESPORTIVAS estão inseridas nos jogos Olímpicos e não se baseiam no movimento, mas tem o seu foco na precisão. Além disso, há várias modalidades como por exemplo o Hipismo onde os praticantes tanto ser humano quanto o equino tendem de estar em perfeita harmonia para vencer, como a já mencionada arquearia vão contra os argumentos da ministra, pois como visto nem todo esporte depende que seu atleta esteja freneticamente em movimento.

O Estado, o homem estão em contínua evolução. Podendo ficar facilmente ultrapassado devido a inquietação e porventura deixar de atender os anseios sociais, no mesmo compasso, o Direito, enquanto matéria social, deve se manter ativo e em permanente processo de atualização.

Nunca o tridimensionalismo de Miguel Reale foi tão atual. A Sociedade no geral cria constantemente valores sedo estes de natureza positiva e negativa de fatores externos, onde novas normas que fazem florescer os chamados novos direitos, que têm uma relação direta com os novos estilos de vida. Tendo assim de fato o e-sports o próximo passo evolutivo onde as normas devem oferecer todo amparo a essa nova prática tão difundida pela sociedade atual. Onde a comunidade internacional vem aos poucos reconhecendo o E-sports como esporte devido a vários fatores como desenvolvimento intelectual de táticas em equipes, porém em ambiente virtual, e os altos níveis de treinamento devido as competições extremamente acirradas onde um simples deslize pode resultar me K.O (fim de partida) assim como em outros esportes como no basquete por exemplo onde uma sexta de 3 pontos em seus instantes finais pode consagrar uma equipe com a vitória.

Ademais CF determinou que o Estado fomentasse todas as práticas desportivas. Mas como a sociedade por estar em constante evolução o que faz com que os e-sports venham a ser amparados

pelo estado. art 217“É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados”

CONTRATOS

Já são aplicados diversos institutos da legislação esportiva nas relações jurídicas no meio do esporte eletrônico brasileiro. Por se tratar de competições, as ferramentas jus-desportivas se adequam às necessidades dos clubes, atletas e demais stakeholders do mercado esportivo eletrônico. O uso mais notório da legislação desportiva se dá na relação entre clubes e atletas, que utilizam do Contrato Especial de Trabalho Desportivo para pactuar sua relação profissional. Inclusive, em negociação com a ABCDE (Associação Brasileira de Clubes de Esporte Eletrônico) no início de 2017, a Riot Games passou a exigir que houvesse a celebração dessa espécie de contrato para a inscrição do atleta em sua principal competição, o CBLOL (Campeonato Brasileiro de League of Legends). fonte: <https://leiemcampo.com.br/contrato-de-trabalho-de-cyber-atleta/>

E infelizmente até o presente dia, não existe associação ou sindicato de *cyber* atletas que defenda os interesses dessa tão promissora classe e ascensão.

REFERENCIAL TEORICO

<https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/09/world-cup-2020-de-fortnite-cancelada-relembre-destaques-de-2019-esports.ghtml>

<https://manualdosgames.com/alemanha-reconhece-e-sports-como-esporte/>.

<HTTPS://WWW.OUTERSPACE.COM.BR/RETROSPACE/MATERIAS/CONSOLES/HISTORIADO SCONSOLES3.HTM>

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025514>

<https://leiemcampo.com.br/contrato-de-trabalho-de-cyber-atleta/>

JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10647364/artigo-217-da-constituicao-federal-de-1988>

<https://www.lance.com.br/fora-de-campo/ana-moser-reafirma-que-esport-nao-e-esporte-e-pondera-evento-do-coi-sem-tiro-e-bomba.html>

<https://www.uol.com.br/esporte/ultimas-noticias/2023/01/18/ana-moser-defende-acao-intersectorial-para-investir-em-esports.htm>

<https://olhardigital.com.br/2023/01/12/pro/ana-moser-diz-que-esports-nao-e-esporte-declaracao-gera-polemica/>

("Constituição - Título VIII | Política | G1")

Capcom-Unity - Brasil, <http://www.capcom-unity.com.br/2013/09/11/resultados-do-treta-championship-aftermath/>.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO NO CASO DE VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS

CAIO MATHEUS CINTRA MOREIRA:
Graduando em Direito, Assistente Jurídico na Manhattan Prime Agentes Autônomos de Investimentos LTDA.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo principal analisar a responsabilidade civil dos agentes de tratamento ao realizar o tratamento dos dados pessoais dos titulares de dados. Atualmente, vazamentos de dados pessoais têm acontecido com frequência, seja por falhas em sistemas, envios de e-mails para os destinatários errados ou até mesmo ataques de hackers, o que faz com que todas as pessoas fiquem pensando em quem será responsabilizado por possíveis danos que venha a ocorrer em detrimento deste incidente de segurança. Para elaborar o principal meio de estudo foi a Lei 13.709/2018 Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, lei de privacidade de proteção de dados brasileira criada com base na *General Data Protection Regulation*, do inglês, GDPR, entendendo assim, que a LGPD foi elaborada para servir como liga entre os demais dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que abordam os temas de privacidade e proteção de dados.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados, Vazamento de dados, Responsabilidade Civil, Dano, Privacidade e Proteção de Dados.

Abstract: The main purpose of this paper is to analyze the civil liability of data processors when processing the personal data of data subjects. Currently, leaks of personal data have happened frequently, either by failures in systems, sending emails to the wrong recipients or even hacking attacks, which makes everyone wonder who will be held responsible for possible damage that may occur as a result of this security incident. To elaborate the main means of study was the Law 13.709/2018 General Law of Data Protection - LGPD, Brazilian data protection privacy law created based on the General Data Protection Regulation, GDPR, thus understanding that the LGPD was designed to serve as a link between the other devices present in the Brazilian legal system that address the issues of privacy and data protection.

Keywords: General Data Protection Law, Data Leaking, Civil Liability, Damage, Privacy and Data Protection.

1 Introdução

Com o avanço da tecnologia, novos meios de realização de negócios e a facilitação da convivência humana mediante o desenvolvimento da humanidade, os dados pessoais passaram a se tornar cada vez mais utilizados para realização de tarefas simples do dia a dia, como por exemplo, no cadastramento em uma rede social, na qual é possível realizar o cadastro mediante a utilização de um plataforma já cadastrada para realização do cadastro nesta nova plataforma.

Deste modo, surgiu a necessidade de uma regularização para que o titular dos dados pessoais fosse mais protegido nesta relação entre pessoa física e pessoa jurídica, na qual, na maioria das vezes, a pessoa física é o lado mais fraco, uma vez que as legislações já existentes não davam respaldo necessário ao titular de dados de forma concreta e segura, deixando sempre margem para interpretação, resultando em uma possível irresponsabilidade do agente de tratamento.

Tem-se que dados pessoais são apenas os dados cadastrais que as pessoas possuem, como é o caso do RG e CPF. A grande maioria das pessoas se preocupam quase que exclusivamente com o vazamento desses tipos de dados pessoais, quando na verdade dados pessoais vão muito além disso.

Dados pessoais é toda informação que identifique ou torne uma pessoa identificável, deste modo, é muito mais abrangente do que se tem ideia, indo muito além do nome, RG e CPF do titular dos dados.

A Lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, é a lei brasileira que trata a respeito de privacidade e proteção de dados, sendo assim, esta lei em conjunto com os demais ordenamento jurídicos pertinentes regerão a responsabilidade dos agentes de tratamento, não só no caso de vazamento de dados pessoais, como também a respeito de qualquer assunto que aborda o tratamento de dados pessoais, sendo que tratamento corresponde à coleta, utilização, armazenamento e descarte desses dados.

Tanto o Código Civil, quanto o Código de Defesa do Consumidor possuem dispositivos de modo a proteger a privacidade do titular de dados, conseqüentemente, é de extrema importância que os mecanismos de reparação previstos na LGPD não sejam analisados separadamente das demais legislações brasileiras, devendo ser utilizadas em conjunto para um respaldo melhor no que tange a segurança do titular dos dados.

2 Lei Geral De Proteção De Dados

A Lei 13.079/20018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é a lei que trata a respeito de como se deve ocorrer o tratamento dos dados pessoais das pessoas físicas, a qual na maioria das vezes é a parte mais vulnerável de uma relação.

A LGPD possui como foco a criação de um cenário seguro para o titular dos dados, com uma padronização de como deve ocorrer o tratamento dos dados pessoais com o intuito de que o cidadão brasileiro tenha como recorrer no caso de algum incidente envolvendo seus dados pessoais.

A lei categoriza dados pessoais como sendo qualquer informação que identifique ou torne uma pessoa identificável; dados sensíveis como sendo qualquer dado pessoal que possa causar discriminação, como por exemplo dados pessoais sobre etnia, opinião política, vida sexual ou biometria; dados anonimizados correspondem aos dados nos quais não são possíveis identificar o titular, estes podem ser quaisquer dados pessoais, sendo o importante não ser possível identificar o titular em meio aos outros, contudo, há informações, que aparentemente, não seria considerado dados pessoal, é possível identificar o titular no meio dos demais titulares, como por exemplo uma tatuagem, uma tatuagem, caso seja possível identificar a pessoa tatuada passa a ser um dado pessoal e deixa de ser dados anonimizados, contudo, se houver mais de uma pessoa com a mesma tatuagem, não sendo possível sua identificação, este dado será anonimizado, ou seja, o caráter de anonimização pode ser personalíssimo, no qual pode identificar uma pessoa uma pessoa famosa, como uma celebridade, um ótimo exemplo é o lutador de artes marciais mistas (MMA) Conor McGregor, que pode ser reconhecido apenas por sua tatuagem de gorila no peito; e dados de crianças e adolescentes, explicando como se deve ocorrer o tratamento de cada tipo de dados, uma vez que devem ser tratados de formas diferentes em razão de sua categorização diferenciada⁷⁶.

De acordo com esta categorização dos dados pessoais alguns dados demandam uma um cuidado maior no tratamento do que outros em razão de sua potencialidade lesiva em detrimento aos demais dados pessoais⁷⁷. Isto diz respeito aos dados pessoais sensíveis que são dados pessoais mais perigoso e que podem causar um dano maior ao titular de

⁷⁶Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; [...]" (BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022).

⁷⁷MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 493. E-book. ISBN 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 31 out. 2022.

dados, como por exemplo os dados biométricos que com acesso a eles é possível realizar transações bancárias e demais golpes.

2.1 Elaboração Legislativa

A LGPD foi elaborada com o intuito de proporcionar um maior controle ao cidadão brasileiro sobre seus dados pessoais. Com a chegada da Indústria 4.0, ou 4ª Revolução Industrial, sendo conhecida como Revolução Digital, os dados pessoais passaram a ser a nova moeda de troca entre as grandes empresas e os cidadãos.

A 4ª Revolução Industrial engloba inovações tecnológicas em campos como automação e tecnologia da informação, sendo um exemplo os carros autônomos. Estes dispositivos tecnológicos autônomos fazem coleta de dados pessoais, como localização, deste modo, surge a LGPD para proteger o titular dos dados das grandes empresas detentoras dos dados, impondo regras para a realização de coleta e tratamento dos dados pessoais dos titulares, uma vez que conforme um ditado popular “se não um valor, você é o produto”, sendo o ser humano detentor de dados pessoais o novo produto para as grandes empresas.

Antes mesmo de se imaginar a elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, (CDC) abordava vagamente o que viria a ser considerado posteriormente como direito do titular de dados em relação à sua privacidade e seus dados. Em seu artigo 4378 o consumidor terá o direito ao acesso às suas informações existentes em cadastro e fichas de registros pessoais, ou seja, muito anteriormente à elaboração da LGPD já se pensava em dar direito ao cidadão de conhecer quais informações as empresas e fornecedores têm sobre si.

Após o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, Lei nº 10.406 (CC) se aproxima do tema com a delimitação dos direitos da personalidade, servindo também como base para proteção de dados, porém nada muito profundo, uma vez que era impossível de imaginar a amplitude que teríamos hoje em dia. Entretanto, apenas em 2014 com o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, é que ocorre a real proteção de dados para o titular dos dados pessoais.

O Marco Civil da Internet é a norma legal que consiste como uma “Constituição da Internet”, deixando de lado a ideia de que a internet é uma terra sem lei. Um dos pilares do Marco Civil da Internet é a privacidade para proteger os dados pessoais dos usuários

78”Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes” (BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022).

da internet, exigindo o seu consentimento expresso para qualquer operação que venha a ser realizada com os dados pessoais das pessoas que estão navegando. Todavia, o Marco Civil da Internet é uma lei principiológica, isso quer dizer que ocorre a apresentação dos direitos, porém, sem regulamentá-los de forma específica.

Conforme citada anteriormente, a LGPD foi elaborada com o intuito de proporcionar ao cidadão brasileiro um maior controle sobre seus dados pessoais, assim como remover as empresas que realizam o tratamento dos dados pessoais do polo mais forte da relação entre titular dos dados e agentes de tratamento. A LGPD impõe aos agentes de tratamento de dados pessoais diversas obrigações legislativas para que o tratamento de dados seja permitido, como é o caso do consentimento do titular, tema que será abordado mais adiante.

Antes da elaboração da LGPD havia apenas o Marco Civil da Internet como legislação que protegia os titulares de dados, entretanto, por não se tratar de uma lei que versa sobre dados pessoais, não protegia o titular dos dados de forma significativa, uma vez que tratava os temas de forma muito ampla. Em seu artigo 7º, inciso VIII⁷⁹, e o artigo 16⁸⁰ do Marco Civil da Internet prevê que é direito do cidadão ter informações claras a respeito de como ocorre a coleta, armazenamento e tratamento dos dados pessoais.

A LGPD modifica tanto o artigo 7º quanto o artigo 16 do Marco Civil da Internet. O artigo 7º diz a respeito do direito do titular de saber como ocorrer o tratamento de seus dados e quais dados são armazenados pelos agentes de tratamento, impondo aos agentes de tratamento que se obtenha o consentimento dos titulares de dados, ficando vedado o tratamento de dados pessoais sem o consentimento dos titulares, assim como o tratamento com finalidade diversa do que foi informado ao titular dos dados no momento da coleta dos dados pessoais.

79"Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:" (BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022).

80"Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda: I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular, exceto nas hipóteses previstas na Lei que dispõe sobre a proteção de dados pessoais" (Ibidem, art. 16).

2.2 Relação Da LGPD Com A General Data Protection Regulation – GDPR

A *GENERAL DATA PROTECTION REGULATION – GDPR* (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) rege a proteção de dados na União Europeia, servindo como modelo para a elaboração da lei de proteção de dados vigente no Brasil, a LGPD.

Elaborada a partir da necessidade de regulamentação do princípio da privacidade, teve como base a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, na qual reconhece os valores de privacidade individual e familiar, assim como a liberdade de informação, opinião e expressão, sendo a matriz de todas as legislações referente a dados pessoais. Continuando esse processo houve a Convenção Europeia de Direitos Humanos, fundada nos mesmos valores da Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos possuiu disposições em sentido da Declaração Universal de Direitos Humanos em relação a proteção da vida privada e familiar em relação ao direito de informação do cidadão.

Em 1979, alguns países da União Europeia iniciaram a implementação de leis nacionais a respeito de privacidade, entre eles Dinamarca, França, Alemanha, Luxemburgo e Noruega. Um ano após, em 1980, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OECD, expediu diretrizes a respeito da proteção da privacidade e fluxo internacional de dados pessoais, sendo este um passo de extrema importância em direção a elaboração das primeiras legislações de privacidade e proteção de dados pessoais.

Posteriormente, em 1981, houve a Convenção 108, tendo como tema a consolidação das resoluções 72/22 e 74/29, sendo proposta pelo Conselho da Europa para a proteção dos titulares em relação ao processamento automáticos dos dados pessoais, sendo aberto tanto para membros da União Europeia quanto para não membros.

Por fim, em 1995, foi expedida a Diretiva 95/46/CE em razão da não abrangência completa da Convenção 108 a respeito da proteção a privacidade do cidadão, tendo sido a principal legislação sobre o tema privacidade e proteção de dados pessoais em mais de 20 anos⁸¹.

A GDPR foi elaborada nesse contexto, contexto da necessidade de determinar a privacidade e proteção dos dados pessoais dos cidadãos em razão do seu caráter de fragilidade em relação às grandes empresas que realizariam o tratamento dos dados, conforme exposto por Viviane Nóbrega Maldonado e Renato Opice Blum:

⁸¹MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD**: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21.

[...] substituindo a Diretiva 95/46/CE, bem como leis e regulações nacionais nela baseadas. Diferentemente da Diretiva, a Regulação é autoaplicável e não requer a aprovação de leis nacionais compatíveis com suas determinações. Seu objetivo é eliminar inconsistências em leis nacionais, ampliar o escopo de proteção à privacidade e modernizar a legislação para desafios tecnológicos, econômicos e políticos atuais, com aqueles decorrentes do advento da internet⁸².

A partir da elaboração da GDPR a elaboração da LGPD começou a tomar forma, uma vez que teve como base a lei europeia. A primeira semelhança é em relação aos seus princípios em razão da LGPD, assim como a GDPR, também prever a necessidade do consentimento do titular para que ocorra o tratamento dos dados pessoais por parte dos agentes de tratamento, tendo essa legislação o objetivo de proteger informações e dados pessoais como: cookies; informações pessoais dos titulares; e-mail; endereço de IP; dados biométricos e diversos outros.

Além do princípio do consentimento, a LGPD se assemelha à GDPR em relação a necessidade de transparência com o titular dos dados pessoais, previsto em seu artigo 13^o⁸³, assim como o princípio da limitação da finalidade para o tratamento dos dados

⁸²Ibidem.

⁸³Artigo 13º - Informações a facultar quando os dados pessoais são recolhidos junto do titular - 1. Quando os dados pessoais forem recolhidos junto do titular, o responsável pelo tratamento facultar-lhe, aquando da recolha desses dados pessoais, as seguintes informações: a) A identidade e os contatos do responsável pelo tratamento e, se for caso disso, do seu representante; b) Os contatos do encarregado da proteção de dados, se for caso disso; c) As finalidades do tratamento a que os dados pessoais se destinam, bem como o fundamento jurídico para o tratamento; d) Se o tratamento dos dados se basear no artigo 6.º, n.º 1, alínea f), os interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de um terceiro; e) Os destinatários ou categorias de destinatários dos dados pessoais, se os houver; f) Se for caso disso, o fato de o responsável pelo tratamento tencionar transferir dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional, e a existência ou não de uma decisão de adequação adotada pela Comissão ou, no caso das transferências mencionadas nos artigos 46.º ou 47.º, ou no artigo 49.º, n.º 1, segundo parágrafo, a referência às garantias apropriadas ou adequadas e aos meios de obter cópia das mesmas, ou onde foram disponibilizadas. 2. Para além das informações referidas no n.º 1, aquando da recolha dos dados pessoais, o responsável pelo tratamento fornece ao titular as seguintes informações adicionais, necessárias para garantir um tratamento equitativo e transparente: a) Prazo de conservação dos dados pessoais ou, se não for possível, os critérios usados para definir esse prazo; b) A existência do direito de solicitar ao responsável pelo tratamento acesso aos dados pessoais que lhe digam respeito, bem como a sua retificação ou o seu apagamento, e a limitação do tratamento no que disser respeito ao titular dos dados, ou do direito de se opor ao tratamento, bem como do direito à portabilidade dos dados; c) Se o tratamento dos dados se basear no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou no artigo 9.º, n.º 2, alínea a), a existência do direito de retirar consentimento em qualquer altura, sem comprometer a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado; d) O direito de apresentar reclamação a uma

personais, impondo um limite ao controlador para a realização do tratamento dos dados pessoais o titular.

Contudo, apesar das semelhanças, a legislação brasileira e a europeia possuem algumas diferenças, uma delas é em relação quantidade de princípios e bases legais. A primeira diferença entre as duas legislações é a respeito dos princípios, enquanto a LGPD possui 10 (dez) princípios de tratamento e privacidade, a GDPR possui apenas 9 (nove) princípios. Outra diferença é em relação às bases legais para justificar o tratamento de dados pessoais, enquanto a LGPD possui 10 (dez) bases legais, a GDPR possui apenas 6 (seis) bases legais. Outra diferença significativa entre ambas as legislações é a respeito do prazo para comunicação com a autoridade de dados no caso de incidente, no caso da GDPR essa comunicação deverá ocorrer dentro do prazo de 72 (setenta e duas) horas, enquanto a LGPD prevê em seu artigo 48, §1º 84 que a comunicação deverá ser feita em prazo razoável, sendo a expressão, prazo razoável, algo indeterminado.

Em outras palavras, a GDPR seria a “mãe” da LGPD, sendo a vanguarda da Lei Geral de Proteção de Dados, entretanto possui algumas diferenças entre elas.

3 Tratamento Dos Dados Pessoais

autoridade de controlo; e) Se a comunicação de dados pessoais constitui ou não uma obrigação legal ou contratual, ou um requisito necessário para celebrar um contrato, bem como se o titular está obrigado a fornecer os dados pessoais e as eventuais consequências de não fornecer esses dados; f) A existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.º 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados. 3. Quando o responsável pelos tratamentos pessoais tiver a intenção de proceder ao tratamento posterior dos dados pessoais para um fim que não seja aquele para o qual os dados tenham sido recolhidos, antes desse tratamento o responsável fornece ao titular dos dados informações sobre esse fim e quaisquer outras informações pertinentes, nos termos do n.º 2. 4. Os n.º 1, 2 e 3 não se aplicam quando e na medida em que o titular dos dados já tiver conhecimento das informações” (UNIÃO EUROPÉIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016**. Regulamento relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. EU, 25 mai. 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em 31. out. 2022).

84”Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

§1º A comunicação será feita em prazo razoável, conforme definido pela autoridade nacional, e deverá mencionar, no mínimo: [...]” (BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022).

A LGPD dispõe a respeito do tratamento de dados pessoais, seja por pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, tendo como objetivo a proteção dos direitos fundamentais do cidadão sobre a privacidade e proteção de dados pessoais de pessoas físicas⁸⁵, ou seja, a LGPD apenas se aplica sobre o tratamento de dados pessoais de pessoas naturais, como nome, CPF, e-mail e outros, não se aplicando aos dados de pessoas jurídicas, como CNPJ.

Conforme expõe a Dra. Cecilia Rezende Freitas, advogada especialista em Privacidade e Proteção de dados do escritório de advocacia Emerenciano, Baggio & Associados – Advogado, “Tratamento de dados é toda e qualquer atividade que se realiza utilizando dados pessoais, desde sua visualização até seu descarte”. Patrícia Peck, advogada, sócia-fundadora do escritório de advocacia Peck Advogados, escritório especialista em direito digital, incluindo privacidade e proteção de dados tratamento de dados, tratamento de dados é:

Toda operação realizada com algum tipo de manuseio de dados pessoais: coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, edição, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração⁸⁶.

Deste modo, se entende que praticamente todas as pessoas, independentemente de sua escolaridade ou atuação profissional realizam tratamento de dados pessoais, uma vez que apenas a visualização e escuta de informações que contém dados pessoais de pessoa física já caracteriza tratamento de dados pessoais.

O tratamento de dados pessoais é realizado pelos agentes de tratamento podendo ser um controlador, a gente que recebe os dados pessoais, ou por um operador de dados, quem é encarregado de realizar o tratamento dos dados pessoais⁸⁷.

O tratamento de dados pessoais é fiscalizado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD. A ANPD foi criada para dar mais segurança aos titulares de

85BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022.

86PECK, Patrícia. **Proteção de dados pessoais**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 34. E-book. ISBN 9788553613625. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613625/>. Acesso em: 31 out. 2022.

87PINHEIRO, Patrícia P. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2021, p. 16. E-book. ISBN 9786555595123. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595123/>. Acesso em: 29 out. 2022.

dados pessoais de modo a saberem que os agentes e tratamento não terão força para realizarem o tratamento dos dados pessoais da forma que bem desejarem, ou seja, a ANPD é o órgão responsável pela orientação a respeito da LGPD, tendo um papel de elo entre ao agentes de tratamento e o titular de dados pessoais. 88

Entretanto, conforme estipulado pelo Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado disponibilizado pela ANPD, não são considerados agente de tratamento, seja controlador ou operador, os indivíduos subordinados, sejam estes funcionários, servidores públicos ou equipes de trabalho de uma organização. Isto significa que um trabalho que é subordinado à empresa não pode ser considerado controlador ou operador de dados pessoais, mas sim a empresa que este é funcionário. 89

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos primórdios da humanidade não havia responsabilidade, o que existia nas antigas civilizações era apenas uma ideia de vingança, sendo o primeiro tipo de vingança a vingança coletiva, no qual um grupo se voltava contra o agressor motivados pela ofensa realizada a um de seus membros. "Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes."90

Com o passar do tempo a vingança realizada de modo coletivo deu lugar para a realizada de forma privada, sendo caracterizada por causar um dano posterior à parte que causou o dano originário, sendo utilizado como "lei" de responsabilidade civil o Código de Hamurabi, que consistia em causar a outrem o mesmo dano que me foi causado, dando origem a lei de Talião, a qual possui o famoso jargão "olho por olho, dente por dente".

A lei de Talião foi extremamente revolucionária, uma vez que colocou proporção na vingança privada, o que anteriormente era completamente desproporcional, limitando o dano que será causado a ser causado na mesma intensidade e similar ao dano original.

88Ibidem, p. 20-23.

89BRASIL. Autoridade Nacional de Tratamento de Dados Pessoais. **Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado**. Brasília, DF, mai. 2021, p. 10. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em 03 jun. 2022.

90DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2022, p. 14. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 29 out. 2022.

Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou.⁹¹

A vingança privada anterior à Talião não trazia nenhum tipo de benefício à sociedade, enfatizando apenas o desejo de retribuição da vítima, contudo, não era capaz de reparar a situação, apenas prejudicaria ambas as partes.

Após o período de Talião, seguiu a Lei das XII Tábuas, sendo criada no Império Romano, um momento em que a sociedade já reconhecia que havia uma figura de autoridade similar ao Estado nos dias atuais. Desta forma chegou-se à conclusão de que reparar o dano mediante prestação em pecúnia seria muito mais benéfico a ambas as partes, uma vez que a retaliação existente em razão da lei de Talião não era benéfica para nenhuma das partes, apenas causando um duplo dano às partes.

A responsabilidade não abrange apenas a responsabilidade civil, sendo também responsável pela responsabilidade penal. A responsabilidade penal consiste no agente cometer um ato ilícito no qual lesa os deveres de cidadão em relação a sociedade, resultando em um dano social, ou seja, infração de uma norma penal, sendo que a única forma de reparação é o cumprimento da pena imposta na lei aos sujeitos que a quebrarem, enquanto a responsabilidade civil é derivada de um dano a terceiro em situações que não ocorra a quebra de uma norma penal, conforme expõe Maria Helena Diniz.

Enquanto a responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social investigação da culpabilidade do agente ou o estabelecimento da antissociabilidade do seu procedimento, acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe for imposta pelo órgão judicante, tendendo, portanto, à punição, isto é, ao cumprimento da pena estabelecida na lei penal, a responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado.⁹²

⁹¹Ibidem.

⁹²DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2022, p. 18. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 29 out. 2022.

A responsabilidade civil decorre do dano à propriedade privada, isto significa que em razão de haver sido dano à propriedade privada é possível que as partes indenizem uma a outra. A parte causadora do dano tem a opção de reparar o dano que fez, quando é possível, ou indenizar a parte lesa mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro, sendo que em ambas as formas o prejuízo será compensado e não haverá mais o que se pedir em relação aos danos causados em razão do ato ilícito cometido pelo agente causador

Para Carlos Roberto Gonçalves, a palavra “responsabilidade” tem origem no latim *respondere*, o que dá fim a ideia de que seria uma segurança, uma garantia, de restituição da propriedade danificada, acaba-se com a certeza de compensação à parte lesada do que lhe foi danificado, contudo, nasce a obrigação de restituição e ressarcimento do mesmo⁹³. Para Caio Mario da Silva Pereira utiliza o conceito exposto por Giorgio Giorgi, no qual conceitua que responsabilidade civil com sendo a “obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem”⁹⁴.

Mediante as definições expostas, conforme ensinado por Maria Helena Diniz, entende-se que a responsabilidade civil tem como função garantir ao lesado segurança e o direito de ressarcimento do que lhe foi danificado em razão do ato ilícito de terceiros.

Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o statu quo ante. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da restitutio in integrum, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando assim, sua dignidade.⁹⁵

A responsabilidade civil, na maioria das vezes, no ordenamento brasileiro, deriva da culpa existente do ato do causador do dano, para haver responsabilidade civil é necessário que haja um nexo de causalidade somado com a ocorrência de um evento danoso, caso não haja um nexo de causalidade ou um evento danoso não haverá responsabilidade civil, podendo até mesmo configurar um mero ato de aborrecimento.

93PEREIRA, Caio Mario da S. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018, p. 12. E-book. ISBN 9788530980320. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 29 out. 2022.

94GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro** - responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2021. E-book. ISBN 9786555590500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 29 out. 2022.

95 DINIZ, Maria H., op. cit., p. 13.

Culpa é a falta da inobservância, do cuidado que seria demandado em determinada situação, em razão da negligência, imprudência ou imperícia. A negligência corresponde ocorre quando alguém deixa de tomar uma atitude que era esperada em razão da situação em questão, agindo com descuido, um exemplo é um policial que deixa uma arma carregada ao alcance de uma criança.

A imprudência deriva de uma ação precipitada, que ocorreu sem cautela, sendo o típico exemplo um motorista que dirige em alta velocidade e em detrimento desta atitude acaba atropelando um cidadão. Por fim, a imperícia decorre de uma falta de habilidade, falta de aptidão, e qualidade técnica, sendo um exemplo o médico que realiza uma cirurgia plástica sem ter o conhecimento necessário para tal.

No âmbito civilista existem dois tipos de prejuízos que um sujeito pode causar a outro, sendo estes o dano material e o dano moral. O dano material, como o próprio nome já menciona, é o dano causado aos bens materiais de outrem, desta forma o ato danoso, sendo um ótimo exemplo uma batida entre dois ou mais veículos. Um dos motoristas comete um ato de negligência, imprudência ou imperícia, e esta ação resultou no mesmo colidindo com o carro que está a sua frente. Deste modo, por haver nexo de causalidade somado com o dano causado a terceiro, houve dano material, devendo o causador reparar a vítima por danificar seu patrimônio.

Enquanto o dano material causa dano ao patrimônio alheio, o dano moral é totalmente ao contrário. Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação⁹⁶.

Ainda, Orlando Gomes define que a expressão “dano moral” somente deve ser utilizada quando não há relação com âmbito patrimonial, uma vez que ao envolver patrimônio não se caracteriza mais dano moral, mas sim dano matéria:

Para Orlando Gomes, “a expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências

⁹⁶GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro** - responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2021, p. 154. E-book. ISBN 9786555590500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 29 out. 2022.

de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial” (Obrigações, n. 195, p. 332 apud GONÇALVES, 2021, p. 159).⁹⁷

O dano moral deve ser reparado de forma proporcional ao agravo, isto é, deve-se buscar que reparação no limite em que o dano foi causado. A própria Constituição Federal assegura à vítima o direito de indenização em razão da ocorrência do ato ilícito, seja este moral ou material⁹⁸.

Deste modo, conforme ensina Sérgio Cavalieri:

Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, *dano moral* é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma.⁹⁹

O código civil traz em seu artigo 927 que aquele que violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a repará-lo, e ao se falar em matéria de direito civil a reparação é sempre monetária. Por se tratar de uma sociedade capitalista, o dinheiro faz a economia girar, desta forma, o modo mais “justo” de se reparar alguém é uma reparação pecuniária, sendo esta proporcional ao prejuízo causado pelo autor do dano, não tendo necessariamente que haver dolo, sendo a culpa, muitas vezes o suficiente para gerar a necessidade de reparação à vítima.¹⁰⁰

⁹⁷Ibidem.

⁹⁸“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; [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

⁹⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2011, p. 127. E-book. ISBN 9786559770823. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

¹⁰⁰“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

Após estes dispositivos fica claro que frustração e mero aborrecimento não se caracterizam como dano moral, uma vez que fazem parte do cotidiano do ser humano e não são duradouras a ponto de abalar substancialmente o equilíbrio psicológico do sujeito. Assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”) na não configuração de danos morais ao julgar uma apelação na qual o apelante pleiteava indenização de danos morais pela cobrança em duplicidade da quantia de R\$ 45,33 (quarenta e cinco reais e trinta e três centavos) e demora do estorno do valor pago. Os julgadores entenderam que, apesar de haver a duplicidade do pagamento e ter ocorrido a demora da devolução do valor pago em duplicidade, o apelante não faz jus a indenização em razão de meros dissabores e aborrecimento não configurarem lesão moral.¹⁰¹

4.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

A teoria clássica da responsabilidade civil era denominada “teoria da culpa” em razão de seu caráter obrigatório para configuração de responsabilidade civil, sendo esta nomeada como responsabilidade subjetiva, uma vez que a responsabilização em detrimento do dano não é algo certo de que acontecerá.

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.¹⁰²

A configuração da culpa, no caso da responsabilidade subjetiva, ocorre mediante uma ação de negligência, imprudência ou imperícia do agente, devendo o causador do ato

¹⁰¹“Apelação Cível. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Apelo do autor. Cobrança em duplicidade por compra realizada em supermercado. O mero dissabor e o inegável aborrecimento vivenciados pela cobrança em duplicidade da quantia de apenas R\$ 45,33 e a demora no estorno não se confundem com lesão moral indenizável. Não verificada a ocorrência de abalo moral intensamente desgastante sujeito à indenização pretendida. Danos morais não evidenciados. Apelação não provida” (TJSP. Apelação Cível 1001358-07.2019.8.26.0005. Relator (a): Moraes Pucci. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 31 out. 2022. Data de Registro: 31 out. 2022).

¹⁰²GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

ilícito indenizar a vítima, mesmo que o dano tenha ocorrido exclusivamente de caráter moral.

A responsabilidade civil subjetiva está completamente ligada a existência ou não da culpa no sentido *lato sensu*, quando comprovada a culpa do causador do agente, o fato passa a ser um fato de caráter indenizatório, devendo ser indenizado monetariamente, sendo assim, o agente só deverá indenizar a vítima se for comprovado que o mesmo agiu com culpa ou dolo no fato causador do dano.

O artigo 186 do Código Civil que o sujeito que causar dano a alguém, seja por negligência, imprudência ou imperícia está cometendo ato ilícito, e ao cometer ato ilícito este deve reparar o sujeito que sofreu o dano, mesmo que este seja exclusivamente de caráter moral.¹⁰³

O código Civil, apesar de haver diversas situações que abordam a responsabilidade civil como objetiva, fixou-se como regra a utilização da responsabilidade civil subjetiva. Caio Mário da Silva Pereira, traz esse conceito da seguinte forma:

[...] o Código Civil, ao mesmo tempo que edita a regra geral da reparação, indica o seu fundamento. O art. 1.382 visa a “qualquer fato do homem como suscetível de acarretar uma responsabilidade”, mas acrescenta que somente é obrigado aquele por cuja culpa o dano aconteceu. Resumindo numa frase o conceito, sentencia: “É a culpa que é a fonte da responsabilidade”.¹⁰⁴

Carlos Roberto Gonçalves vai no mesmo caminho supracitado por Caio Mario da Silva Pereira:

O Código Civil brasileiro filiou-se à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Espínola, ao comentar o dispositivo correspondente a este no Código Civil de 1916, teve estas palavras: “O Código, obedecendo à tradição do nosso direito e à

¹⁰³Art. 186. 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. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

¹⁰⁴PLANIOL; RIPERT; BOULANGER, 1946, *apud* PEREIRA, Caio Mario da S. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018, p. 41. E-book. ISBN 9788530980320. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

orientação das legislações estrangeiras, ainda as mais recentes, abraçou, em princípio, o sistema da responsabilidade subjetiva”.¹⁰⁵

4.2 Responsabilidade Civil Objetiva

Enquanto a responsabilidade civil subjetiva precede na necessidade de existência de culpa do agente, o código civil também traz a responsabilidade legal, que também é denominada como responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva é a ocorrência da existência de responsabilidade mesmo sem a existência de culpa ou dolo, deste modo, de acordo com a teoria da responsabilidade civil objetiva, todo dano, independentemente da existência de culpa deve ser indenizável, devendo ser reparado pelo agente que está ligado ao dano em razão da existência de nexo de causalidade.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.

A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade, entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar quem não tenha dado causa ao evento.¹⁰⁶

Maria Helena Diniz ainda complementa o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves a respeito da ausência de culpa na responsabilidade civil objetiva: “Hoje, pelos arts. 932, I a III, 933, 734 e 750, tais pessoas, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados por terceiros, consagrando-se a responsabilidade civil objetiva.”¹⁰⁷

A responsabilidade objetiva é muito utilizada nas relações de negócios e de consumo, sendo um grande exemplo disso a relação entre as instituições financeiras e os clientes. As instituições financeiras, em razão de sua força e da atividade que exercem, são

¹⁰⁵GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 33. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁰⁶Ibidem, p. 32.

¹⁰⁷DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2022, p. 15. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

responsáveis objetivamente pelos danos que são gerados em razão de um caso fortuito interno, como fraudes e outros delitos que são praticados por terceiros. Neste caso de relação de consumo, caso houvesse apenas a responsabilidade civil subjetiva, os consumidores nunca seriam indenizados nos casos de fraudes, em razão da não existência de culpa ou dolo das instituições financeiras. Desta forma, a responsabilidade civil objetiva protege o consumidor, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”¹⁰⁸

O ponto central no que se refere à responsabilidade civil ser objetiva ou subjetiva não corresponde a qual tipo de responsabilidade civil se deve ou escolher, mas sim se deve utilizar os dois modos, conjugando-os e dinamizando-os, utilizando a responsabilidade civil subjetiva como norma, uma vez que o agente deve ser responsabilizado de acordo com a sua ação ou omissão, seja esta dolosamente ou culposamente. Contudo, a utilização da responsabilidade civil subjetiva como norma não exclui a utilidade da responsabilidade civil objetiva, a qual é mais utilizada à estrutura dos negócios.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD NO CASO DE VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS

A Lei Geral de Proteção de Dados, em comparação com demais legislações que abordam o tema de responsabilidade civil, é relativamente nova, uma vez que entrou em vigor parcialmente em 2018 e só em 2020 que entrou em vigência total. Deste modo, ainda há muita discussão sobre como se dá a responsabilidade na legislação em questão, uma vez que ainda não há um entendimento pacificado sobre o assunto.

A responsabilidade civil na LGPD é abordada desde o seu artigo 42 até o seu artigo 45. O caput de seu artigo 42 aborda a respeito da obrigação do controlador, ou operador, de indenizar o titular dos dados pessoais no caso de tratamento irregular dos seus dados pessoais.¹⁰⁹

O tratamento irregular de dados pessoais consiste em qualquer tratamento de dados que não esteja de acordo com o que é estipulado pela LGPD, como por exemplo

¹⁰⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 479**. Data de Julgamento: 27 jun. 2012, Dje 01 ago. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27479%27.num.&O=JT>. Acessado em: 29 out. 2022.

¹⁰⁹Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo” (BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022).

envio de e-mail marketing sem o consentimento do titular de dados, uma vez que envio de e-mail marketing demanda da utilização da base legal de consentimento do titular dos dados, conforme prevista no artigo 7º inciso II da LGPD. Outra situação de tratamento irregular de dados pessoais é utilizar os dados pessoais do titular para situação diversa da que foi informada ao mesmo, uma vez que o tratamento de dados pessoais foi justificado para uma finalidade, o controlador só pode realizar o tratamento dos dados para a finalidade informada para o titular, caso haja tratamento diverso do que foi informado ao titular está sendo realizado um tratamento de dados pessoais de forma irregular.

Ainda, no caso de tratamento irregular dos dados pessoais, causando danos ao titular dos dados pessoais, não responde apenas o controlador dos dados, o operador dos dados pessoais responde solidariamente pelos danos causados ao titular. Entretanto, o operador dos dados pessoais responde solidariamente apenas nas hipóteses de não seguir as obrigações da LGPD ou então não seguir as orientações estipuladas pelo controlador dos dados pessoais, situação em que o operador equipara-se a controlador, tendo assim, obrigação de solidária ao controlador na reparação dos danos causados ao titular. Da mesma forma ocorre no caso de controladores conjuntos, os controladores envolvidos no tratamento de dados que decorreu em dano ao titular dos dados pessoais responderão solidariamente aos danos causados, conforme previsto no artigo 42, incisos I e II, respectivamente, da LGPD.¹¹⁰

Nos casos citados acima, cabe ao titular dos dados o ônus prova, uma vez que o processo exigindo reparação dos danos é interposto pelo autor da ação, devendo informar os danos que sofreu e o tratamento irregular realizado pela empresa que figura no polo passivo da ação. Contudo, caso a produção da prova se torne muito onerosa para o autor ou houver hipossuficiência para a produção das provas, pode o juiz, no processo civil inverter o ônus da prova em favor do autor, cabendo ao polo passivo da ação provar que realizou o tratamento de dados pessoais de forma correta, conforme presente no parágrafo 2º do artigo 42 da LGPD.

¹¹⁰Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. [...]

§2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa” (BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022).

Contudo, há outras situações pelas quais, tanto o controlador quanto o operador, não serão responsabilizados pelos danos causados ao titular em virtude de tratamentos indevidos dos dados pessoais. Estas são as excludentes de responsabilidade previstas nos incisos do artigo 43 da LGPD. Há três situações de excludentes de responsabilidade previstas na LGPD: I) que não atende o tratamento de dados que lhe é atribuído; II) que embora tenha feito o tratamento de dados que lhe é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III) que o dano é decorrente de culpa exclusiva de terceiro. Segundo Bruno Mirage, essas excludentes de responsabilidade são hipóteses que rompem o nexo de causalidade entre o tratamento de dados e o dano sofrido, conforme inciso I e III do artigo 43, da LGPD, ou, excluem a ilicitude da conduta realizada pelo agente de tratamento, conforme inciso II do artigo 43, da LGPD.¹¹¹

No caso de vazamento de dados pessoais, assim como no caso de qualquer incidente de segurança, o controlador e operador dos dados pessoais deve agir conjuntamente para sanar o problema e diminuir a propagação dos dados ao titular. Vazamento de dados pessoais nem sempre é em detrimento de ação do irregular dos agentes de tratamento, entretanto, a maioria das situações envolvendo vazamento de dados pessoais acarretada de alguma falha do agente de tratamento, seja falha de seus sistemas de segurança ou até mesmo uma falha humana. De qualquer forma, conforme citado no início do trabalho em questão, para que haja caráter indenizatório é necessário que haja dano ao titular dos dados, ou seja, caso o vazamento de dados pessoais acarrete dano ao titular, este deverá ser indenizado proporcionalmente aos dados que lhe foram causados.

Um caso famoso de vazamento de dados pessoais ocorreu em setembro de 2022, no Brasil, o caso de vazamento de dados pessoais pelo Banco Central, no qual foram vazados mais de 130.000 (cento e trinta mil) chaves Pix, resultado de falhas nos sistemas de segurança do Banco Central. O Banco Central afirma que houve vazamento apenas de dados cadastrais, não sendo possível a movimentação de recursos do banco, contudo, chaves Pix são cadastradas com e-mail, telefone ou CPF do titular da conta, deste modo os titulares podem ter sofrido danos em razão deste vazamento. Caso em detrimento deste vazamento de dados pessoais o titular comece a receber dezenas de ligações diárias, este poderá exigir reparação em razão do dano que está sofrendo, devendo o controlador e/ou operador indenizá-lo, pois há nexo de causalidade entre o dano e o evento. Deste modo, mesmo comprovado vazamento de dados pessoais, caso não haja dano ao titular de dados, não há o que se falar em dever de indenização.

¹¹¹MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 497. E-book. ISBN 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

Sendo assim, percebe-se que a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais, via de regra, não é objetiva, isto é, para que o agente de tratamento seja responsabilizado pelo vazamento de seus dados pessoais é necessário que haja culpa, situação decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, conjuntamente com a existência de dano ao titular.

O artigo 45 da LGPD traz a seguinte redação: “Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.”¹¹²

Dito isso, caso a relação de entre controlador e operador seja uma relação de consumo, como fornecimento de água ou energia elétrica, a responsabilidade civil será regida pela mesma responsabilidade presente no Código de Defesa do Consumidor, sendo a responsabilidade civil objetiva, uma vez que o fornecedor responde independentemente da existência de culpa, conforme previsto no caput dos artigos 12 e 14 do CDC.¹¹³

Em outubro de 2022, o TJSP julgou um Recurso de Apelação referente ao um caso de vazamento de dados pessoais de titulares derivada de uma relação de prestação de serviços de uma empresa de fornecimento de energia elétrica. O autor ingressou com a ação exigindo danos morais no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais) em razão do incidente de segurança ter ocasionado tentativa de pagamentos de débitos automáticos no montante de R\$307.444,66 (trezentos e sete mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), assim como diversa ligações de pessoas desconhecidas. O julgador decidiu que, apesar da relação de consumo entre titular e controlador caracterizar responsabilidade objetiva, a mera tentativa de realização de pagamentos de débitos automáticos dano moral, uma vez que não houve vazamento de dados sensíveis, dando

112BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022.

113“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (Ibidem).

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]” (Ibidem).

provimento ao recurso da fornecedora de energia elétrica e julgando improcedente a ação proposta pelo titular.¹¹⁴

A decisão exposta acima é clara ao que tange a não procedência do pedido de indenização da autora, caso a responsabilidade civil fosse objetiva, a autora do caso teria direito a indenização de qualquer forma. O fato de a empresa de eletricidade não ter sido obrigada a indenizar indica que a mera constatação de vazamento de dados pessoais não gera automaticamente a obrigação de indenizar quem teve os dados vazados, ou seja, não configura automaticamente o dano, uma vez que não houve compartilhamento irregular de dados ou que o vazamento dos dados pessoais tenha ocorrido em detrimento de tratamento irregular dos dados pessoais. O caput artigo 44 da LGPD traz a seguinte redação: “Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar [...]”¹¹⁵

Ou seja, se a organização empregou todos os meios possíveis para que não houvesse vazamento de dados pessoais não seria justo que esta tivesse responsabilidade no caso de vazamento de dados pessoais que não seja por tratamento de dados irregular seu.

Analisando o artigo 45 da LGPD, entende-se que a responsabilidade civil resultante da relação entre agentes de tratamento é subjetiva, uma vez que a legislação prevê que no caso das relações de consumo a responsabilidade será a mesma sujeita às regras do CDC, responsabilidade objetiva, logo a responsabilidade civil prevista na relação de tratamento de dados pessoais que não decorra de uma relação de consumo, será subjetiva, motivo pelo qual ocorre a necessidade da existência de nexo de causalidade, dano e culpa do agente de tratamento, em caso da não existência de nexo de causalidade, dano, ou culpa, não haverá responsabilidade do agente de tratamento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

114“RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Vazamento de dados pessoais não sensíveis – Falha na prestação de serviços quanto à segurança de dados que, por si só, não caracteriza danos morais - Ofensa à personalidade - Comprovação - Inexistência –Indenização incabível. Precedentes - Ação parcialmente procedente – Recurso provido” (TJSP. **Apelação Cível 1017805-41.2020.8.26.0068**. Relator (a): Melo Bueno. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 4ª Vara Cível. Data do Julgamento: 03 out. 2022. Data de Registro: 18 out. 2022).

115BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022.

O trabalho em questão estabeleceu como ocorrer a responsabilidade civil do agente de tratamento no caso de vazamento de dados pessoais. Ao notar que ocorreu um vazamento de dados pessoais, o controlador deve imediatamente informar o titular dos dados pessoais para que se tenha ciência do ocorrido e realizar o plano de resposta ao incidente de segurança.

Os agentes de tratamento serão o controlador e o operador, salvo exceções, sendo essas: caso o operador realize tratamento contrário ao que foi determinado pelo controlador, e cause dano ao titular, assim, outra situação é no caso do controlador realizar um tratamento de dados ilegal, nessas situações, tanto controlador, quanto operador, serão responsabilizados solidariamente.

Após o conhecimento do incidente, cabe aos agentes de tratamento aplicar as medidas de segurança para reparar os danos causados aos titulares de dados pessoais com aplicação do plano de resposta ao incidente de segurança.

O plano de respostas ao incidente de segurança deverá ser realizado em etapas, sendo a primeira a avaliação preliminar do incidente de segurança visando a identificação de informações sobre eventuais sistemas impactados, sua criticidade, quais os danos aparentes e o risco de a situação agravar caso não haja uma resposta imediata.

Deve-se procurar identificar a causa do incidente, as pessoas envolvidas (incluindo responsáveis pela ação e titulares, vulnerabilidades exploradas, visando determinar ações para as sanar o problema, assim como avisar o titular de dados o mais rápido possível do vazamento de dados pessoais, para que este possa evitar ser vítima de golpes. Pode ser importante engajar especialistas dos setores afetados para colaborar e isso deve ser feito a critério do Encarregado de Proteção de Dados ou Comitê de Proteção de Dados, conforme seja o caso, a qualquer momento que julgar adequado e viável.

No caso de incidentes de segurança decorrentes de atividade humana, os procedimentos poderão envolver sindicância administrativa, processos disciplinares, entre outras medidas dispostas na legislação aplicável ao caso.

Contudo, mesmo havendo vazamento de dados pessoais não certeza que o agente de tratamento terá de indenizar o titular de dados. Muitos pedidos de dano moral são julgados improcedentes em razão de não cumprirem com os requisitos para a configuração de dano moral. Para ser caracterizado dano moral é necessário que haja vergonha, humilhação e ofensa a honra do titular, o que dependendo dos tipos de dados que são vazados não se configura dano moral. No caso de vazamento de dados sensíveis, sendo estes os dados que referente a origem racial e étnica, saúde, vida e orientação sexual, filiação partidária e religiosa sejam vazados, pode-se falar a respeito de dano moral, uma vez que

a publicização desse tipo de dados pessoais poderá acarretar em discriminação, situações vexatórias e ofensa a honra do titular. Em relação ao dano material, este é julgado procedente com uma certa frequência, uma vez que não há a necessidade de ofensa a honra, trata-se mais de monetária, como é o caso da realização de golpes, como o caso supracitado.

A respeito da responsabilidade civil, conforme informado ao decorrer do trabalho, via de regra a responsabilidade civil na LGPD segue a regra subjetiva, com exceção das relações de consumo, conforme dito no artigo 45 da LGPD, seguirá a regra prevista no Código do Consumidor, logo, como as relações de consumo seguem a regra da responsabilidade civil objetiva, ao tratamento de dados decorrentes das relações de consumo também seguirão a regra da responsabilidade civil objetiva.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Autoridade Nacional de Tratamento de Dados Pessoais. **Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado**. Brasília, DF, mai. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em 03 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.079 de 14 de ago. 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acessado em 15 de abr. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 479**. Data de Julgamento: 27 jun. 2012, Dje 01 ago. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27479%27.num.&O=JT>. Acessado em: 29 out. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2011. E-book. ISBN 9786559770823. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2022. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 29 out. 2022.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB). **Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR**. EDPB, set. 2020. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf. Acesso: 06 jun. 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro** - responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2021. E-book. ISBN 9786555590500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 29 out. 2022.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira D. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. Grupo Almedina (Portugal), 2020. E-book. ISBN 9788584935796. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 31 out. 2022.

OPICE BLUM. **LGPD: como saber se você é controlador ou operador?** Cartilha set. 2021. Disponível em: https://opiceblum.com.br/wp-content/uploads/2019/07/cartilha_agentes_de_tratamento_27.09_v.final_.pdf. Acesso: 08 jun. 2022.

PECK, Patrícia. **Proteção de dados pessoais**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553613625. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613625/>. Acesso em: 31 out. 2022.

PEREIRA, Caio Mario da S. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530980320. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

PINHEIRO, Patrícia P. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595123. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595123/>. Acesso em: 29 out. 2022.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502136557. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136557/>. Acesso em: 31 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Apelação Cível 1017805-41.2020.8.26.0068**. Relator (a): Melo Bueno. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 4ª Vara Cível. Data do Julgamento: 03 out. 2022. Data de Registro: 18 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Apelação Cível 1001358-07.2019.8.26.0005**. Relator (a): Moraes Pucci. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 31 out. 2022. Data de Registro: 31 out. 2022.

UNIÃO EUROPÉIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016**. Regulamento relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. EU, 25 mai. 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em 31. out. 2022.

JULGAMENTO POR SALTO DE INSTÂNCIA E CELERIDADE PROCESSUAL: ARTIGO 1013 § 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

GABRIELA FERREIRA ALVES DA SILVA VILAÇA:
Pós-graduada

RESUMO: A celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional é o maior objetivo do legislador brasileiro, por isso, o mesmo vem trazendo vários dispositivos legais com este objetivo. Dentre esses dispositivos, encontra-se o artigo 1013, § 3º, do Código de Processo Civil, o qual ampliando o efeito devolutivo do recurso de apelação cível, possibilitou ao órgão de segunda instância, nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, decretação da nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir, constatação de omissão na análise de um dos pedidos e decretação de nulidade de sentença por falta de fundamentação, o julgamento imediato da lide, desde que presentes os pressupostos inculpidos no texto do mencionado artigo. Assim, tem-se que o âmago do presente artigo cinge-se em analisar minuciosamente todos os aspectos referentes a este parágrafo terceiro, e conseqüentemente, demonstrar que o mesmo se coaduna com objetivo do legislador, qual seja, implantar a celeridade processual. Neste ínterim, inicialmente, foram traçados alguns delineamentos sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, dentre eles, a natureza jurídica do mencionado princípio, indispensável para concluir se o dispositivo em análise no presente artigo é dotado do vício de inconstitucionalidade ou não. Posteriormente, demonstrou-se os aspectos essenciais à compreensão do recurso de apelação cível, tais como, seu conceito, cabimento e efeito. Em seguida, foram abordadas, minuciosamente, as principais questões referentes ao § 3º do artigo 1013 do código de processo civil. Nesse contexto, foi evidenciado se o mencionado dispositivo é dotado do vício de inconstitucionalidade por violar os princípios do duplo grau de jurisdição, do contraditório, da ampla defesa e da reformatio *in pejus*. Outrossim, foram demonstradas as principais divergências que existem sobre o tema em apreço, a fim de ratificar que o julgamento por salto de instância é plenamente possível, e, por isso, deve ser aplicado pelo órgão *ad quem*, desde que presentes os pressupostos estampados no dispositivo já referido. Por fim, restou caracterizado que a aplicação do § 3º do artigo 1013 do diploma processual civil é favorável a efetividade do trâmite processual, garantindo, portanto, a celeridade processual, a rapidez na solução das demandas e o acesso dos cidadãos à justiça.

Palavras-chave: § 3º do artigo 1013 do CPC. Julgamento por salto de instância. Celeridade processual.

Abstract: The celerity and effectiveness of the judicial provision is the main objective of the Brazilian legislator, therefore, it has been bringing several legal provisions with this

objective. Among these devices, there is article 1013, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure, which, expanding the devolutive effect of the civil appeal, made it possible for the second instance body, in cases of termination of the process without resolution of the merits, decree of nullity of the sentence for not being congruent with the limits of the request or cause of action, finding of omission in the analysis of one of the requests and decree of nullity of the sentence due to lack of grounds, the immediate judgment of the dispute, provided that present the assumptions inscribed in the text of the aforementioned article. Thus, the core of this article is confined to analyzing in detail all aspects related to this third paragraph, and consequently, demonstrating that it is in line with the legislator's objective, that is, to implement procedural celerity. In the meantime, initially, some outlines were drawn on the principle of double jurisdiction, among them, the legal nature of the aforementioned principle, essential to conclude whether the device under analysis in this article is endowed with the defect of unconstitutionality or not. Subsequently, the essential aspects for understanding the civil appeal appeal were demonstrated, such as its concept, pertinence and effect. Then, the main issues related to § 3 of article 1013 of the code of civil procedure were discussed in detail. In this context, it was evidenced whether the mentioned device is endowed with the vice of unconstitutionality for violating the principles of the double degree of jurisdiction, the contradictory, the ample defense and the reformatio in pejus. Furthermore, the main divergences that exist on the subject in question were demonstrated, in order to ratify that the judgment by jump of instance is fully possible, and, therefore, must be applied by the ad quem body, provided that the assumptions stamped in the aforementioned device. Finally, it was characterized that the application of § 3 of article 1013 of the civil procedural law is favorable to the effectiveness of the procedural process, guaranteeing, therefore, the procedural speed, the speed in the solution of the demands and the access of the citizens to justice.

Sumário. Introdução. 1 Fatores Sociais E Jurídicos Que Ensejaram O Surgimento Do § 3º, Do Artigo 515, Do Cpc/73 (§ 3º, Do Artigo 1013, Do Cpc/15). 2 Princípio Do Duplo Grau De Jurisdição. 2.1 Conceito. 2.2 Aspectos Positivos E Negativos. 2.2.1 Vantagens. 2.2.2 Desvantagens. 2.3 Natureza Jurídica. 2.3.1 Garantia Constitucional. 2.3.2 Infraconstitucional (Princípio). 2.4 Modalidades. 2.4.1 Obrigatório. 2.4.2 Facultativo. 3 Premissas À Compreensão Do Recurso De Apelação. 3.1 Conceito. 3.2 Cabimento. 3.3 Efeitos. 3.3.1 Devolutivo. 3.3.1.1 Extensão. 3.3.1.2 Profundidade. 3.3.2 Suspensivo. 3.3.3 Translativo. 3.3.5 Expansivo. 4 Análise Do § 3º Do Artigo 1013 Do Código De Processo Civil. 4.1 Ampliação Do Efeito Devolutivo Do Recurso De Apelação. 4.2 Constitucionalidade. 4.3 Incolumidade Do Princípio Do Contraditório E Da Ampla Defesa. 4.4 A Proibição Da Reformatio In Pejus. 4.5 Pressuposto. 4.6 Facultatividade Ou Imposição Judicial?. 4.7 Procedimento. 4.8 Aplicabilidade. 4.9 Prescrição E Decadência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O excesso de demandas, caracterizado pelo grande número de processos distribuídos diariamente ao poder judiciário, e, que deverão ser obrigatoriamente apreciados por este poder, constitui o grande óbice para a concretização da efetividade da prestação jurisdicional, tornando, por via de consequência, a máquina judiciária lenta para findar as soluções desses litígios.

Consequentemente, surge a insatisfação da sociedade, porquanto seus litígios não são julgados em tempo razoável, e as críticas em relação a atuação dos órgãos jurisdicionais.

Nesse contexto, visando extinguir a irresignação da sociedade quanto à morosidade judiciária, o legislador brasileiro vem criando vários dispositivos legais com o objetivo de garantir a celeridade processual e o acesso à justiça.

Assim, encontra-se como o cerne do presente artigo a análise do artigo 1013, § 3º, do CPC. Este parágrafo terceiro do artigo 1013 do CPC possibilita ao tribunal o julgamento originário da causa que lhe é devolvida através da interposição do recurso.

Desta forma, o legislador visou simplificar e agilizar o trâmite na seara recursal, ao possibilitar a solução dos litígios num lapso temporal menor do que o existente antes desta sistemática.

Desta feita, para o desenvolvimento do objeto de estudo, inicialmente, serão traçados os principais aspectos do princípio do duplo grau de jurisdição, dentre eles, a natureza jurídica do mencionado princípio, ou seja, irá verificar se o mesmo é uma garantia constitucional absoluta ou não, para posteriormente, cotejar essa conclusão com o § 3º do artigo 1013 do código de processo civil e verificar se o mesmo é maculado de inconstitucionalidade.

Em seguida, serão expostas algumas premissas indispensáveis à compreensão do recurso de apelação, tais como, conceito, cabimento e os efeitos, já que, além do mencionado dispositivo está situado no capítulo deste recurso, o mesmo ensejou a ampliação do efeito devolutivo do recurso de apelação, como será demonstrado no decorrer do presente artigo.

Posteriormente, serão traçadas as principais considerações que devem ser feitas em relação ao parágrafo terceiro do artigo 1013 do código de processo civil, quais sejam, a ampliação do efeito devolutivo do recurso de apelação, consoante já salientado anteriormente; a constitucionalidade de tal dispositivo frente aos princípios do duplo grau de jurisdição e do contraditório e da ampla defesa, e, irá apresentar se o dispositivo viola o princípio da *reformatio in peius*.

Outrossim, neste ínterim, irão ser expostos os pressupostos para o julgamento *per saltum*, mormente o significado desses pressupostos, indispensável para a compreensão do tema em apreço.

Ademais, será demonstrado se é um dever ou não do magistrado a aplicação do supramencionado dispositivo, bem como, se há necessidade do requerimento da parte para aplicação do mesmo.

Outro ponto que será evidenciado é o procedimento adotado pelo tribunal para aplicação deste artigo, e a hipótese de incidência do mesmo, ou seja, irá ser apresentado se o artigo em estudo pode ser aplicado, apenas, ao recurso de apelação, ou se esta aplicação poderá se estender, analogicamente, a outras espécies recursais.

Por fim, demonstrar-se-á se há possibilidade do órgão de segunda instância julgar diretamente o mérito da causa quando este observar que houve um equívoco na sentença que decretou a prescrição e decadência e, se essa possibilidade decorreria do § 3º do artigo 1013 do CPC. Após a exposição dessa questão, haverá uma breve análise quanto ao momento da incidência desta norma, ou seja, será exposto qual seria o momento oportuno para se dar a aplicação no caso concreto do mencionado dispositivo.

1 FATORES SOCIAIS E JURÍDICOS QUE ENSEJARAM O SURGIMENTO DO § 3º, DO ARTIGO 515, DO CPC/73 (§ 3º, DO ARTIGO 1013, DO CPC/15)

Com o passar do tempo a sociedade tende a evoluir, acarretando a necessidade de surgirem transformações, quer na seara jurídica, social, cultural ou econômica.

Nesse sentido, pode-se afirmar que toda e qualquer transformação tem como ponto de partida uma insatisfação com uma situação anterior ou, até mesmo, uma necessidade de adaptar-se a uma nova realidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, depreende-se que este pensamento pode ser transportado perfeitamente para a ciência do direito, uma vez que este é indissociável do homem.¹¹⁶

Sendo assim, antes de expor qualquer outro assunto relacionado com o tema da obra, insta explanar, em breve síntese, o contexto social e jurídico que ensejou a inclusão no código processual civil, mais especificamente, que acarretou o surgimento do § 3º, no

¹¹⁶ LUCENA, Túlio de Araújo. Aspectos controvertidos do art. 515, § 3º, do CPC. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 508, ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5960>>. Acesso em: 13 set. 2009.

artigo 515/73, atual § 3º, do 1013, do código de processo civil vigente, objeto do presente livro.

A reforma que ocorreu em dezembro de 2001 foi batizada de “segunda reforma” ou “reforma da reforma”¹¹⁷, a qual introduziu importantes alterações no código de processo civil de 1973, dentre elas, o parágrafo terceiro, do artigo 515, do CPC/73 (atual parágrafo terceiro, do artigo 1013, do CPC/15).

A referida lei foi sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, numa época em que as maiores críticas da sociedade se voltavam para a morosidade judiciária, mormente, na esfera recursal.¹¹⁸

No tocante a morosidade judiciária, cita-se o pensamento de Humberto Theodoro Júnior.

Sabidamente, é no âmbito do sistema recursal que se encontra um dos maiores fatores de congestionamento e, por conseguinte, da intolerável demora com que a máquina judiciária responde à demanda da Tutela a cargo do Poder Judiciário. O mito do duplo grau de jurisdição e da ampla recorribilidade de toda e qualquer decisão final ou interlocutória, pela sua desnecessária exacerbação é, sem dúvida, o grande embaraço com que se depara o intento renovador do processo civil brasileiro¹¹⁹.

Apesar da suma importância desta reforma, não houve muita repercussão na sociedade, pois a maior preocupação na época estava direcionada para a edição do novo código civil brasileiro de 2002.¹²⁰

Diante desse contexto, insta asseverar que, após acirradas críticas sobre a lentidão da justiça, o objetivo maior da lei nº 10.352/01, mormente com a introdução do § 3º, do

117 BARINONE, Rodrigo. A proibição da *reformatio in peius* e o § 3º. do art. 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v 8, p. 692.

118 LUCENA, op. cit.

119 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações da lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v 6, p. 263.

120 LUCENA, 2004.

art 515, do CPC/73, atualmente previsto no § 3º, do artigo 1013, do CPC/15, foi garantir a celeridade da prestação jurisdicional. Em última análise, essa legislação perquiriu dar continuidade ao propósito de fazer do processo um instrumento apto a proporcionar aos litigantes uma solução rápida das questões de mérito levadas ao juízo, sem violar os direitos basilares, tais como, o amplo acesso aos órgãos jurisdicionais e a produção de provas, e ouvida das partes.

Destarte, registra-se o entendimento de Eduardo Cambi sobre a introdução do supramencionado dispositivo.

A inclusão do § 3º ao art. 515 do CPC partiu da premissa que a morosidade é um dos fatores de deslegitimação do mecanismo processual e uma das causas mais graves que impedem o *acesso a ordem jurídica justa*, já que a justiça tardia constitui fonte de descrédito da população no Poder Judiciário, em razão das angústias, sofrimentos psicológicos e econômicos que provoca. Assim, a questão da distribuição do *ônus do tempo* no processo deve estar no centro das novas técnicas de aperfeiçoamento do instrumento processual.¹²¹

Nestes moldes, pode-se auferir que o maior objetivo dessa reforma foi garantir a efetividade da tutela jurisdicional, com a simplificação e agilização dos procedimentos judiciais, minimizando, por via de consequência, a insatisfação dos cidadãos com a demora na solução dos litígios.

Após tais considerações, antes de adentrar na análise específica do art. 1013, § 3º, do CPC, faz-se imprescindível tecer, a seguir, algumas considerações importantes do duplo grau de jurisdição, já que o supramencionado dispositivo minimizou sua aplicação ao permitir que tribunal julgue originariamente questão que não foi objeto de julgamento do juiz de primeiro grau de jurisdição; bem como, faz-se necessário, também, expor algumas premissas necessárias ao entendimento do recurso de apelação cível, porquanto todos esses aspectos estão relacionados diretamente com o objeto da presente obra.

2 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

2.1 Conceito

121 CAMBI, Eduardo. Mudando os rumos da apelação: comentários sobre a inclusão, pela lei 10.352/2001, do § 3º ao art. 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 179-180.

Diariamente o poder judiciário julga inúmeros conflitos, o que faz surgir, inequivocamente, o inconformismo de uma das partes dos litígios, qual seja, a parte sucumbente, pois as decisões prolatadas foram contrárias ao seu interesse. Desta forma, além do inconformismo humano com as decisões que lhes são desfavoráveis, pode-se acrescentar também a falibilidade ínsita à personalidade humana como justificativas primordiais de impor a necessidade do reexame das decisões por outro órgão jurisdicional, de igual ou superior hierarquia, a fim de que essas decisões possuam uma maior justiça e um maior grau de segurança jurídica.

Neste sentido, surge como um dos basilares princípios do direito processual civil, o princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado na revolução francesa¹²², o qual possibilita uma reapreciação da lide por outro órgão do poder judiciário, órgão este que pode ser ou não hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão combatida.

Assim, Nelson Nery Júnior afirma que:

O princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário¹²³.

Em outros termos, Flávio Cheim Jorge definiu tal princípio da seguinte forma:

O princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se relacionado diretamente com as razões justificadoras da existência dos recursos nos sistemas processuais, quais sejam: a personalidade humana, de não se conformar com as situações que lhe são desfavoráveis; e a real possibilidade de as decisões judiciais estarem erradas pelo fato de serem proferidas por seres humanos¹²⁴.

122 MELO, Ricardo Procópio Bandeira de. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º do art. 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8, p. 667.

123 NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 34.

124 JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p. 170.

Impende aduzir que não há uma harmonia na doutrina pátria quanto ao conceito estabelecido a este princípio, especificamente, no que diz respeito à necessidade de o segundo exame ser feito por um órgão de hierarquia superior, conforme será exposto a seguir.

Uma corrente defende que para a configuração do duplo grau de jurisdição é necessário apenas a reapreciação da causa por outro órgão do âmbito do poder judiciário, independentemente deste ter hierarquia superior ou não.

Neste sentido, pode-se citar como um dos defensores deste entendimento Liebman, o qual sustenta que “o duplo grau exige que o mérito da causa possa ser apreciado e julgado- ‘no seu conjunto’- duas vezes por juízes diversos, não porém, que todas as questões discutidas, e cada uma delas, sejam decididas duas vezes sucessivamente”¹²⁵.

Da mesma forma entende Oreste Laspro, ao afirmar que o duplo grau de jurisdição “é aquele sistema jurídico em que, para cada demanda, existe a possibilidade de duas decisões válidas e completas no mesmo processo, emanadas por juízes diferentes, prevalecendo sempre a segunda em relação à primeira”¹²⁶.

Ainda se filia a tal corrente o processualista Nelson Nery. Jr. ao asseverar que o duplo grau “consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz ordinário pela interposição do recurso”¹²⁷.

Em sentido contrário, encontra-se outra corrente, a qual entende que o duplo grau só estará presente quando for possível o reexame do mérito da causa por um órgão de hierarquia necessariamente superior àquele que julgou a causa originariamente. É neste sentido que se posiciona Moacyr Amaral dos Santos ao afirmar que a concretização do princípio do duplo grau de jurisdição é “admitir-se o conhecimento e decisão da causa por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, sendo o segundo de grau hierarquicamente superior ao primeiro”¹²⁸

¹²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 152.

¹²⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **O duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

¹²⁷ NERY JÚNIOR, 2004, p. 44

¹²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3. Editora Limonad. p. 83-84.

Barbosa Moreira também entende dessa maneira:

Desse princípio decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por um órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo – como, no sistema do Código de 1973, o contemplado no art. 475 -, após a primeira decisão¹²⁹.

Após tais considerações, observa-se que o posicionamento adotado pela corrente de Barbosa Moreira e Moacyr Amaral é o que mais se adequa com o fim do princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que não é possível falar na concretização deste princípio quando há um simples reexame da causa por magistrados de mesmas instâncias. É correto, pois, afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de ser realizada uma segunda análise do mérito do litígio por um órgão de hierarquia superior àquele que proferiu a decisão que está sendo reexaminada.

2.2 Aspectos positivos e negativos

2.2.1 Vantagens

Outro ponto que merece destaque diz respeito aos aspectos positivos e negativos que o princípio do duplo grau de jurisdição trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro.

Sucintamente, passa-se a expor algumas vantagens da adoção deste princípio para a sistemática jurídica:

1) A maior experiência dos juízes de segunda instância, em virtude de terem laborado há mais tempo, tende a diminuir a possibilidade de erros nas decisões judiciais que são revistas. Outrossim, outro fator que tende a diminuir a possibilidade de erros na efetivação das decisões, sendo estas proferidas de acordo com a melhor forma de interpretação da legislação aplicável ao caso, é o fato dessa revisão ser de forma colegiada;¹³⁰

¹²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 238-239.

¹³⁰ ALVIM, Eduardo Arruda; MARTINS, Cristiano Zanin. Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/2001. In: NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 136.

2) Devido a premissa da falibilidade humana é justificável que o juiz de primeira instância erre ao proferir uma decisão. Desta forma, o princípio do duplo grau de jurisdição permite que, através do reexame da causa, esta decisão seja reformada, caso padeça de algum erro. Pode-se aduzir então, que tal princípio permite que a justiça, fim maior do direito, seja concretizada. Neste sentido, alega Nelson Nery Jr. que “o princípio do duplo grau de jurisdição é, por assim dizer, *garantia fundamental de boa justiça*”¹³¹.

3) Possibilidade de reexame da lide pelo Judiciário.

4) O inconformismo natural da parte, que tem a decisão julgada em sentido desfavorável a sua pretensão, pode ser superado pela possibilidade daquela decisão que lhe foi insatisfatória ser revisada;

5) Tendência dos juízes de primeiro grau serem mais cautelosos e zelosos ao proferirem suas decisões, uma vez que as mesmas podem ser reexaminadas pelo órgão jurisdicional de segunda instância.¹³²

6) Efetivação do controle dos atos jurisdicionais;

Nesta toada, transcreve-se os argumentos positivos a adoção deste princípio, elencados por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira:

Vários são os elementos elencados para a adoção desse princípio: visa satisfazer uma necessidade humana, diante da inconformação com um julgamento único e desfavorável; possibilita a redução de erros no julgamento; atua como forma de purificação da sentença; resulta no maior prestígio do julgamento por passar por juízes mais experientes; gera análise mais objetiva do processo, debatendo-se apenas os pontos mais importantes; a outorga de poder absoluto a um só órgão poderia gerar sentenças de má qualidade; torna a liberdade do juiz de certa forma vigiada¹³³

2.2.2 Desvantagens

131 NERY JÚNIOR, 2004, p. 39

132 ALVIM; MARTINS, 2002, p. 136.

133 OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. Efeito do recurso de apelação em face do novo § 3º do art. do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 237.

Por outro lado, após explanadas as questões favoráveis ao princípio do duplo grau de jurisdição, convém explicitar os argumentos desfavoráveis a essa dupla revisão.

Apesar da suma importância que este princípio apresenta ao sistema judiciário brasileiro, é por demais óbvio, que o mesmo gera um grande óbice a tramitação dos processos, pois em prol de uma maior segurança jurídica, o mesmo obstaculiza a celeridade processual. Sendo assim, conclui-se que a dupla revisão do processo gera um excessivo prolongamento da tramitação do mesmo, esbarrando, portanto, no interesse das partes, qual seja, o rápido deslinde da causa.

Ademais, como consequência dessa excessiva duração do processo surge outro aspecto negativo deste princípio: a dificuldade ao acesso à justiça, pois a justiça que não resolve os litígios dentro de tempo razoável é justiça inacessível.¹³⁴

Para além disso, o respeitável princípio também gera o desprestígio das decisões judiciais proferidas em primeira instância, que serão sempre passíveis de revisão por outro órgão jurisdicional de superior hierarquia; além de, também, ocasionar a possibilidade de serem proferidas decisões conflitantes dentro do âmbito judiciário.¹³⁵

Ressalta-se que, a existência de decisões conflitantes no Judiciário acarreta insegurança jurídica para as partes, pois não irão saber ao certo, qual a melhor decisão para a lide, já que nem mesmo o órgão judicante possui um entendimento pacificado sobre a matéria discutida. Desta forma, gera um conflito com o fim maior do princípio do duplo grau de jurisdição, qual seja, a efetivação da segurança jurídica para as partes.

Assim, convém transcrever a lição de Oreste Laspro:

Por outro lado, se a decisão, em sede de recurso, modifica o julgamento de primeira instância, isso vem a demonstrar que este juízo é falho e que, portanto, não pode ser confiável, ressaltando-se, ainda mais, seu desprestígio. Além disso, essa situação demonstra que o sistema jurisdicional é frágil, pois dá soluções diversas para a mesma situação concreta, razão também que aumente o descrédito de todo o Poder Judiciário. Essa situação exacerba ainda mais a litigiosidade entre as partes, porque comprova que o direito da

134 ALVIM; MARTINS, 2002, p. 135.

135 ALVIM; MARTINS, loc. cit.

vencedora de segunda instância não é pacífico, pois o próprio Estado já houvera reconhecido sua inexistência¹³⁶.

Faz-se mister acrescentar ainda que, o reexame da causa pelo juízo de segunda instância não afasta, totalmente, a possibilidade de algum erro convaler na decisão reapreciada, pois, os órgãos de revisão também são compostos por homens sujeitos às mesmas instabilidades conaturais ao ser humano.

Por fim, insta asseverar que o fato de existir uma previsão exacerbada de recursos no código de processo civil gera um grande abarrotamento de processos na esfera judiciária, constituindo, pois, outro elemento desfavorável a presença do princípio do duplo grau de jurisdição, já que a existência dos recursos no ordenamento jurídico está atrelada a tal princípio.¹³⁷

Seguindo esta linha de raciocínio, transcreve-se os argumentos negativos acerca do *due process of law*, elencados, também, por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira:

Por outro lado, vários são, também, os argumentos contrários à adoção desse princípio: a confirmação da sentença representa supérflua atividade para o Judiciário; a reforma da sentença desprestigia o Judiciário, atestando o erro do órgão; retarda a prestação jurisdicional, trazendo insegurança ao jurisdicionado; julgar por último nem sempre significa julgar melhor; não há critério válido para determinar que o segundo julgamento é mais justo do que o primeiro; anula a vantagem da oralidade¹³⁸.

Dessa maneira, após abordar os aspectos mais relevantes, no que diz respeito aos pontos favoráveis e desfavoráveis do princípio do duplo grau de jurisdição, convém adentrar na análise de maior importância sobre o supramencionado princípio, qual seja, verificar se o mesmo é consagrado ou não pela constituição federal vigente.

2.3 Natureza jurídica

136 LASPRO, 1995, p. 116.

137 GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras. In. NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 287.

138 OLIVEIRA, 2002, p. 237.

Prefacialmente, antes de adentrar nos argumentos que embasam a polêmica sobre o caráter constitucional ou não do princípio do duplo grau de jurisdição, convém fazer algumas considerações iniciais.

O princípio do duplo grau de jurisdição foi contemplado explicitamente como uma garantia constitucional no artigo 158, transcrito, a seguir, *in verbis*, na constituição do império de 1824 nos seguintes termos: “Para julgar as Causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações que forem necessárias para comodidade dos povos”¹³⁹.

Sobre a questão, assim se pronunciou Nelson Nery Júnior:

O art. 158 da Constituição Federal do Império de 1824 dispunha expressamente sobre a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, permitindo que a causa fosse apreciada, sempre que a parte o quisesse, pelo então Tribunal da Relação (depois de Apelação e hoje de justiça). Ali estava inscrita a regra da garantia absoluta do duplo grau de jurisdição.¹⁴⁰

Entretanto, as constituições posteriores a de 1824, inclusive, a carta magna em vigor, não apresentou um dispositivo expresso acerca do princípio do duplo grau de jurisdição. Mas, apesar disso, há doutrinadores que defendem que estas constituições posteriores a carta do império de 1824 sempre fizeram uma referência implícita ao aludido princípio, na medida que sempre tratou dos tribunais, dos recursos, das competências originárias e derivadas, ou seja, sempre consagrou o devido processo legal, conforme será exposto a seguir.¹⁴¹

Após feitas tais explanações, passa-se a análise da maior controvérsia que gira em torno do mencionado princípio, qual seja, verificar se o mesmo é uma garantia constitucional ou não.

2.3.1 Garantia constitucional

139 MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie, 2001 *apud* PEREIRA, Joana Carolina Lins. **Recursos de apelação**: amplitude do efeito devolutivo. Curitiba: Juruá, 2003. p.55.

140 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.175.

141 OLIVEIRA, 2002, p. 237-238.

No que pertine a consagração do princípio do duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional, a doutrina brasileira não apresenta um entendimento pacificado.

Os doutrinadores aderentes ao posicionamento de que o *due process of law* possui natureza constitucional, afirmam que tal natureza decorre implicitamente da norma insculpida no artigo 5º, inciso LV, da constituição da república de 1988, a qual garante o devido processo legal.

A fim de ilustrar o tema, transcreve-se o supramencionado dispositivo legal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”¹⁴².

Ricardo Procópio Bandeira de Melo possui o entendimento de que o duplo grau de jurisdição está diretamente atrelado ao devido processo legal, consoante será exposto abaixo:

Nesta esteira de raciocínio, penso que, independentemente de uma avaliação mais ampla do texto constitucional, não será desarrazoado concluir que, ao assegurar ‘aos litigantes (...) e aos acusados em geral (...) o contraditório e a ampla defesa, com os meios e ‘recursos’ a ela inerentes’ (CF, art 5º, LV), o ordenamento jurídico inaugurado com a Constituição Federal de 1988 já está a agasalhar, como inerente ao postulado do devido processo legal, o princípio do duplo grau de jurisdição, à feição de reflexo do sentimento do titular do poder nas deliberações da Assembléia Nacional Constituinte instalada em 1987¹⁴³.

Ademais, apontam como outra evidência a justificar o caráter constitucional do mencionado princípio, o fato da carta magna atribuir expressamente a vários órgãos colegiados a competência recursal, conforme se depreende da competência fixada, por exemplo, em seus arts. 105, incisos II e III, e 108, inciso II.

Seguindo essa linha de raciocínio, colaciona-se outro pensamento de Ricardo Procópio Bandeira de Melo:

No corpo do texto da Lei Maior, o princípio do duplo grau de jurisdição vem, às vezes, tratado explicitamente. Assim é quando, por

142 BRASIL. **Constituição da República Federativa**. In: Vade mecum organizado com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaiz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a. p. 10.

143 MELO, 2005, p. 670.

exemplo, ali os tribunais nacionais estão definidos como órgãos de segundo grau de jurisdição, como é o caso do art 102, II, que contempla o recurso ordinário para o STF, e do art. 105, II, este a prever a competência do STJ para julgar, em recurso ordinário, as causas que relaciona. Noutros pontos, o princípio é apenas tomado de modo implícito, mas nitidamente perceptível como referência de vida de determinados órgãos criados pela Constituição ao estruturar o Poder Judiciário, no art. 92 e seus incisos. Não foi explícito o constituinte onde não precisava, pois o princípio foi abraçado pela Constituição que, quando necessário, o contemplou expressamente¹⁴⁴.

Para além disso, outro argumento adotado por esta corrente para atestar o caráter constitucional do *due process of law* consiste no fato do parágrafo segundo, do artigo 5º, da constituição federal de 1988, não ter estabelecido um rol de garantias constitucionais exauriente. Desta forma, defendem que há possibilidade de outros princípios adotados pela constituição federal ser elevados, por ela, a categoria constitucional.¹⁴⁵

Por fim, é importante ressaltar outra fundamentação adotada por aqueles que adotam esta tese. Entendem que o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional pelo simples fato do Brasil ser signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado que prevê, expressamente, a existência de tal princípio como uma garantia constitucional. Sendo assim, sustentam que guarda coerência com o artigo 5º, § 2º, da carta política, sendo, portanto, garantido constitucionalmente pelo sistema processual brasileiro.¹⁴⁶

Faz-se mister descrever algumas lições de doutrinadores que integram esta corrente:

Nelson Luiz Pinto apresenta o seguinte entendimento:

Por disposição constitucional, os recursos, em sentido amplo, são inerentes ao princípio maior da ampla defesa, não podendo, por isto, ser subtraídos do indivíduo, sob pena de afronta à garantia

144 MELO, loc. cit.

145 SÁ, Djanira Maria Radamés de. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 190.

146 Ibidem, p. 191.

constitucional. Está, pois, o princípio do duplo grau de jurisdição implicitamente contido na Constituição Federal como uma das facetas do próprio direito constitucional do direito de defesa¹⁴⁷.

Neste sentido, pode-se também destacar o pensamento de Teresa A. Alvim Wambier e Luiz Wambier:

Também defendendo a natureza constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição e enfatizando a previsão constitucional de órgãos de segundo grau, Teresa A. Alvim Wambier e Luiz Wambier, com veemência, sustentam a impossibilidade de ser inteiramente suprimido o princípio 'porquanto, se o fosse, os tribunais, criados pela Constituição Federal, nada teriam a fazer, dado que o grosso do que fazem é julgar recursos'.¹⁴⁸

Assim, também leciona José de Albuquerque Rocha ao afirmar "ser lícito deduzir a natureza constitucional do duplo grau, porquanto os tribunais têm competência funcional específica para julgar recursos, o que implica a admissão destes"¹⁴⁹

Nesta esteira, conclui-se que os integrantes desta corrente entendem que por estar erigido na constituição federal, o princípio do duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional absoluta, não podendo, portanto, sofrer qualquer tipo de restrição.

É neste sentido, a lição de Djanira Maria Radamés de Sá:

Dessa forma, mesmo sem previsão expressa pela Carta Magna, a característica de garantia iminente do duplo grau de jurisdição veda ao legislador infraconstitucional a possibilidade de limitação do âmbito de incidência do recurso de apelação. Nenhuma restrição, portanto, pode ser oposta à possibilidade de o sucumbente recorrer, uma vez, a outro órgão jurisdicional, de igual ou superior hierarquia, para obter a revisão da sentença¹⁵⁰.

2.3.2 Infraconstitucional (princípio)

147 PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 63.

148 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 140.

149 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 54-55.

150 SÁ, 1999, p. 191.

De outra banda, encontra-se outra corrente doutrinária, esta majoritária, a qual entende que o duplo grau de jurisdição é um princípio, e não uma garantia constitucional, muito menos absoluta, como muitos defendem, podendo, inclusive, sofrer restrições e exceções por lei infraconstitucional.

É desta forma que entende Frederico Marques, ao negar o caráter constitucional do referido princípio, afirmando que se trata de “postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derogá-lo em hipóteses especiais”¹⁵¹.

Assim também leciona Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição não pode ser considerado como uma garantia constitucional absoluta:

De qualquer modo, o duplo grau de jurisdição, mesmo quando considerado uma garantia constitucional, deve harmonizar-se com os demais direitos fundamentais consagrados na constituição, não podendo ser concebido de modo absoluto. Afinal, não há que ser tratado como um dogma, porque isso representaria um óbice intransponível à criação de novas técnicas que viessem a aperfeiçoar o instrumento processual, tornando-o mais adequado à solução rápida e eficiente das demandas. Logo, a garantia do duplo grau de jurisdição deve ser desmitificada, podendo ser dispensada quando possa significar empecilho à efetividade da tutela dos direitos¹⁵².

Outrossim, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha se posicionam neste sentido:

Na verdade, o princípio do duplo grau de jurisdição não chega a consistir numa garantia, pois a Constituição Federal a ele apenas se refere, não *garantindo*. A única Constituição que tratou do duplo grau de jurisdição como uma *garantia absoluta* foi a de 1824; as demais deixaram de se lhe conferir tal atributo. A atual Constituição Federal apenas *prevê* o princípio do duplo grau de jurisdição, não tratando de discipliná-lo como garantia.

¹⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 1. ed. Campinas: Brookseller, 1997. p. 126.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 140.

Asseveram ainda o seguinte:

Sendo assim, é possível haver exceções ao princípio, descerrando-se o caminho para que a legislação infraconstitucional restrinja ou até limite recursos em casos específicos. Além do mais, sendo o duplo grau um *princípio*, é curial que pode haver princípios opostos, que se oponham como contraponto. Em outras palavras, sendo o duplo um princípio, pode ser contraposto por outro princípio, de molde a que haja limitações de aplicação recíprocos.¹⁵³

Insta afirmar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em vários precedentes quanto a polêmica da consagração do princípio do duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional ou não, e apresentou o entendimento de que o mesmo não deve ser considerado como uma garantia constitucional absoluta, conforme colacionado abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda

153 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 3, p. 26

153 JORGE, 2007, p. 240.

Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido¹⁵⁴(Original sem Grifos).

EMENTA: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções

154 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 601832/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 03 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=princípio%20duplo%20grau%20jurisdição%20constitucional&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 maio 2009.

internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação¹⁵⁵.

Neste sentido, observa-se que o Pretório Excelso defende que o mencionado princípio não é uma garantia constitucional absoluta, conforme denota-se da leitura dos precedentes transcritos acima.

Sendo assim, pode-se auferir que este posicionamento é o mais adequado, pelas razões a seguir expostas.

Primeiramente, faz-se imperioso reafirmar que na história das constituições brasileiras, apenas a carta de 1824, em seu artigo 158, previu explicitamente o princípio do duplo grau de jurisdição. Desta forma, resta claro que não há previsão expressa de tal princípio na carta da república.¹⁵⁶

Convém, então, oportunamente, combater a alegação ventilada por aqueles que justificam o caráter constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição a partir da ratificação da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) e pela edição do Decreto 678, de 06.11.1992, decreto este que assegura o direito de recorrer da sentença (art 8º, n. 2-h), e diante do disposto no art. 5º, § 2º, da carta da república integra o mencionado princípio como um direito constitucional.¹⁵⁷

Desta forma, salienta-se que o fato do Brasil ter ratificado o Pacto San José da Costa Rica e o Congresso Nacional ter editado o Decreto 678/92, por si só, não tem o condão de tornar o princípio do duplo grau de jurisdição como um princípio constitucional de caráter absoluto, isso porque, é pacífico na maioria da doutrina e no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, de que "a convenção ou tratado internacional incorporado ao direito interno se integra no mesmo nível hierárquico da legislação ordinária"¹⁵⁸

Ademais, para aqueles que defendem que o duplo grau de jurisdição residiria no artigo 5º, LV, da constituição da república, o STF sustentou que "a ampla defesa a que alude o preceito é a exercida nos termos e limites da lei infraconstitucional, inexistindo

155 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em habeas corpus nº 79785/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 21 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=princípio%20duplo%20grau%20jurisdição%20constitucional&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12. maio. 2009.

156 PEREIRA, 2003. p. 55.

157 PINTO, 2003. p. 63; SÁ, 1999, p. 191.

158 OLIVEIRA, 2002, p. 239.

norma na carta magna que garanta o direito a um duplo grau de jurisdição sem quaisquer limitações”¹⁵⁹.

Assim, já se posicionou o Pretório Excelso ao afirmar que:

DEVIDO PROCESSO LEGAL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO. A negativa de seguimento a recurso, no âmbito do STF, considerada a circunstância de as razões expedidas contrariarem precedente da Corte, longe fica de implicar transgressão ao devido processo legal. JURISDIÇÃO - DUPLO GRAU - INEXIGIBILIDADE CONSTITUCIONAL. Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional. ¹⁶⁰ (Original sem Grifos)

Após todas essas considerações, convém asseverar que esta corrente adota o melhor posicionamento, uma vez que defende que o supramencionado princípio não é uma garantia constitucional absoluta, se coadunando, portanto, com o entendimento assente da doutrina de que inexistem direitos absolutos.¹⁶¹ Sendo assim, vislumbra-se que o citado princípio pode, portanto, sofrer exceções e limitações por uma lei infraconstitucional.

A doutrina majoritária entende que o legislador pode restringir o duplo grau de jurisdição¹⁶², “desde que haja uma correlação lógica ou relação de pertinência entre a restrição imposta e o fim almejado com a medida”¹⁶³.

É por demais óbvio que quando a sociedade perquire o judiciário para solucionar seus litígios, a mesma requer uma decisão justa e sem maiores delongas, ou seja, com

¹⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal *apud* PEREIRA, 2003, p. 55.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 209954/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 de dezembro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=209954&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12. maio. 2009.

¹⁶¹ OLIVEIRA, 2002, p. 239.

¹⁶² DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 26; MARINONI, 2001, p. 140; MARQUES, 1997, p. 126.

¹⁶³ OLIVEIRA, op. cit, p. 239.

solução em tempo razoável. Para tanto, porém, surge a necessidade do princípio do duplo grau de jurisdição ser mitigado, em prol de uma maior celeridade e efetividade do processo.

Neste sentido, cumpre exemplificar algumas situações em que a lei suprimiu o duplo grau de jurisdição, supressão esta que não caracteriza uma inconstitucionalidade, tendo em vista que tal princípio não é uma garantia constitucional absoluta: nas ações de competência originária de tribunal, não há a possibilidade de interposição do recurso de apelação, exceto nas hipóteses de improcedência do pedido nas ações de mandado de segurança e *habeas corpus*, pois, em virtude de previsão expressa, caberá recurso ordinário; a sistemática praticada nos juizados especiais cíveis e criminais, instituídos pela lei nº 9.099/95, não adotou o duplo grau de jurisdição, pois o recurso contra sentença é julgado por uma turma recursal composta de juízes de primeira instância; nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs, nos termos do art 34 da lei nº 6.830/80, ante o não cabimento do recurso de apelação e o artigo 1013, § 3º, do CPC, objeto do presente livro, o qual possibilita o julgamento imediato do mérito da causa pelo tribunal, desde que a lide apresente os requisitos exigidos pelo mencionado dispositivo.¹⁶⁴

Por todos os argumentos utilizados acima, conclui-se que ainda que se defenda que o *due process of law* encontra-se previsto implicitamente na carta magna, o mesmo não pode ser considerado uma garantia constitucional, e muito menos uma garantia constitucional absoluta, tendo em vista que a legislação infraconstitucional poderá, validamente, determinar exceções e produzir restrições ao mesmo. Assim, torna-se mais adequado considerá-lo como um princípio garantidor da ampla defesa a ser exercida nos moldes da lei infraconstitucional.

Nestes termos, convém transcrever a lição de Joana Carolina Lins, a qual se coadunando com o posicionamento adotado por este trabalho, resumidamente, defendeu que o duplo grau de jurisdição não possui o caráter de garantia constitucional absoluta.

Pensamos, destarte, que, da maneira implícita como se encontra na Constituição Federal, não se pode atribuir ao duplo grau de jurisdição o *status* de garantia (e, menos ainda, de garantia absoluta). Deve-se, portanto, admitir a existência de exceções e limitações infraconstitucionais ao mesmo. Com acerto se houve Milton Gouveia quando ressaltou que o duplo grau de jurisdição é um princípio, "mas não chega a ser uma garantia constitucional"¹⁶⁵.

164 NERY JÚNIOR, 2004, p. 42-43; OLIVEIRA, 2002, p. 241.

165 PEREIRA, 2003, p. 57.

2.4 Modalidades

Feitas essas considerações acerca do duplo grau de jurisdição, passa-se, por fim, a expor os meios pelos quais ele se projeta no sistema processual: o reexame necessário e os recursos.

2.4.1 Obrigatório

O duplo grau de jurisdição obrigatório, ou a remessa necessária previsto expressamente no artigo 496, do CPC, transcrito abaixo, estabelece que a sentença que for proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito de público, e, ainda, a que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal *ad quem*.¹⁶⁶

Art 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

- I- Proferida contra a União, o Estado, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
- II- Que julgar procedentes, em todo ou parte, os embargos à execução fiscal¹⁶⁷.

Jefferson Carús Guedes conceitua o reexame necessário da seguinte forma:

Reexame necessário, duplo grau obrigatório ou duplo grau forçado, nominado outrora equivocadamente de *apelação ex officio*, não se confunde também com os demais, porquanto se caracteriza pela possibilidade de revisão da causa, sem a interposição de recurso, e por ser um privilégio quase exclusivo da Fazenda Pública e de entidades afins.¹⁶⁸

É o próprio juiz, prolator da sentença sujeita ao duplo grau obrigatório, que remeterá os autos ao tribunal de segundo grau, declarando esta circunstância na própria

¹⁶⁶ NERY JÚNIOR, 2004, p. 75.

¹⁶⁷ BRASIL. **Código de processo civil**. In: Vade mecum organizado com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaiz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008b. p. 432.

¹⁶⁸ GUEDES, 2002, p. 287.

sentença, independentemente, de requerimento das partes, conforme estampado no § 1º, do artigo 496, do CPC.

Impende afirmar que este reexame necessário, na verdade, é condição de eficácia de alguns pronunciamentos judiciais, cuja inobservância impede a ocorrência da coisa julgada.

Por fim, ressalta-se que, como exceção a esta regra, o código de processo civil trouxe os parágrafos segundo e terceiro do supracitado dispositivo, os quais apresentam o seguinte teor:

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.).169

2.4.2 Facultativo

169 BRASIL, 2008b, p. 432.

O duplo grau de jurisdição facultativo é caracterizado pelos recursos, uma vez que os mesmos são meios voluntários de impugnação das decisões judiciais; são meios processuais a ser utilizados pela parte que não se conforma com determinado pronunciamento judicial que lhe foi desfavorável.¹⁷⁰

Acrescenta-se que, os pronunciamentos judiciais sujeitos à impugnação são aqueles que são dotados de caráter decisório, pois, caso contrário, não há que se falar em prejuízo à parte, e conseqüentemente, em interesse em recorrer. Sendo assim, partindo da enumeração dos pronunciamentos judiciais, contida no artigo 203, do CPC, convém afirmar que são recorríveis apenas a sentença (e, analogicamente, os acórdãos e as decisões terminativas monocráticas que põe fim ao processo, no julgamento monocrático dos recursos) e as decisões interlocutórias. Desta forma, os despachos são excluídos, já que não possuem caráter decisório.¹⁷¹

Por fim, registra-se a distinção realizada, sucintamente, por Eduardo Alvim e Cristiano Zanin, sobre reexame necessário e recurso, modalidade de duplo grau facultativo:

Dessa forma, o recurso e, ainda, a *extensão do recurso* decorrem da voluntariedade da parte sucumbente (= princípio dispositivo), jamais de qualquer imposição legal. Já o reexame necessário decorre, exclusivamente, de previsão legal, que afasta a possibilidade de a sentença proferida nas hipóteses enumeradas no art. 475 do CPC transitar em julgado enquanto não for submetida ao exame da instância *ad quem*, ainda que não impugnada por recurso voluntário.¹⁷²

Neste sentido, passa-se a analisar no próximo capítulo alguns aspectos do recurso de apelação, espécie de recurso voluntário, ou seja, de duplo grau de jurisdição facultativo destinado a combater sentenças, sejam estas terminativas ou de méritos. Essas considerações que serão feitas em relação à apelação serão imprescindíveis à compreensão do objeto deste trabalho, qual seja, o artigo 1013, § 3º, do CPC, dispositivo este inserido no capítulo do recurso de apelação.

3 PREMISSAS À COMPREENSÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO

170 ALVIM; MARTINS, 2002, p. 138.

171 DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 32-33.

172 ALVIM; MARTINS, 2002, p. 139-140.

3.1 Conceito

Apelação é o recurso cabível contra toda e qualquer sentença proferida pelo magistrado *a quo*, seja esta de mérito ou não, que põe termo ao processo, concedendo ou negando a tutela pleiteada pela parte demandante.¹⁷³

A apelação é o recurso que visa levar ao órgão *ad quem* o reexame da causa, com o objetivo de reformar total ou parcialmente a decisão recorrida, bem como invalidar tal decisão.

Assim, acrescenta-se que através desta via recursal o recorrente pode perquirir a reforma ou a anulação da sentença vergastada, independentemente do conteúdo dessa decisão.

Destarte, ressalta-se que a apelação por não se vincular ao conteúdo da decisão impugnada, será cabível em qualquer caso, bastando, pois, que o recorrente aponte vícios que ensejem a nulidade da sentença guerreada, ou até mesmo que caracterize a injustiça desta sentença.

Neste sentido, pode-se classificar o supracitado recurso como recurso de fundamentação livre, já que independe do tipo de vício para seu cabimento.¹⁷⁴

A fim de ilustrar o tema, transcreve-se a conceituação do referido recurso, esposada no Código de Processual Civil Comentado de Nelson Nery Júnior:

A apelação é o recurso por excelência, de cognição ampla, que possibilita pedir-se ao tribunal *ad quem* que corrija os *errores in iudicando* e também os *errores in procedendo* eventualmente existentes na sentença. Esta ampla cognição permite que se impugne a ilegalidade ou injustiça da sentença, bem como propicia o reexame de toda a prova produzida no processo¹⁷⁵.

3.2 Cabimento

¹⁷³ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível:** teoria geral e admissibilidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131-132.

¹⁷⁴ JORGE, 2002, p. 54.

¹⁷⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 850-851.

Como já exposto acima, o recurso de apelação cível é cabível contra toda e qualquer sentença (pronunciamento do juiz que possui uma das matérias do artigo 485 e 487, do CPC, e que, concomitantemente, extingue o processo no primeiro grau jurisdicional), conforme dispõe o artigo 1009, do código processual civil vigente.¹⁷⁶

Neste sentido, urge acrescentar que o mencionado recurso pode ser interposto contra sentença proferida nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa ou voluntária.¹⁷⁷

Ademais, é cabível a apelação, também, nos processos de conhecimento de execução e nos incidentais ou acessórios, tais como cautelares, habilitação, restauração de autos, dentre outros.¹⁷⁸

Entretanto, no que tange aos simples incidentes no processo, como por exemplo, a reconvenção, é incabível a interposição de tal recurso, pois se trata de decisão interlocutória, a qual não põe fim ao processo. Para este tipo de decisão é cabível o recurso de agravo, nos termos do artigo 1015, do código de processo civil.¹⁷⁹

3.3 Efeitos

É cediço que todos os recursos previstos em no código processual civil, ao serem interpostos, produzem efeitos no direito pátrio.

Neste andar, insta salientar que dois são os efeitos reconhecidos pela unanimidade da doutrina brasileira: o efeito devolutivo e o efeito suspensivo, ambos inerentes ao recurso, ora em estudo.¹⁸⁰

Ademais, o processualista Nelson Nery Júnior acrescenta a existência de outros efeitos atinentes as relações jurídicas recursais, quais sejam, o efeitos translativo, expansivo e substitutivo, que serão expostos, sucintamente, no presente trabalho.

¹⁷⁶ BARINONI, 2003, p. 677-678.

¹⁷⁷ NERY JÚNIOR; NERY, 2007, p. 850.

¹⁷⁸ CHAMONE, Marcelo Azevedo. O julgamento do “meritum causae” pelo juízo “ad quem”. **Jus Navigandi**. Terezina, ano 10. n. 1210, maio. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9078>>. Acesso em: 14 set. 2009.

¹⁷⁹ MOREIRA, 2005, p. 132.

¹⁸⁰ ALVIM; MARTINS, 2002, p. 81-82; MOREIRA, 2006, p. 257.

3.3.1 Devolutivo

O efeito devolutivo, inerente a todos os recursos, inclusive, a qualquer recurso de apelação cível, enseja a devolução ao órgão *ad quem* do conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo recorrente nas suas razões recursais.¹⁸¹

O referido efeito é manifestação direta do princípio dispositivo, princípio este fundamental para o direito processual civil brasileiro, o qual dispõe que “o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão”¹⁸².

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se transportar esse fundamento para a seara recursal, vez que o recorrente é quem fixa os limites do recurso, devolvendo, pois, toda a matéria questionada ao tribunal de segundo grau de jurisdição.

Deste modo, ao julgar o recurso, o juiz deverá fazê-lo nos limites das razões recursais e do pedido de nova decisão. É justamente esse pedido de nova decisão que delimita o âmbito da devolutividade de todos os recursos (*tantum devolutum quantum appellatum*), não podendo, portanto, o juiz decidir fora dessa delimitação.¹⁸³

Neste sentido, em virtude da existência do princípio dispositivo e do âmbito da devolutividade da matéria impugnada ao juiz *ad quem*, é correto concluir que é inadmitido a *reformatio in peius*, sob pena de violação ao mencionado princípio e ao efeito devolutivo dos recursos.

Barbosa Moreira aponta três conseqüências advindas da delimitação do mérito na esfera recursal, as quais devem ser colacionadas.

- a) a limitação do conhecimento do tribunal, que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*);
- b) proibição da reforma para pior;

¹⁸¹ MOREIRA, 2005, p. 123; NERY JÚNIOR; NERY, 2007, p. 856.

¹⁸² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64.

¹⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 7, p. 447.

c) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou pedido)¹⁸⁴.

Visto os principais aspectos do efeito devolutivo, passe-se a analisar as duas formas do efeito devolutivo do recuso de apelação: a extensão ou plano horizontal e a profundidade ou plano vertical.

3.3.1.1 Extensão

A extensão do efeito devolutivo do recurso de apelação está fixada no *caput* do artigo 1013, do código de processo civil, o qual estabelece que: “a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada”¹⁸⁵.

Destarte, verifica-se que é em decorrência da extensão do efeito devolutivo que o Tribunal *ad quem* ficará adstrito a matéria impugnada pelo recorrente. Isto é o que a doutrina brasileira denomina de *tantum devolutum quantum appellatum*, conforme já fixado acima.¹⁸⁶

Em relação à extensão do efeito devolutivo da apelação, cita-se a lição de Barbosa Moreira:

A decisão apelada tem o seu objeto: pode haver julgado o mérito da causa (sentença definitiva), ou matéria preliminar ao exame do mérito (sentença terminativa). É necessário verificar se a decisão do tribunal cobrirá ou não área igual à coberta pelo juiz *a quo*. Encara-se aqui o problema, por assim dizer, em perspectiva *horizontal*.

E ainda acrescenta que:

A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. É o que estabelece o dispositivo ora comentado, quando defere ao tribunal ‘o conhecimento da matéria impugnada’.¹⁸⁷

¹⁸⁴ NERY JÚNIOR; NERY, 2007, p. 856.

¹⁸⁵ BRASIL, 2008b, p. 438.

¹⁸⁶ BEDAQUE, 2003, p. 447.

¹⁸⁷ MOREIRA, 2006. p. 431.

Assim, percebe-se que, é através da extensão do efeito devolutivo da apelação que há a limitação da área a ser julgada pelo juiz do segundo grau jurisdicional, uma vez que este só poderá apreciar as questões que foram abordadas nas razões do recurso, consoante já afirmado, podendo este questionamento ser de toda a sentença recorrida, ou de, apenas, parte dela.

3.3.1.2 Profundidade

Inicialmente, no que se refere à profundidade do recurso de apelação, é de se observar que a mesma se encontra estampada nos parágrafos primeiro e segundo, do artigo 1013, do CPC, nos termos transcritos, *in verbis*, a seguir:

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.¹⁸⁸

Neste diapasão, percebe-se que a profundidade do efeito devolutivo da apelação, especificadamente, o supracitado parágrafo primeiro do artigo 1013, do CPC, possibilitará ao tribunal analisar todas as questões suscitadas pela parte no processo, ainda que estas não tenham sido apreciadas pelo magistrado *a quo*.

Por sua vez, o parágrafo segundo, do mesmo dispositivo, outrossim, permite que o prolator da decisão analise todos os fundamentos utilizados pelas partes para embasarem seus direitos, mesmo sem ter passado pela análise do primeiro juízo.

Então, é através da profundidade do efeito devolutivo da apelação que o tribunal poderá apreciar todas as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes, mesmo se tais fundamentos não foram enfrentados pelo órgão *a quo* para proferir o julgado.

Quanto a profundidade do efeito devolutivo, colaciona-se um excerto da obra de Barbosa Moreira.

Por outro lado, a decisão apelada tem os seus *fundamentos*: no órgão de primeiro grau, para decidir, precisou naturalmente enfrentar e resolver questões, isto é, pontos duvidosos de fato e de direito, suscitados pelas partes ou apreciados *ex officio*. Cumpre averiguar se todas essas questões, ou nem todas, devem ser

188 BRASIL, 2008b, p. 438.

reexaminadas pelo tribunal, para proceder, por sua vez, ao julgamento; ou ainda se, porventura, hão de ser examinadas questões que o órgão *a quo*, embora pudesse ou devesse apreciar, de fato *não apreciou*. Focaliza-se aqui o problema em perspectiva *vertical*.¹⁸⁹

Por fim, transcreve-se a distinção sobre a extensão e profundidade do efeito devolutivo, esposada, também, na obra de Barbosa Moreira:

Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar.¹⁹⁰

3.3.2 Suspensivo

No direito pátrio, em regra, a apelação cível é dotada de ambos os efeitos, ou seja, é dotada dos efeitos devolutivos e suspensivos.¹⁹¹ Entretanto, há casos em que não haverá o efeito suspensivo, casos estes que estão numerados taxativamente no § 1º, do artigo 1012, do CPC. Nesses casos, a apelação será recebida somente no efeito devolutivo e a parte apelada poderá promover, de imediato, a execução da sentença.

Além disso, insta ressaltar que, mesmo nesses casos em que é incabível o efeito suspensivo ao recurso de apelação, o magistrado poderá concedê-lo se houver pedido expresso do recorrente e este demonstrar risco de lesão irreparável, ou de difícil reparação, conforme prevê o artigo § 3º, do artigo 1012, da legislação processual civil. Daí poder se falar em efeito suspensivo *ope iudicis* (por força de determinação judicial).¹⁹²

Nestes termos, tem-se que o efeito suspensivo é aquele que enseja, com a interposição do recurso, a suspensão da produção dos efeitos da decisão recorrida até que transite em julgado a decisão sobre que se deu o recurso.¹⁹³

189 MOREIRA, 2006, p. 431.

190 MOREIRA, 2006, p. 431.

191 NERY JÚNIOR, 2004, p. 448.

192 JORGE, 2007, p. 225.

193 DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 81; NERY JÚNIOR, 2004, p. 445.

É neste sentido que leciona Flávio Cheim Jorge:

Por outro lado, o denominado *efeito suspensivo* está diretamente relacionado à ineficácia da decisão, qual seja, por vontade do legislador, e em apreço às técnicas de segurança, este predeterminedou que, regra geral, as decisões que extinguem o processo não são dotadas de efeito imediato, isto é, proferida uma decisão ela já nasce amordaçada de seu efeito normal. Sabe-se qual será o efeito, mas o sistema impede que seja realizado. Então, diante disso, o legislador estabelece que o recurso apenas prolonga o estado de ineficácia da decisão.¹⁹⁴

Assim, depreende-se que, através desse efeito ocorre o adiamento da execução da sentença vergastada, até que o Tribunal julgue efetivamente o recurso.

Esse efeito tem início com a publicação da decisão impugnável pela via recursal para a qual a lei prevê o efeito suspensivo, e finda-se com a publicação da decisão que julga o recurso.¹⁹⁵

3.3.3 Translativo

Como já explanado acima, o efeito devolutivo do recurso de apelação, o qual decorre do princípio dispositivo, só permite o órgão *ad quem* decidir aquilo que lhe foi pedido na esfera recursal, pois caso contrário sua decisão irá caracterizar-se como *extra*, *ultra*, ou *citra petita*, de acordo com o vício que a decisão padecer.

Porém, há casos em que o órgão de segundo grau de jurisdição poderá analisar questões não suscitadas pelas partes nas suas razões recursais, não se podendo falar em julgamento *extra*, *ultra* ou *citra petita*. São os casos das questões de ordem públicas que poderão que verificadas, de ofício, pelo magistrado em qualquer grau de jurisdição e cujo respeito não opera preclusão.¹⁹⁶

Esta possibilidade do Tribunal examinar questões de ordem pública não suscitadas pelas partes e nem apreciadas pelo juiz do primeiro grau de jurisdição está explícita nos parágrafos primeiro ao terceiro, do artigo 1013, da legislação processual civil.

¹⁹⁴ JORGE, op. cit, p. 224.

¹⁹⁵ NERY JÚNIOR, 2004, p. 446.

¹⁹⁶ CHAMONE, 2006.

Outrossim, pode-se acrescentar que esta prerrogativa é decorrente do princípio inquisitório, princípio este que rege o processo civil brasileiro, o qual determina que o julgador poderá reconhecer questões de ordem pública em qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, mesmo que não impugnadas pelas partes que compõem a lide, ou não reconhecidas pelo primeiro julgador.

É neste sentido que se pronuncia Nelson Nery Júnior:

O poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não argüidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do *princípio inquisitório* e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos.¹⁹⁷

Por fim, impende afirmar que o mencionado efeito se opera nos recursos ordinários, quais sejam, apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional. Por sua vez, não se dá nos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência), pois para que esses recursos sejam conhecidos requerem os prequestionamentos das questões constitucionais ou federais suscitadas.¹⁹⁸

3.3.4 Substitutivo

O efeito substitutivo apontado pelo processualista Nelson Nery Júnior está fixado no artigo 1008, do CPC, segundo o qual a decisão do mérito do recurso substitui, por completo, a decisão combatida.¹⁹⁹

Neste sentido, pode-se falar que existe o referido efeito quando o tribunal julga o mérito recursal, pois caso contrário não haverá o pronunciamento quanto o acerto ou não da decisão fustigada, não havendo que se falar em efeito substitutivo.

Nesta toada, convém acrescentar que, quando o objeto questionado na via recursal se referir a *error in iudicando* haverá efeito substitutivo tanto em caso de provimento, quanto em caso de improvimento do recurso; por outro lado, se a irresignação do recorrente envolver *error in procedendo*, o mencionado efeito só irá se caracterizar, se for

¹⁹⁷ NERY JÚNIOR, 2004, p. 484.

¹⁹⁸ NERY JÚNIOR, loc. cit.

¹⁹⁹ NERY JÚNIOR, loc. cit.

negado provimento ao recurso, porquanto, se este for provido a decisão impugnada será anulada, e por via de consequência, não irá imperar o efeito substitutivo.

Resumidamente, este pensamento foi exposto por Nelson Nery Júnior:

Conhecido o recurso, pelo juízo de admissibilidade positivo, passando-se ao exame do mérito recursal, haverá *efeito substitutivo* do recurso quando: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *in procedendo*) for negado provimento ao recurso; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso.²⁰⁰

Finalizando a exposição quanto ao efeito abordado, insta salientar que esta substituição pode ser de forma total ou parcial, “ocorrendo esta quando a impugnação é parcial ou quando o tribunal se limita a conhecer parcialmente do recurso”.²⁰¹ Deste modo, pode-se auferir que a parte da decisão recorrida que não foi objeto do recurso, bem como a parte do recurso que não foi conhecida pelo Tribunal não será objeto deste efeito substitutivo.

3.3.5 Expansivo

Ao lado dos efeitos devolutivo, suspensivo, substitutivo e translativo, Nelson Nery Júnior, ainda, admite outro efeito: o efeito expansivo.

Para ele, o efeito expansivo é aquele que possibilita o julgamento do recurso de forma mais ampla que o reexame da matéria impugnada. Tal efeito pode ser objetivo ou subjetivo, interno ou externo.²⁰²

Assim, há efeito expansivo objetivo interno quando o tribunal, ao julgar o recurso de apelação cível interposto contra sentença de mérito, reconhece, por exemplo, litispendência, e dar, portanto, provimento ao recurso. Assim, esta decisão produzirá efeito por toda a sentença recorrida, ensejando sua invalidação; já que deverá haver a extinção do feito sem resolução do mérito, com arrimo no inciso V, do artigo 485, do CPC.

Destarte, conclui-se que, este efeito é considerado interno, porque atinge, apenas, o ato impugnado.

²⁰⁰ Ibidem, p. 488.

²⁰¹ NERY JÚNIOR, 2004, p. 489.

²⁰² Ibidem, p. 477.

Por outro lado, no que tange ao efeito expansivo objetivo externo, observa-se que o mesmo ocorre quando é movido o agravo de instrumento. Isso porque, com a interposição do agravo de instrumento os atos praticados no primeiro grau de jurisdição que sejam incompatíveis com a nova decisão proferida pelo Tribunal ficarão, *ipso facto*, sem efeito, devendo ser renovados.²⁰³

Assim, verifica-se que o efeito expansivo objetivo externo se dá relativamente a outros atos praticados no processo, e não apenas em relação ao ato impugnado, como ocorre com o efeito expansivo objetivo interno.

Para finalizar a matéria referente aos efeitos dos recursos, colaciona-se o ensinamento de Nelson Nery Júnior, no que tange ao efeito subjetivo:

O objeto da extensão dos efeitos do julgamento do recurso pode ocorrer do ponto de vista subjetivo, razão pela qual aí se impende falar em *efeito expansivo objetivo*. É o caso, por exemplo, do recurso interposto por apenas um dos litisconsortes sob o regime da unitariedade. O CPC 509 diz que o recurso de um litisconsorte aproveita aos demais, salvo quando distintos ou opostos seus interesses, sendo que a doutrina dominante entende aplicar-se esse dispositivo ao *litisconsórcio unitário*, ainda que não necessário.²⁰⁴

Após explanados, sucintamente, alguns aspectos essenciais do recurso de apelação, aspectos esses necessários a compreensão do tema do presente trabalho, passa-se a abordar, no próximo capítulo, todas as questões referentes ao parágrafo terceiro, do artigo 1013, do CPC, o qual visou implantar maior celeridade nos trâmites processuais brasileiros.

4 ANÁLISE DO § 3º DO ARTIGO 1013 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 Ampliação do efeito devolutivo do recurso de apelação

O legislador brasileiro visando suprimir a insatisfação da sociedade quanto a morosidade do poder judiciário na solução dos litígios, através da lei nº 10.352/2001, introduziu o parágrafo terceiro ao artigo 515, do CPC/73, atual parágrafo terceiro, do artigo 515, do CPC/15.

²⁰³ Ibidem, p. 478.

²⁰⁴ NERY JÚNIOR, 2004, p. 479.

O referido parágrafo dispõe que se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando reformar sentença fundada no art. 485; decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo e decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Desta forma, tem-se a aplicação do que a doutrina denomina de teoria da causa madura, a qual versa que deverá haver o imediato julgamento do *meritum causae* pelo órgão do segundo grau de jurisdição quando a causa estiver pronta para o julgamento, ou seja, quando não necessitar de qualquer dilação probatória ou de qualquer providência das partes.

Entende-se que, com a entrada em vigor do mencionado artigo, o efeito devolutivo do recurso de apelação foi vastamente ampliado, tendo em vista que permitiu o tribunal julgar, de logo, o mérito da lide, nos casos de sentenças terminativas proferidas pelo magistrado a quo, bem como nos casos de vícios de nulidade declarados. Antes desta lei, portanto, tal permissão não existia, sendo necessário, no caso do tribunal entender que a sentença não estava correta, anulá-la, e remeter, obrigatoriamente, os autos ao juízo *a quo* para que este julgasse o pedido formulado na peça vestibular, sob pena de nulidade da decisão.²⁰⁵

Tal procedimento se justificava em razão da obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição, conforme se denota dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Apelação civil. *Tantum devolutum quantum appellatum*. Art 515 do CPC. Duplo grau de jurisdição. Extinto o processo, sem julgamento do mérito, na instância inferior, com base no art. 267, VI do CPC, não é possível ao juiz de segunda instância, em grau de apelação, apreciar o mérito, julgando procedente a ação, sob pena de comprometer o duplo grau de jurisdição. Recurso extraordinário conhecido e provido.²⁰⁶

Apelação. Carência de ação reconhecida pela sentença. Impossibilidade do tribunal, apreciando recurso de apelação, julgar o

²⁰⁵ LUCENA, 2004.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 1035588. 1ª Turma. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, DF, 19 de dezembro de 1984. Disponível em: <<http://www.stf.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=Apelação%20civil%20duplo%20grau%20jurisdição%20extinção%20processo%20sem%29julgamento%20mérito%20instância%20inferior&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10. ago. 2009.

mérito do pedido inicial. Violação do princípio do duplo grau de jurisdição e ofensa ao artigo 515, par. 1º, do CPC. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e provido.²⁰⁷

Neste contexto, pode-se concluir que antes da entrada em vigor da lei nº 10.352/2001, especificamente, antes da introdução do § 3º no artigo 515, do CPC (artigo 1013, § 3º, do CPC/15), não era permitido ao juízo *ad quem* julgar o mérito da causa de sentença terminativa, se limitando, apenas, a verificar a presença ou não de vício causador da extinção processual.

É neste sentido o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 515, § 3º, DO CPC, ACRESCIDO PELA LEI Nº 10.352/01. APLICAÇÃO NO TEMPO. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT. ACTUM.

1. As regras de direito intertemporal consagram o princípio tempus regit actum, de modo que a lei processual nova tem eficácia imediata, incidindo sobre os atos praticados a partir do momento em que se torna obrigatória, não alcançando, todavia, os atos consumados sob o império da legislação anterior, sob pena de retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

2. Antes da vigência da Lei 10.352/01, que acrescentou o § 3º ao art. 515 do CPC, não havia permissão legal para que os tribunais do país, ao julgar o recurso de apelação, apreciassem diretamente o mérito da causa se a sentença apelada havia-se limitado a extinguir o processo sem exame de natureza meritória.

3. Precedentes sem exame de natureza meritória.

4. Recurso especial provido.²⁰⁸

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 84.467/SP. 1ª Turma. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF, 19 de novembro de 1976. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=re%2084467&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10. ago. 2009.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1014444/RJ (2007/0294039-4). 2ª Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 06 de março de 2008. Disponível em:

Deste modo, resta evidente que o efeito devolutivo da apelação era limitado. Entretanto, como a reforma possibilitou a apreciação do mérito da lide pelo órgão colegiado, sem que o juiz de primeiro grau o tenha apreciado anteriormente, pode-se falar, indubitavelmente, que houve a ampliação do efeito devolutivo do recurso de apelação cível.²⁰⁹

4.2 Constitucionalidade

Como já exposto, não era permitido a segunda instância examinar o mérito da causa, sem que esta tivesse sido apreciada pelo magistrado *a quo*, pois agir dessa forma caracterizaria violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Este era o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme explanado nos precedentes já transcritos.

Entretanto, vislumbra-se que não é correto entender dessa maneira, uma vez que, consoante esposado no segundo capítulo deste presente trabalho, o princípio do duplo grau de jurisdição não está explicitamente consagrado na carta magna, embora possa ser extraído implicitamente do duplo exame em relação aos dispositivos da constituição da república concernentes aos tribunais de segunda instância. Este princípio, como já afirmado anteriormente, decorre das regras constitucionais de competência.

Ademais, outro aspecto de maior relevância para justificar a legalidade do dispositivo em questão, é o fato do princípio do duplo grau de jurisdição não ser uma garantia constitucional absoluta, pois ele não decorre necessariamente do devido processo legal. Desta forma, há possibilidade do mesmo sofrer limitação, inclusive, por lei infraconstitucional.

Neste sentido, é o pensamento de Eduardo Cambi:

Houve, pois, uma mitigação, pelo legislador ordinário, da garantia do duplo grau de jurisdição. Isso, contudo, não torna a nova regra jurídica inconstitucional, desde que se possa vislumbrar o valor jurídico adotado pelo legislador, há de ser considerado mais efetivo para a administração da justiça.²¹⁰

Desta forma, outrossim, entende Estêvão Mallet:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1014444&&b=ACOR&p=true&t=&I=10&i=7#>>
. Acesso em: 16. ago. 2008.

209 BEDAQUE, 2003, p. 454.

210 CAMBI, 2002, p. 179.

De todo modo, o duplo grau de jurisdição não constitui – cumpre dizê-lo com clareza- decorrência necessária da garantia do devido processo legal, de modo que não está posto ao abrigo de qualquer limitação por parte do legislador ordinário. Prova-o a previsão, na Constituição brasileira – em que expressamente se acolhe a garantia do devido processo legal – , de causas julgadas em única instância (art 102, incisos I e III).²¹¹

Então, observa-se que não há qualquer motivo para taxar essa norma de inconstitucional, em razão dela violar o princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto este não é absoluto.

A fim de ratificar a tese de que o § 3º, do artigo 1013, do CPC, não é inconstitucional, por ferir o duplo grau de jurisdição, transcreve-se a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

Afasta-se desde logo a suspeita de que esse princípio peque por inconstitucionalidade ao permitir um julgamento *per saltum*, ficando pois excluída a decisão da causa pelo juiz inferior – porque na ordem constitucional brasileira não há uma *garantia* do duplo grau de jurisdição. A Constituição Federal prestigia o duplo grau como *princípio*, não como garantia, ao enunciar seguidas vezes a competência dos tribunais para o julgamento dos recursos; mas ela própria põe ressalvas a imposição desse princípio, especialmente ao enumerar hipóteses da *competência originária dos tribunais*, nas quais é quase sempre problemática a admissibilidade de algum recurso, seja para o próprio tribunal, seja para outro de nível mais elevado. Em face disso, em princípio não é inconstitucional repudiada uma norma legal que confine em um só grau jurisdicional o julgamento de uma causa ou que outorgue competência ao tribunal para julgar alguma outra, ainda não julgada pelo juiz inferior.²¹²

211 MALLETT, Estêvão. Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito (lei 10.352). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 7, p. 183.

212 DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a. v. 5, p. 38.

Por sua vez, pode-se acrescentar que não existe nenhum direito absoluto²¹³, vez que na medida em que existirem confrontos de valores haverá a necessidade de relativização de algum direito em prol de concretizar os anseios sociais.

O que ocorreu com a entrada em vigor desta norma, foi justamente, uma exceção a este princípio; visando, pois, conferir maior celeridade as relações processuais, conforme o artigo 5º, inciso XXXV, da carta da república.

Conclui-se que, o legislador minimizou excepcionalmente o princípio do duplo grau de jurisdição, com bastante cautela, perquirindo um equilíbrio deste com outro princípio do direito processual civil, qual seja, o princípio da celeridade, o qual garante o direito fundamental de acesso à justiça.

Sobre a matéria defendida, convém citar a lição exposta por Joana Carolina Lins:

A problemática, em verdade, aí reside: o princípio do duplo grau se encontra arraigado em nossas consciências jurídicas; foi alçado a elevado nível de importância. A alteração do Código de Processo Civil, que não ofende, como visto, qualquer norma constitucional, ofende apenas nosso hábito, a nossa compreensão equivocada do grau de relevância de um princípio que, de tão valorizado, findou-se por ofuscar a relevância de outros princípios, como o da celeridade e da economia processual.

E ainda acrescenta que:

No direito comparado, como se demonstrará no item 10, *infra*, tem sido abrandada a exigência de duplo grau, em prol de uma justiça mais célere. Tem-se valorizado o entendimento segundo o qual *não se exige que o juiz de primeira instância tenha julgado o mérito; é suficiente que tenha podido fazê-lo*. É o momento, destarte, de se prestigiar o princípio da celeridade; tendo em mente que princípios não se excluem, cumpre apenas reconhecer a qual princípio se deve, na atual conjuntura, atribuir maior peso.²¹⁴

Por fim, é de importância aduzir que esta nova regra foi editada, outrossim, em consonância com o princípio da *segurança jurídica*, que traz um valor importante para o

²¹³ OLIVEIRA, 2002, p. 239.

²¹⁴ PEREIRA, 2003, p. 224.

sistema processual civil brasileiro, pois sua aplicação só é permitida quando a causa estiver pronta para o julgamento, sem necessidade, portanto, de produção de qualquer prova.

4.3 Incolumidade do princípio do contraditório e da ampla defesa

Afastada a tese da inconstitucionalidade do dispositivo, ora em estudo, em face do princípio do duplo grau de jurisdição, passe-se agora a analisar sua constitucionalidade frente aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

É sabido que os referidos princípios estão estampados no inciso LV, do artigo 5º, da carta da república, o que dispõe que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”²¹⁵.

Sobre estes princípios se pronuncia Alexandre de Moraes:

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu, condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.²¹⁶

Pois bem, exposta a conceituação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, convém, ainda, tecer algumas considerações sobre o § 3º, do artigo 1013, do CPC, a fim de concluir se a aplicação do supracitado dispositivo viola ou não tais princípios.

Consoante já afirmado, só é permitido que o tribunal utilize o parágrafo terceiro, do artigo 1013, do CPC, quando a causa estiver em condições de imediato julgamento.

Assim, pode-se aferir que tal aplicação só será legítima quando a questão não necessitar de qualquer dilação probatória, ou seja, quando já tiver acontecido toda a instrução processual, tais como, resposta do réu, oitiva das testemunhas, produção de

²¹⁵ BRASIL, 2008a, p. 10.

²¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 93.

provas, realização de perícia (se for necessário); enfim, se já tiver realizado todas as diligências processuais.

A fim de ilustrar a hipótese aventada acima, pode-se citar como exemplo, a impossibilidade de aplicação do citado dispositivo no caso em que o recurso de apelação ataca sentença terminativa que extinguiu o processo por indeferimento da inicial. Neste caso, resta evidente que o órgão de segundo grau não poderá julgar, desde logo, o mérito da causa, pois o réu não teve a oportunidade para integrar a relação jurídica processual. Neste caso, agir em contrário, certamente caracterizará violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido, leciona Eduardo Cambi:

Com efeito, o tribunal estará em condições para julgar imediatamente uma questão exclusivamente de direito somente quando o fato for incontroverso. No entanto, nenhum fato se torna incontroverso antes de ser dada oportunidade para a parte exercer seu direito de defesa. Por exemplo, tendo o juiz de primeiro grau indeferido liminarmente a petição inicial (art. 267, inc. I, CPC), em razão da ilegitimidade de parte (art. 295, inc. II, CPC), não pode o Tribunal, afastada a carência de ação, julgar o mérito, porque o réu, nem teve oportunidade de integrar a relação jurídica processual. Logo, nesse momento processual, o fato ainda não era incontroverso, devendo o Tribunal anular a sentença, para permitir que o processo prossiga o seu curso normal, com a citação do demandado. Consequentemente, a observância do *contraditório*, em primeiro grau de jurisdição, é uma condição absolutamente indispensável para que o Tribunal possa julgar o *meritum causae*.²¹⁷

Diante de todo o exposto, observa-se que o mencionado parágrafo terceiro, do artigo 1013, do CPC, só poderá ser efetivamente utilizado quando a demanda não necessitar da produção de prova, e, outrossim, quando as partes já tiverem se manifestado sobre qualquer documento acostado aos autos. Portanto, entende-se que o tribunal só poderá fazer uso do citado dispositivo, quando forem ofertadas as partes o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Deste modo, conclui-se que é incabível defender que o § 3º, do artigo 1013 do CPC, viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, porquanto em caso da demanda necessitar de qualquer dilação probatória, o órgão *ad quem* não poderá adentrar no mérito da causa, devendo, portanto, remeter os autos para o juiz do primeiro grau jurisdicional, a

217 CAMBI, 2002, p. 184.

fim de que este dê prosseguimento e continuidade ao feito, e, após toda a instrução probatória, possa julgar definitivamente a causa.

4.4 A proibição da *reformatio in peius*.

O princípio da proibição da *reformatio in peius* veda que o órgão de segundo grau, ao julgar o recurso, profira decisão mais desfavorável ao recorrente, do que a sentença recorrida.

Nelson Nery Júnior traz a seguinte conceituação para o referido princípio:

Também chamado de 'princípio do efeito devolutivo' e de 'princípio de defesa da coisa julgada parcial', a proibição da *reformatio in peius* tem por objetivo evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente, ou porque extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em virtude de não haver recurso da parte contrária.²¹⁸

Assim, entende-se que esta vedação decorre do efeito devolutivo, segundo o qual determina que, o tribunal ficará adstrito, apenas, a matéria impugnada na via recursal. Deste modo, depreende-se que, se não houver pedido expresso da parte contrária, o órgão *ad quem* não poderá piorar a situação do recorrente, retirando-lhe a vantagem que lhe foi concedida pela sentença vergastada, sob pena de ampliar o efeito devolutivo do recurso de apelação.

Destarte, questiona-se se a aplicação do § 3º, do artigo 1013, do CPC, configura hipótese de *reformatio in peius*, no caso em que o tribunal julgar favoravelmente o mérito recursal em relação aquela parte que não interpôs o recurso, piorando, portanto, a situação do recorrente.

Pois bem, como já esposado acima, a regra é a de que o órgão julgador, ao proferir o julgamento do recurso, não poderá piorar a situação da parte recorrente, em decorrência da proibição da *reformatio in peius*.

Entretanto, encontra-se uma exceção a esta regra, qual seja, em se tratando de questão de ordem pública não há controvérsia de que o órgão julgador poderá reconhecê-la em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, podendo, inclusive, se for o caso,

218 NERY JÚNIOR, 2004, p. 183.

piorar a situação do recorrente. Essa possibilidade decorre do chamado efeito translativo, consoante já abordado no capítulo anterior.²¹⁹

Diante dos fatos expostos, convém verificar se a introdução do § 3^a, ora em análise, configura, também, uma permissão da *reformatio in peius*, já que existe a possibilidade do Douto magistrado julgar o mérito da lide de forma desfavorável ao recorrente.

Analisando o que dispõe o parágrafo terceiro, do artigo 1013, da legislação processual civil, entende-se que caberá ao tribunal julgar o mérito da lide recursal, recurso este interposto contra sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito, em virtude desta estar eivada de algum vício. Ressalta-se que, tal julgamento só será permitido se o processo já estiver pronto para julgamento.

Nestes termos, é de fácil percepção que esta hipótese não é caso de rejuízo da causa, mas sim de julgamento, vez que o mérito não foi apreciado pelo magistrado *a quo*.

Desta forma, observa-se que não há que se falar em *reformatio in peius* neste caso, pois o tribunal não está reformando decisão anterior, mas sim julgando em primeiro grau de jurisdição.²²⁰

Neste sentido, Arruda Alvim entende que “o novo dispositivo significa uma das exceções ao caput do art. 515, que limita a extensão do efeito devolutivo da apelação à matéria impugnada”.²²¹

Assim, vislumbra-se que o § 3^o, do artigo 1013, do CPC, possibilita que o tribunal julgue o mérito da questão, ainda que seja desfavorável a parte que recorreu. Entretanto, conforme já dito, isso não viola o princípio da *reformatio in peius*, pois este se aplica aquelas matérias que já foram anteriormente decididas, o que não é o caso do supracitado dispositivo.

Nesta toada, entende-se que o mencionado dispositivo configura uma exceção ao princípio em tela, vez que o tribunal irá julgar originariamente o mérito da demanda, pois o magistrado não se pronunciou sobre tal, se cingindo, apenas, a extinguir o feito com base em um dos incisos do artigo 485, do CPC (extinção sem resolução do mérito), bem

²¹⁹ NERY JÚNIOR, 2004, p. 183-184.

²²⁰ MELO, 2005, p. 686.

²²¹ ALVIM, Arruda. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a lei 10.352/2001. In: NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 78.

como quando se constatar omissão no exame de um dos pedidos e quando decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação e por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir.

Corroborando o tema exposto acima, colaciona-se a lição do já citado Ricardo Procópio Bandeira de Melo:

Com efeito, ao tribunal caberá julgar o mérito da ação, pois a tanto se recusou o juízo *a quo*, não sendo o caso de falar em *reformatio in pejus* numa decisão que, dando provimento ao recurso, afaste o defeito enxergado pelo juiz, e que deu causa a extinção do processo sem julgamento do mérito, para julgar improcedente a ação.

Não se ignora que, em condições normais, dando provimento ao recurso, o tribunal estará julgando a ação, por isso é que a sua decisão substituirá a sentença de primeiro grau (CPC, art. 512). Todavia, na hipótese prevista no § 3º. do art. 515, dar-se-á um primeiro julgamento sobre o mérito, ou seja, sobre a pretensão de direito material deduzida na própria petição inicial. Vale dizer, não se verá a parte diante de um segundo julgamento de mérito que lhe seja desfavorável sem ter havido pedido a respeito, naquilo que ela houvera sido vencedora no julgamento de primeiro grau. O caso é de não ter havido o julgamento de primeiro grau, de modo que o julgamento do tribunal, na hipótese do § 3º. do art. 515, é do mérito da ação em primeiro grau, isto é, caberá ao tribunal acolher ou desacolher o pedido feito à inicial.²²²

Por sua vez, com o intuito de ratificar o tema em análise, transcreve-se, *in verbis*, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL- EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA – SENTENÇA QUE JULGA EXTINTO, SEM EXAME DO MÉRITO, OS EMBARGOS – APELAÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA (ART. 515, § 3º, CPC) – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REFORMATIO IN PEJUS – INOCORRÊNCIA – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO.

222 MELO, 2005, p. 687.

1- O agravamento da situação do recorrente deve ser visualizado à luz do que restou julgado pelo órgão a quo e, bem assim, do que efetivamente foi impugnado. No caso o julgado impugnado nem sequer examinou o mérito da demanda, pois, reitere-se, houve por bem indeferir liminarmente os embargos à execução de sentença, por considerá-los intempestivos. Descaracterizada, assim, a afronta ao princípio da reformatio in pejus.

2- Recurso especial conhecido, mas não provido.

(grifo inexistente na origem)²²³

Diante de todo o exposto acima, conclui-se que não haverá a *reformatio in peius* no caso do tribunal julgar diretamente o mérito da causa, pois agindo desta forma ele estará julgando originariamente a lide, e não reformando decisão anterior.

4.5 Pressuposto

O legislador brasileiro, ao introduzir o § 3º, ao artigo 1013, do código de processo civil estabeleceu que para sua aplicação o processo precisa estar em condições de imediato julgamento.

Assim, deve-se entender que este requisito estará presente quando o processo já estiver instruído com todos os meios de provas necessários para a solução do litígio. Ou seja, tal dispositivo só poderá ser aplicado quando as partes tiverem produzidos todas as provas que julgarem ser necessárias para corroborar seu direito ou defesa no primeiro grau de jurisdição.²²⁴

Como já exposto anteriormente, o legislador ao introduzir o parágrafo terceiro, ao artigo 1013, visou implementar a celeridade processual, permitindo que o órgão de segunda instância julgasse diretamente o mérito recursal, sem que este tivesse sido apreciado, anteriormente, pelo magistrado *a quo*.

223 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 859595/RJ (2006/0120239-8). 2ª Turma. Relatora: Ministra Relator Eliana Calmon. Brasília, DF, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualização=RESUMO&b=ACOR&livre=859595>. Acesso em: 16. ago. 2009.

224 NERY JÚNIOR, NERY, 2007, p. 857.

Para tanto, o mesmo fixou alguns requisitos para a efetivação deste dispositivo, pois a permissão de aplicação do § 3º, do artigo 1013 em qualquer hipótese, iria acarretar, muitas vezes, violação do contraditório e da ampla defesa.

Um exemplo bastante ilustrativo, para ratificar a assertiva acima, seria o caso do tribunal julgar diretamente o mérito de uma causa, em que a sentença recorrida tivesse extinto o processo sem resolução do mérito, em virtude do indeferimento da petição inicial, conforme permite o inciso I, do artigo 485, do CPC. Neste caso é vedada a aplicação do § 3º, do artigo 1013, do CPC, vez que não houve, sequer, a citação da parte ré.

Deste modo, entende-se que, o supramencionado dispositivo só poderá ser utilizado pelo órgão *ad quem*, quando não provocar cerceamento do direito de defesa, ou seja, quando o processo já estiver devidamente instruído com todos os meios probatórios, por ambas as partes. Isto é o que o legislador chamou de condições de imediato julgamento.

Confirmando o exposto, cita-se a visão de Gleydson Kleber sobre o requisito em estudo:

Outro requisito expressamente previsto para que o tribunal possa apreciar o mérito é o fato de o processo estar em condições de imediato julgamento. Ao que nos parece o citado requisito exige a presença dos princípios processuais, mormente o do contraditório, a ampla defesa e do dispositivo.²²⁵

Outrossim, se manifesta sobre a matéria em tela o processualista Barbosa Moreira:

Esses dois últimos pressupostos em certa medida superpõem-se: a entender-se que a causa estará 'em condições de imediato julgamento' sempre que já não haja necessidade de outras provas além das produzidas nos autos, a cláusula abrangerá as hipóteses de discutir-se naquela 'questão exclusivamente de direito', pois só por exceção (art. 337) é concebível que se necessite de prova para resolver *quaestio iuris*. Teria sido preferível que se adotasse aqui, com as devidas adaptações, a fórmula relativa ao julgamento antecipado da lide, constante do art. 330, nº I: 'quando a questão suscitada no

225 OLIVEIRA, 2002, p. 257.

recurso for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de outras provas'.²²⁶

4.6 Facultatividade ou imposição judicial?

Outro ponto polêmico sobre o assunto em análise diz respeito à obrigatoriedade ou não do Tribunal aplicar o parágrafo terceiro, do artigo 1013, quando estiverem presentes os pressupostos deste dispositivo.

Pois bem, é de fácil solução a indagação exposta acima, porquanto se deve levar em consideração o objetivo do legislador ao introduzir o dispositivo no código de processo civil.

Nesse contexto, em virtude da reforma ter visado à celeridade processual e a eficácia nas relações jurisdicionais, não há razão para entender que a aplicação do parágrafo terceiro, do artigo 1013, do CPC, é uma faculdade do magistrado *ad quem*. Isso porque, uma vez presentes os requisitos expostos no mencionado artigo, já relacionados acima, o magistrado do segundo grau jurisdicional terá o poder-dever de aplicá-lo.²²⁷

A interpretação contrária ao citado artigo afronta diretamente seu fim maior, qual seja, atender mais rapidamente os anseios sociais quanto à resolução dos conflitos que são levados ao Poder Judiciário.

É este o entendimento adotado por Munir Karam:

Para os doutrinadores, o tribunal não tem faculdade, mas o dever de fazer o julgamento. Se o tribunal entender não se tratar da hipótese, deve justificar a sua decisão, declinando ao juízo as provas ou medidas que se fizerem necessárias para que a causa possa estar em condições de imediato julgamento.²²⁸

²²⁶ MOREIRA, 2006, p. 433.

²²⁷ WAMBIER; WAMBIER, 2002. p. 142-144.

²²⁸ KARAM, Munir. Novos aspectos da apelação cível (o julgamento por salto de instância do § 3º do art. 515). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9, p. 377.

Neste mesmo sentido afirmou Humberto Theodoro Júnior ao explicitar que “o novo § 3º. do art. 1013 do CPC não criou simples faculdade para o Tribunal, que tem o dever de enfrentar o mérito da causa, quando configurados os requisitos legais para tanto”.²²⁹

Deste modo, conclui-se que, o tribunal terá o poder-dever de efetivar o julgamento *per saltum*, quando a causa estiver pronta para o julgamento, ou seja, quando não necessitar de qualquer produção de provas. Ou seja, o órgão de segundo grau de jurisdição deverá aplicar obrigatoriamente o parágrafo terceiro, do artigo 1013, do CPC, julgando diretamente o mérito da causa, quando presentes os requisitos previstos neste dispositivo. Isto, portanto, é a denominada “Teoria da causa madura”.

4.7 Procedimento

Não há controvérsias sobre o procedimento adotado para o julgamento das causas que há incidência do § 3º, do artigo 1013, do CPC.

Em relação ao procedimento, prefacialmente, insta afirmar que, uma vez presentes os requisitos do supracitado dispositivo, não será necessário duas sessões distintas para o julgamento do processo, ou seja, não precisa de uma sessão para a reforma da sentença terminativa, e outra para o julgamento do mérito do recurso.²³⁰

Isso porque, não seria lógico e nem técnico o julgamento do processo em duas sessões, se a finalidade do parágrafo terceiro, do artigo 1013, do CPC é garantir maior celeridade processual. O procedimento desta forma, com certeza, iria gerar uma maior demanda de tempo na tramitação do processo, indo de encontro, portanto, ao fim maior a reforma introduzida pela lei nº 10.352/2001.

Destarte, vislumbra-se que o órgão *ad quem*, numa mesma sessão, ao proferir o julgamento de um recurso de sentença terminativa, se for o caso de aplicar o § 3º, do artigo 515, do CPC/73, atual § 3º, do artigo 1013 do CPC/15 poderá reformar a sentença e, imediatamente, poderá se pronunciar sobre o mérito da pretensão. Assim, resta evidente que a decisão será proferida num mesmo acórdão, ou seja, não haverá um acórdão para a reforma da sentença e outro para o julgamento do mérito. Entretanto, se assim o fizer não

²²⁹ THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 271.

²³⁰ MALLETT, 2003, p. 200.

gerará nulidade do julgado, pois não trará qualquer prejuízo para as partes.²³¹ Assim dispõe o § 1º, do artigo 282, do CPC.²³²

Para além disso, convém aduzir que o recorrente ao impugnar a decisão terminativa fustigada, deverá, de logo, questionar, também, a pretensão meritória, pois não terá outra oportunidade para fazê-lo. Do mesmo modo exige-se para o recorrido, ao apresentar suas contra-razões aos recursos, pois no direito brasileiro não há oportunidade para apresentar alegações sobre o mérito de forma separada.

Nesse contexto, após esses procedimentos, serão votadas separadamente as questões sobre o conhecimento do recurso, sobre a reforma da sentença, e por último, sobre o mérito da causa.²³³

Mallet, ainda, acrescenta alguns comentários sobre o procedimento da aplicação do § 3º, do artigo 515, do CPC/73 (equivalente ao § 3º, do artigo 1013, do CPC/73), no julgamento do recurso.

Concebe-se, pois, que, após a reforma unânime da sentença terminativa, fique vencido o relator na proposta de imediato exame do mérito, por entenderem os demais julgadores não estarem presentes os pressupostos do § 3º. do art. 515 do CPC, caso em que haverá a baixa dos autos, para prosseguimento do processo (CPC, art. 560). Os juízes vencidos no julgamento de qualquer uma das questões deverão votar nas subseqüentes, consoante o art. 561 do CPC. Ao julgar que votara pela confirmação da sentença terminativa, vencido na questão, compete pronunciar-se sobre o mérito, se assim decidir a maioria.²³⁴

4.8 Aplicabilidade

Inicialmente, faz-se mister salientar que existem doutrinadores que defendem a possibilidade de aplicação do § 3º, do artigo 1013, do CPC, em qualquer modalidade recursal, não se restringindo, portanto, só ao recurso de apelação. Para tanto, defendem que da mesma forma que o *caput*, do artigo 1013, do código de processo civil não se aplica

²³¹ MALLET, loc. cit.

²³² BRASIL, 2008b, p. 417: "O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte".

²³³ MALLET, 2003, p. 200-201.

²³⁴ Ibidem, 203.

só ao recurso de apelação, mesmo estando situado no capítulo de apelação, entendem que a mesma interpretação deve ser dada ao dispositivo em análise.

Deste modo, defende Cândido Rangel Dinamarco que o dispositivo em estudo “aplica-se a todos os recursos, além dos limites da apelação”²³⁵.

No mesmo sentido é o entendimento de Cláudia Brodt Mendes e José Luiz Ragazzi:

Importante destacar também que o § 3º do artigo 515 apesar de estar situado no capítulo da apelação, não faz referência expressa a essa modalidade recursal, assim nada impede que este dispositivo seja aplicado aos demais recursos. Sabe-se que a própria regra da devolução *tantum devolutum quantum appellatum* estabelecida no *caput* do mesmo artigo 515 é válida para todos os recursos.²³⁶

Entretanto, observa-se que este posicionamento não pode prosperar, pois existem ressalvas em alguns recursos quanto a aplicação do § 3º, do artigo 1013, do CPC.

Neste sentido, pode-se afirmar que é incabível a tese de que o supramencionado dispositivo pode ser aplicado, por analogia, no âmbito do recurso extraordinário e especial, vez que os Tribunais Superiores só têm competência para apreciar matérias expressamente delimitadas no texto constitucional; além, é óbvio, da exigência do prequestionamento da matéria impugnada.²³⁷

Nesse contexto, colaciona-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nos quais apresentam entendimento assente de que é incabível a aplicação do referido dispositivo em sede de recursos especiais e extraordinários.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO EM AÇÃO MANDAMENTAL. ART. 515, § 3º, DO CPC: INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. 1. O artigo 515, § 3.º, do Código de Processo Civil, é inaplicável em

²³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002b. p. 162-163.

²³⁶ MENDES, Cláudia Brodt; RAGAZZI, José Luiz. Constitucionalidade da supressão do duplo grau de jurisdição – artigo 515 § 3º do CPC. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: divisão jurídica, São Paulo, v. 41, n. 48, jul/dez. 2007. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/29977/29432>>. Acesso em 23. ago. 2009.

²³⁷ ARAÚJO, 2003, p. 81.

sede de recurso especial, por força do requisito do prequestionamento.

2. Precedentes: EDcl no REsp 786.724/SP, DJ 07.08.2006; EDcl no REsp 524889/PR, DJ 22.05.2006; REsp 723918/RN, DJ 20.06.2005; EDcl nos EDcl no REsp 70609/SP, DJ 12.08.1996.

3. Agravo regimental parcialmente provido, determinando-se o retorno dos autos à Corte a quo, para que aprecie o pedido de compensação tributária formulado pela ora agravada.²³⁸ (Grifos inexistentes no original)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRESO POLÍTICO TORTURADO – PROSSEGUIMENTO NO EXAME DO MÉRITO DA CAUSA: IMPOSSIBILIDADE – ART. 515, § 3º, DO CPC: INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.

1. Decisão do STJ que nega provimento a recurso especial, confirmando a decisão do Tribunal de origem que anulou sentença que decretava a prescrição.

2. O STJ, ao examinar recurso especial, não está autorizado a prosseguir no julgamento do mérito da causa, mesmo se tratando de questão meramente de direito. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC.

3. Inexistência de omissão.

4. Embargos de declaração rejeitados.²³⁹

(Original sem grifos)

Diante do exposto, conclui-se que, o dispositivo em análise pode ser aplicado no recurso de apelação. Entretanto, no que tange ao recurso especial e extraordinário vislumbra-se que, não cabe sua incidência nem mesmo por analogia, pois para que haja o conhecimento desses recursos há a exigência do requisito do prequestionamento.

238 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 988034/DF (2007/0218367-6). 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 08 de outubro de 2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=988034#>. Acesso em: 23. ago. 2009.

239 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no recurso especial nº 524889/PR (2003/0044445-3). 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Brasília, DF, 22 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=524889&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 23. ago. 2009.

Por sua vez, passa-se a análise quanto a incidência ou não do § 3º, do artigo 1013, do CPC, no recurso ordinário constitucional.

É cediço que o recurso ordinário constitucional, previsto nos artigos 102, II, e 105, II, da constituição federal, permite o reexame de matéria de fato ou de direito pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Ressalta-se, pois, que o referido recurso dispensa o prequestionamento.²⁴⁰

Destarte, em razão da ausência do requisito do prequestionamento, o Superior Tribunal de Justiça entendia ser plenamente aplicável o dispositivo introduzido pela lei nº 10.352/2001, por analogia, ao recurso ordinário, conforme se pode auferir dos julgados transcritos, *in verbis*, abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. REGRA DO ART. 515, § 3º, DO CPC. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DA BAHIA. PRÁTICA FORENSE. CONCEITUAÇÃO AMPLA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, presentes os pressupostos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia, pode, em recurso ordinário em mandado de segurança, apreciar o mérito da impetração.

2. A despeito dos fundamentos expostos no acórdão recorrido, que julgou extinto o processo sem resolução de mérito por ausência de prova pré-constituída, o feito encontra-se instruído com prova documental suficiente para a verificação do direito líquido e certo do impetrante.²⁴¹

MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO - NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO - CABIMENTO -

²⁴⁰ DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 247.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 20677/BA (2005/0155294-6). 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 01 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=20677&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=142>>. Acesso em: 18. set. 2009.

SÚMULA 202/STJ - CAUSA MADURA - ART. 515, § 3º C/C 540 DO CPC
– DIREITO LÍQUIDO E CERTO - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA -
AUSÊNCIA.

[...]

III - Aplica-se o regime da Apelação ao Recurso Ordinário (CPC, Art. 540),

permitindo ao Tribunal o julgamento imediato da causa madura, conforme o Art. 515, § 3º, do CPC.

IV - No processo de Mandado de Segurança não há coleta de provas. A prova dos fatos deve estar pré-constituída.²⁴²

Todavia, em julgamento do recurso em mandado de segurança nº 27017, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça alterou o entendimento referente à matéria esposada acima. Este órgão jurisdicional passou a entender que a teoria da causa madura contida no artigo 1013, parágrafo terceiro, do código de processo civil, a qual prevê a possibilidade do tribunal examinar, originariamente, o mérito da ação originária não pode ser aplicada no julgamento de recurso ordinário de mandado de segurança extinto na origem, em razão de vedação pela carta magna.

Deste modo, apesar de reconhecer a similitude entre a apelação e o recurso ordinário, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser mais cabível a aplicação do dispositivo, ora em estudo, no julgamento de recurso ordinário de mandado de segurança extinto no primeiro grau de jurisdição, em razão das peculiaridades que a ação mandamental apresenta, quais sejam, ter regras próprias para julgamento, e regras de competência originária e recursal esposadas na carta da república. A título de exemplo, a Ministra Eliana Calmon, relatora do mencionado recurso em mandado de segurança estabeleceu como uma dessas peculiaridades o entendimento jurisprudencial, fixado na súmula nº 41, do STJ, de que "o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para

242 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 20541/SP (2005/0136251-1). 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=20541&&b=ACOR&p=true&t=&J=10&i=9>>. Acesso em: 18. set. 2009.

processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos”.²⁴³

Neste sentido, transcreve-se o mencionado precedente do Superior Tribunal de Justiça, o qual apresentou posicionamento acerca da não possibilidade de aplicação do § 3º, do artigo 515, do CPC/73, semelhante ao § 3º, do artigo 1013, do CPC/73, no julgamento de recurso ordinário de mandado de segurança extinto na origem.

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL – TERCEIRO PREJUDICADO - UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA - SÚMULA 202/STJ - APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, CPC.

1. O terceiro, prejudicado por decisão judicial, está autorizado a impetrar mandado de segurança, independentemente de interpor recurso. Não tem cabimento, no caso, a discussão sobre a possibilidade de ingressar com ação rescisória contra decisão cujos efeitos alcançam terceiro, estranho ao processo.
2. A jurisprudência do STJ admite aplicar recurso ordinário em mandado de segurança a regra do art. 515, § 3º, do CPC. Inúmeros precedentes.
3. Posição que diverge do entendimento do STF (RMS 24.309-4, Rel. Min. Marco Aurélio; RMS 22.180/DF, Rel. Min. Eros Grau), inadmitindo a aplicação analógica do art. 515, § 3º CPC em recurso ordinário.
4. Afastando-se o óbice que impediu o exame do pedido mandamental, retornam os autos à origem para exame do mérito.
5. Recurso ordinário provido em parte.²⁴⁴

Neste sentido, com este posicionamento o Superior Tribunal de Justiça se coadunou com o entendimento da Corte Suprema, o qual defende o afastamento da incidência do §

²⁴³ BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. In: Vade mecum organizado com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaiz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008c. p. 1694.

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 27368/PE (2008/0162816-7). 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 27 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=27368&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 18. set. 2009.

3º, do artigo 1013, do diploma processual civil em julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança.

Confirmando a assertiva acima, registra-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DEVOLUTIVIDADE. O DISPOSTO NO § 3º DO ARTIGO 515 DO Código de Processo Civil não se aplica ao recurso ordinário em mandado de segurança, cuja previsão, no tocante à competência, decorre de texto da Constituição Federal.²⁴⁵

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. IMÓVEL FUNCIONAL. LEI N. 8.025/90. ART. 515, § 3º, DO CPC. INAPLICABILIDADE AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

[...]

3. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC --- inserido no capítulo da apelação --- aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência definida no texto constitucional. Precedentes [RMS n. 24.309, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 30.04.2004 e RMS n. 24.789, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 26.11.2004].

4. Recurso ordinário julgado parcialmente procedente, determinando-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para apreciação do mérito da impetração” 246.

Diante dos fatos esposados, vislumbra-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual foi ao encontro ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o mais adequado para ser aplicado ao caso concreto, uma vez que o § 3º, do artigo 1013, do código de processo civil não pode ser aplicado no julgamento do recurso ordinário em

245 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança nº 24309/DF. 1ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=24309&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18. set. 2009.

246 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em mandado de segurança nº 22180/DF. 1ª Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 12 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=22180&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 set. 2009.

mandado de segurança extinto na origem, pois, apesar da similitude entre o recurso ordinário e o recurso de apelação, o STJ não poderá julgar o mérito da ação originária, sob pena de violar a competência dos tribunais estaduais e regionais garantido pela constituição federal.

4.9 Prescrição e decadência

Outro ponto que merece destaque é a hipótese de ser decretada a prescrição e decadência da ação originária pelo magistrado *a quo*, determinando este, por via de consequência, a extinção com resolução de mérito da mencionada ação. Neste caso, urge indagar se no caso do tribunal desconsiderar, no julgamento do recurso, a decretação da prescrição e da decadência, ele poderá se pronunciar sobre o mérito da demanda, à luz do disposto no parágrafo terceiro, do artigo 1013, do CPC.

O questionamento é de simples solução, vez que mesmo antes do surgimento da lei nº 10.352/2001, já havia o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que o tribunal poderia, em caso de rejeitar a hipótese de prescrição ou decadência, analisar o mérito do recurso, acolhendo ou rejeitando o pedido do demandante.²⁴⁷ Neste caso, era assente o entendimento de que não havia supressão de instância e nem mesmo violação do princípio do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que, conforme já explanado, este não é uma garantia constitucional absoluta.

Entretanto, insta salientar que, o julgamento imediato do mérito pelo tribunal *ad quem*, em caso de afastamento da decretação de prescrição e decadência, quando a questão for exclusivamente de direito e estiver devidamente instruída, decorre do exposto no parágrafo primeiro, do artigo 1013, do código de processo civil e não do parágrafo terceiro, deste artigo, porquanto a apelação devolve ao tribunal o conhecimento de toda a matéria impugnada, inclusive de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não apreciadas pelo magistrado que atuou na primeira instância.

Este é, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos precedentes transcritos a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS – PRESCRIÇÃO AFASTADA PELO TRIBUNAL – CONTINUIDADE NO EXAME DO MÉRITO PELO TRIBUNAL – POSSIBILIDADE – ART. 515, § 1º DO CPC.

247 DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 108.

1. O art. 515, § 3º do CPC, incluído pela Lei 10.352/2001, veio para permitir que o Tribunal, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, pudesse julgar desde logo a lide, em se tratando de questão exclusivamente de direito ou quando devidamente instruído o feito ('causa madura'). Dispositivo que não contempla a hipótese em que foi afastada a prescrição no Tribunal de Apelação.

2. Diferentemente, o art. 515, § 1º do Diploma Processual Civil, autoriza que o Tribunal, após afastar a prescrição, prossiga no exame do mérito, sem que isso importe em supressão de instância.

3. Precedente da Corte Especial no REsp 274.736/DF.

4. Recurso especial provido.248

(Grifo inexistente na original)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO BACEN. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ULTERIOR DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. PREJUÍZOS CAUSADOS A INVESTIDOR. ALEGADA OMISSÃO DA AUTARQUIA FEDERAL NA FISCALIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3. A Corte Especial, no julgamento do REsp 274.736/DF, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (DJ de 1º.9.2003), consagrou entendimento no sentido de que não configura supressão de instância o fato de o Tribunal ad quem, no julgamento da apelação, após afastar o implemento do prazo prescricional - que é fundamento para a extinção do processo com resolução de mérito - , passar a apreciar diretamente o mérito da lide, quando a causa for exclusivamente de direito e estiver devidamente instruída. Isso, porque "o § 1º do Art. 515 é suficientemente claro, ao dizer que devem ser apreciadas pelo tribunal de segundo grau todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro". Assim, "se o Tribunal ad quem

248 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 722410/SP (2005/0017979-4). 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 07 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=722410&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 18 set. 2009.

afasta a prescrição, deve prosseguir no julgamento da causa". Desse modo, a autorização para o afastamento da prescrição e posterior julgamento do mérito da demanda pelo Tribunal ad quem, em sede de apelação, decorre do disposto no § 1º do art. 515, do CPC e não de seu § 3º, tendo em vista que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, inclusive a apreciação e o julgamento de "todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro".

4. Não é necessário pedido expresso da parte interessada no sentido do julgamento do mérito da demanda, após o afastamento de causa extintiva do processo, mormente porque o Tribunal de origem estava autorizado, em sede de apelação, a julgar o mérito da causa, ainda que a sentença não a tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1º, do CPC).

[...]

7. Recurso especial desprovido.²⁴⁹

Assim, entende-se que, nos casos em que o tribunal julgar diretamente o mérito da lide, após afastar a prescrição ou decadência decretada erroneamente pelo magistrado *a quo*, ele tem a prerrogativa de agir dessa forma, em razão do parágrafo primeiro, do artigo 1013, do CPC e não em decorrência do previsto no § 3º, do referido artigo, pois a aplicação deste só é possível em caso de extinção do processo sem resolução de mérito, o que de dissocia da hipótese da extinção do processo por decretação, por exemplo, da prescrição, uma vez que esta extinção é com resolução do mérito, conforme previsto no artigo 487, do diploma processual civil.

CONCLUSÃO

A reforma implementada no âmbito do processo civil, através da lei nº 10.352/2001, ao introduzir o parágrafo terceiro ao artigo 515, do código de processo civil, que atualmente encontra-se no artigo 1013, § 3º do CPC, visou garantir aos cidadãos brasileiros a celeridade processual e a efetividade das prestações jurisdicionais, porquanto permitiu o

²⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1102897/DF (2008/0274382-1). 1º Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 05 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1102897>. Acesso em: 18 de set. 2009.

juízo originário do mérito da causa pelo órgão de segunda instância, desde que presentes certos requisitos insculpidos no mencionado dispositivo.

Com a introdução deste parágrafo ao artigo 1013, do diploma processual civil, o legislador refutou o excesso de formalismo que existia na norma que vigia anteriormente a esta reforma, pois o tribunal deveria remeter os autos à primeira instância em caso de sentença terminativa padecer de algum vício, não existindo nenhuma exceção a esta regra. Destarte, conclui-se que o procedimento anterior estava indo de encontro ao objetivo maior do legislador brasileiro, qual seja, garantir celeridade na atividade da máquina judiciária, a fim de propiciar a sociedade a solução de seus litígios em tempo razoável.

Nesta ordem de ideias, pode-se auferir que a vigência do já citado parágrafo terceiro do artigo 1013, do código de processo civil, minimizou a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição. Entretanto, tal fato não tem o condão de macular o supracitado dispositivo de inconstitucionalidade, pois, apesar do referido princípio está implicitamente previsto na constituição federal vigente, o mesmo não é uma garantia constitucional absoluta, podendo, inclusive, sofrer restrições por lei infraconstitucional, como foi no caso do citado artigo.

Outrossim, não pode prosperar a tese de que o referido dispositivo é inconstitucional por ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o órgão de segunda instância só poderá julgar originariamente a lide quando esta estiver madura para julgamento, ou seja, quando estiver em condições de imediato julgamento. Assim, em virtude da aplicação de tal dispositivo ser possível, apenas, quando a causa não necessitar de qualquer dilação probatória, bem como quando as partes já tiverem se pronunciado nos autos, é incabível a tese de que o mencionado dispositivo é inconstitucional pelas razões apontadas acima.

Para além disso, quanto ao tema em análise, pode-se auferir que o julgamento *per saltum* não viola o princípio da *reformatio in peius*, porque o órgão de segunda instância ao apreciar a causa não estará rejuizando-a, mas sim, julgando-a pela primeira vez, tendo em vista que o mérito, sequer, foi apreciado pelo magistrado *a quo*.

No que pertine a aplicação do parágrafo terceiro do artigo 1013 do código de processo civil, convém afirmar que é dever do magistrado a aplicação do mesmo, desde que presentes os requisitos estampados no mencionado artigo. Insta acrescer, ainda, que apesar do parágrafo terceiro do artigo 1013 do CPC estar inserido no código de processo civil no capítulo do recurso de apelação, sua incidência não ficará restrita, apenas, a tal recurso, podendo ser aplicado em qualquer espécie de recurso, exceto nos recursos extraordinários, especiais, e no recurso ordinário de mandado de segurança. Nos demais casos, portanto, o tribunal poderá aplicar, por analogia, o § 3º do artigo 1013 do CPC, e julgar originariamente o "*meritum causae*".

Por fim, demonstrou-se que nos casos do tribunal reconhecer o equívoco do órgão de primeira instância ao decretar a prescrição ou decadência da causa, aquele poderá julgar imediatamente o mérito da causa, desde que esta não necessite de qualquer produção de provas. Esta prerrogativa conferida ao magistrado *ad quem* decorre do parágrafo primeiro do artigo 1013, do diploma processual civil, e não do parágrafo terceiro do citado dispositivo, já que este só poderá ser utilizado nos casos em que o recurso combater sentença terminativa, e não uma sentença resolutória de mérito, como é o caso de decretação da prescrição e decadência.

Diante do exposto, não se pode olvidar que a abordada reforma processual civil visou abolir a lentidão do trâmite processual na justiça brasileira, ou seja, almejou concretizar a celeridade processual, a garantia da razoável duração do processo e o pleno acesso à justiça. Além disso, acrescenta-se que, o mencionado dispositivo apesar de ter minimizado a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, o mesmo foi redigido em consonância com princípio da segurança jurídica, uma vez que só será possível a sua incidência nos casos em que a demanda não necessitar de nenhuma dilação probatória, pois caso contrário haveria violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a lei 10.352/2001. In: NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 61-97.

ALVIM, Eduardo Arruda; MARTINS, Cristiano Zanin. Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/2001. In: NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 133-178.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Algumas reflexões envolvendo o art. 515, § 3º do CPC:** julgamento do mérito, pelo tribunal, nos casos de sentença processual impugnada através de apelação. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, 2003. v. 8.

BARINONE, Rodrigo. A proibição da *reformatio in peius* e o § 3º. do art. 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v 8, p. 693-722

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 7, p. 437-473.

BRASIL. **Código de processo civil**. In: Vade mecum organizado com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaiz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008b. p. 401-517.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. In: Vade mecum organizado com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaiz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a. p. 7-71.

BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. In: Vade mecum organizado com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaiz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008c. p. 1693-1700.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 988034/DF (2007/0218367-6). 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 08 de outubro de 2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=988034#>. Acesso em: 23. ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no recurso especial nº 524889/PR (2003/0044445-3). 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Brasília, DF, 22 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=524889&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 23. ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1014444/RJ (2007/0294039-4). 2ª Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 06 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1014444&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>>. Acesso em: 16. ago. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1102897/DF (2008/0274382-1). 1º Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 05 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1102897>. Acesso em: 18 de set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 682.279/RS (2004/0115864-3). 2ª Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 26 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#>>. Acesso em: 23/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 714620/SP (2005/0005589-1). 3ª Turma. Relator: Ministro Castro Filho. Órgão Julgador: Terceira Turma. Brasília, DF, 12 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=714620&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 23. ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 722410/SP (2005/0017979-4). 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 07 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=722410&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 18 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 859595/RJ (2006/0120239-8). 2ª Turma. Relatora: Ministra Relator Eliana Calmon. Brasília, DF, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualização=RESUMO&b=ACOR&livre=859595>. Acesso em: 16. ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 20677/BA (2005/0155294-6). 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 01 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=20677&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=142>>. Acesso em: 18. set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 20541/SP (2005/0136251-1). 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=20541&&b=ACOR&p=true&t=&J=10&i=9>>. Acesso em: 18. set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 27368/PE (2008/0162816-7). 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 27 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=27368&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 18. set. 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 601832/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 03 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=princípio%20duplo%20grau%20jurisdição%20constitucional&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 209954/SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 de dezembro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=209954&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12. maio. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança nº 24309/DF. 1ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=24309&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18. set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em habeas corpus nº 79785/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 21 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=princípio%20duplo%20grau%20jurisdição%20constitucional&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12. maio. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em mandado de segurança nº 22180/DF. 1ª Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 12 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=22180&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 set. 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 1035588. 1ª Turma. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, DF, 19 de dezembro de 1984. Disponível em: <<http://www.stf.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=Apelação%20civil%20duplo%20grau%20jurisdição%20extinção%20processo%20sem%29julgamento%20mérito%20instância%20inferior&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10. ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 84.467/SP. 1ª Turma. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF, 19 de novembro de 1976. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=re%2084467&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10. ago. 2009.

CAMBI, Eduardo. Mudando os rumos da apelação: comentários sobre a inclusão, pela lei 10.352/2001, do § 3º ao art. 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 179-184.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. O julgamento do "meritum causae" pelo juízo "ad quem". **Jus Navigandi**. Terezina, ano 10. n. 1210, maio. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9078>>. Acesso em: 14 set. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002b.

_____. Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a. v. 5, p. 22-66.

GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 285-318.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

KARAM, Munir. Novos aspectos da apelação cível (o julgamento por salto de instância do § 3º do art. 515). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9, p. 371-382.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **O duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2001.

LUCENA, Túlio de Araújo. Aspectos controvertidos do art. 515, § 3º, do CPC. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 508, ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5960>>. Acesso em: 13 set. 2009.

MALLET, Estêvão. Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito (lei 10.352). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 7, p. 179-204.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 1. ed. Campinas: Brookseller, 1997.

MELO, Ricardo Procópio Bandeira de. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º do art. 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. v. 8, p. 661-691.

MENDES, Cláudia Brodt; RAGAZZI, José Luiz. Constitucionalidade da supressão do duplo grau de jurisdição – artigo 515 § 3º do CPC. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica**, São Paulo, v. 41, n. 48, jul/dez. 2007. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/29977/29432>>. Acesso em 23. ago. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. Efeito do recurso de apelação em face do novo § 3º do art. do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 229-262.

ORIONE NETO, Luiz. **Nova reforma processual civil comentada**. São Paulo: Método, 2002.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. **Recursos de apelação: amplitude do efeito devolutivo**. Curitiba: Juruá, 2003.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 185-192.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3. Editora Limonad.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações da lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v 6, p. 263-284.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FUNÇÃO SOCIAL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO PAÍS.

VICTORIA LIMA DE CAMARGO:

graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: As Serventias Extrajudiciais comumente chamadas de cartórios são locais onde se encontra a presença do Notário ou Registrador, que é o profissional que recebe a delegação do Estado para praticar em nome dele alguns atos jurídicos. Os atos jurídicos desenvolvidos por estas serventias trazem para a sociedade além de eficácia, segurança jurídica, e ajudam na desobstrução do Poder Judiciário, pois desjudicializa alguns destes atos. O presente trabalho trará alguns exemplos de desjudicialização, que são o Inventário Extrajudicial, Separação e Divórcio Consensual, Reconhecimento de Filiação Socioafetiva, e a Usucapião Extrajudicial. Por isso, as serventias tem sua Função Social, e são de grande importância para a sociedade. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas, para demonstrar o conceito dessas serventias, as características delas, como desenvolvem a função social, a evolução dela no Brasil, e a desjudicialização.

Palavras-chave: Serventias Extrajudiciais; função social; desjudicialização.

ABSTRACT: The extrajudicial offices commonly called notaries are places where the notary or registrar is present, who is the professional who receives the delegation of the state to perform some legal acts on its behalf. The legal acts developed by these services bring to society, in addition to effectiveness, legal certainty, and help to clear the judiciary, as it dejudicializes some of these acts. The present work will bring some examples of dejudicialization, which are the extrajudicial inventory, consensual separation and divorce, recognition of socio-affective filiation, and extrajudicial usucapião. therefore, the utilities have their social function, and are of great importance to society. Bibliographical research will be used to demonstrate the concept of these services, their characteristics, how they develop the social function, its evolution in brazil, and the dejudicialization.

KEYWORDS: Extrajudicial services; social sole; dejudicialization.

1 INTRODUÇÃO

As serventias extrajudiciais estão presentes em todas as regiões do país. Os serviços fornecidos por estas serventias são separados, isto é, que cada cartório fornece um tipo de serviço. São separados em cartórios de: Registro Civil das Pessoas Naturais; tabelionato de

notas; registro de imóveis; tabelionato de protestos; registro de Títulos e Documentos e Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Neste trabalho abordaremos principalmente sobre o cartório de Tabelionato de Notas e de Registro de Imóveis. As pessoas que são delegadas pelo poder judiciário e recebe algum destes cartórios são chamados de notários ou registradores. Será notário ou registrador, pois depende do cartório e o serviço que lhe é fornecido. Para entendermos melhor será Notário o particular que assumir pela delegação um cartório de Tabelionato de Notas, e Registrador aquele que assumir um cartório de Registro de Imóveis.

As serventias foram delegadas pelo judiciário justamente para facilitar a vida das pessoas e promover a desjudicialização de atos e mais rapidez na solução, já que na esfera judicial os atos decorrem de mais tempo por esta estar sobrecarregada.

Apesar de não ser de hoje que os brasileiros têm presente em suas vidas às serventias, muito deles não tem conhecimento sobre os serviços prestados nestes estabelecimentos. E é aí que acabam procurando o meio judicial para solucionar conflitos que advém das relações sociais.

Alguns ainda acreditam que em especial esses atos demandam de autorização judicial, entretanto não é necessário. O conhecimento das pessoas quanto ao papel do cartório é de grande importância, para que se possam cada vez mais as serventias atingirem sua função social.

Um grande colaborador para isto acontecer são os operadores de direito (advogados), e a orientação certa destes profissionais quando os clientes o procuram. A escolha de se utilizar meio judicial ou extrajudicial depende além da vontade das partes, à vontade e orientação deles. Se os clientes se encaixam no requisitos para recorrer a via administrativa, optar por ser pelo âmbito judicial é perder tempo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 SERVENTIAS EXTRAJUDICIAS

2.1.1 CONCEITO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

A normatização das Serventias Extrajudiciais está previsto no artigo 236 da Constituição Federal e regulado na Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que trata sobre os serviços de notarias e de registro. Cada serviço desempenhado pelas Serventias, comumente chamadas de Cartórios tem como objetivo a organização social, em um contexto onde as relações necessitam de segurança jurídica.

Os cartórios estão em um espaço físico, chamado de repartição pública, que presta serviços de maneira privada. A palavra cartório surgiu em Portugal, e era usada para denominar justamente o lugar onde os notários e registradores desenvolviam sua função. A palavra Cartório faz jus a função, uma vez que significa “aquele que lida com papéis”, tendo derivado do latim charta (“papel”, “mensagem”, “texto”), (CAMARGO,2017).

Os profissionais que atuam nos Cartórios são chamados de notários ou registradores, mas como no caso das Serventias Extrajudiciais que são chamadas de Cartórios, estes profissionais também recebem outra denominação popularmente qual seja “Tabelião”, entretanto os notários e registradores possuem suas diferenças quando se trata de atuação nas Serventias, mesmo eles sendo escolhidos para exercer a delegação, por concurso público, conforme previsto no artigo 3º da Lei 8.935/94.

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. (BRASIL, 1994).

Os notários exercem sua profissional nos Tabelionatos de Notas, de Protesto de Letras e Títulos, e de Contrato Marítimo. E os registradores são os Oficiais que exercem sua profissão no Registro de Imóveis, Registro de Títulos e de Documentos, Registro Civil das Pessoas Naturais, de Interdições e Tutelas, e o Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

2.1.2 CARACTERÍSTICAS DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAS

O Poder Público transfere suas atribuições de maneira delegável aos Serviços Notarias e de Registro. O indivíduo que recebe a delegação do Estado assume a responsabilidade de atuar em seu nome, sobre determinados serviços. Esses indivíduos serão profissionais com função social, pois atuarão com eficácia, segurança, validade e publicidade dos negócios jurídicos.

Perante os termos do artigo 3º da Lei 8.935/94, eles serão dotados de fé pública, o “Tabelião”, garantirá a ordem pública, visando os princípios de isonomia e o da segurança pública. Desempenharão funções públicas de caráter privado, por conta da delegação que lhes fora atribuída, sendo de sua inteira responsabilidade.

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. (BRASIL, 1994).

A previsão da delegação esta no artigo 236 da Constituição Federal de 1988.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (Regulamento) § 1º Lei

regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. (Regulamento) § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses. (BRASIL, 1988).

Caracteriza-se aos notários e registradores essa delegação de função, assumindo um papel importante de colaboração social e de colaboração administrativa, para o funcionamento do Estado. Classificam-se esses agentes como: "Particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo." (MEIRELLES, 1997, p. 75).

Para o desempenho das atividades os notários e registradores poderão admitir auxiliares, escreventes e seus substitutos, tudo se levando em conta a legislação trabalhista. Sendo a remuneração ajustada para cada cargo admitido, pelo artigo 20º da Lei 8.935/94.

Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho. (BRASIL, 1994).

Ressalta-se que os funcionários admitidos pelos notários e registradores seguirão pelo regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, portanto, tudo e toda decisão das Serventias, serão de inteira responsabilidade dos notários e registradores, não será transferida para seus colaboradores.

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo,

pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (BRASIL, 1994).

Conforme, Loureiro (2019, p. 121) que, "diante de sua natureza estatal, as funções do notário e do oficial de registro estão sujeitas ao controle do Estado, que a exerce através do Judiciário, aí incluído o poder de aplicar sanções por descumprimento dos deveres funcionais".

Portanto, embora exercerem função pública de delegação em caráter privado, os notários e registradores estarão sujeitos à fiscalização do Estado, e sofrerão sanções civis, penais, administrativas, caso descumpram algum molde estabelecido pelo Estado.

2.1.3 FUNÇÃO SOCIAL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

As Serventias desempenham serviços visando uma melhor organização social, tais serviços são dotados de maior segurança jurídica.

A função notarial poderá ser compreendida como atividade jurídica cautelar, pois o notário terá que orientar as partes que lhes procurarem, e de maneira imparcial recebendo-as e indagando-as, respeitando-as, para que assim a vontade delas tome forma de instrumento público. O notário redigirá as negociações por escrito, mantendo a vontade das partes, que será chamado de instrumento público, e servirá como meio de prova que perdurará no tempo, ou seja, a atividade servirá como uma tarefa redatora. (BRANDELLI, 2011).

As negociações frequentes trouxeram a necessidade de se adequar as transformações econômicas, na sociedade, por isso a atividade notarial passou a exercer um papel mais autônomo e com maior valor perante a sociedade. (BRANDELLI, 2011).

Deste modo, a autonomia do notário partirá da imparcialidade entre as partes dentro da negociação jurídica, podendo o notário ser contrário a determinados atos quando conste algum vício material, ferir a Lei, ou aos bons costumes.

2.1.4 EVOLUÇÃO DOS NOTARIOS NO BRASIL

Na época das grandes expedições navais, descobrimento da América, e descobrimento no Brasil, o tabelião já se fazia presente, pois registrava os acontecimentos e formalizava a posses das terras que foram descobertas. Sendo assim, o notariado teve uma grande importância histórica, que foi reconhecida (BRANDELLI, 2011).

O primeiro tabelião há surgiu no país conforme a história do Brasil foi o português Pero Vaz de Caminha, o qual mesmo sem dotar do conhecimento técnico, narrou várias passagens históricas, e documentou a descoberta do país, e a tomada da posse das terras.

As documentações eram feitas por documentos oficiais com base na Lei do direito de Portugal, os ordenamentos eram editos pelo rei de Portugal, pois com o descobrimento do Brasil, o país passou a ser uma colônia de Portuguesa. (BRANDELLI, 2011).

Naquela época como vigorava a monarquia, e o a vontade do Rei de Portugal prevalecia, a atividade e nomeação do tabelião, era feita por meio do Poder Real. Para poder exercer a atividade precisava receber uma doação, onde o donatário passava a ter um direito real vitalício. Outro fato importante à época, é que para ter um cargo público na América Colonial, era por meio de venda e compra, ou por meio de cessão causa mortis. (BRANDELLI, 2011).

Os primeiros profissionais do ramo notarial no país não possuíam prepara ou aptidão para exercer a atividade, esses cargos eram transmitidos para pessoas sem o menor mérito. Caso recebesse a nomeação para o cargo, precisava passar por uma prova de aptidão, entretanto se exigia baixo nível de alfabetização. (BRANDELLI, 2011).

Hoje, para que se consiga um cargo no ramo notarial, é preciso passar por processo seletivo e provas e títulos, mas além de se submeter a este processo seletivo, precisa ser também bacharel em direito, ou por no mínimo dez anos fazer parte do exercício notarial ou registral. Se comparar com os primeiros notários que surgiram no Brasil, é evidente a importância com que se é tratado à atividade notarial e registral na atualidade.

2.2 DESJUDICIALIZAÇÃO ATRAVÉS DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Nota-se que o Poder Judiciário sofre com os vários números de processos protocolados, gerando uma demora no âmbito judicial, deste modo, a busca pela tutela jurisdicional na sociedade não é efetivamente alcançada. Quem recorre ao judiciário para tentar solucionar um conflito acerca de direitos civis, políticos, ou sociais, não apresentada pretensão resistida. Ou seja, tais conflitos não demandam necessariamente de se recorrer ao judiciário. Portanto, os operadores do direito (advogados), quando se deparam com um caso concreto, devem analisar a possibilidade de primeiro se recorrer à via administrativa, orientando, direcionando seus clientes para que consigam buscar com celeridade a satisfação do que se busca, pois com a morosidade nas ações judiciais, pode ocorrer a desmotivação da parte, além do perecimento do direito, perdendo-se o sentido para buscar a solução para o caso concreto em questão.

Portanto, a desjudicialização poderá ser vista como uma faculdade, onde as partes vão exteriorizar a suas pretensões fora do judiciário, lembrando-se que a via administrativa é um meio de acesso ao judiciário, resguardando as garantias constitucionais, buscando-se as tutelas jurisdicionais, promovendo a finalidade de se evitar com que as partes se submetam às delongas do processo judicial. (CAROL, 2011).

A Lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007, dispõe sobre importantes exemplos onde se observa a desjudicialização, ela discorre sobre a possibilidade de se realizar inventário extrajudicial, e também sobre a separação e o divórcio consensual. Contudo, é relevante destacar que serão exigidos alguns requisitos para que o tabelião possa lavrar as Escrituras Públicas de Inventário Extrajudicial, Separação e Divórcio Consensual. No caso do Inventário Extrajudicial, o tabelião deverá observar o seguinte, a presença de um advogado que não será dispensado; se todas as partes estão de pleno acordo, pois caso não estejam (litígio) deverá ser recorrido ao judiciário; se há presença de menores de idade, caso haja a presença não poderá ser lavrada a Escritura Pública; se houver testamento deixado pelo falecido e as partes estiverem de pleno acordo poderá ser realizado o inventário na via administrativa. Já na Separação e Divórcio Consensual, deverá também ser observada presença do advogado, acordo entre as partes, a ausência de menores de idade, e se não há divorcianda em estado gravídico.

Outro exemplo de ato desjudicializado é o Reconhecimento de Filiação Socioafetiva regulamentado pelo Provimento 83/2019. Com o Provimento poderá ocorrer de forma voluntária o Reconhecimento de Filiação Socioafetiva de Paternidade ou Maternidade de pessoas acima de 12 anos. O Registrador Civil que for procurado para realizar o procedimento deverá observar se a paternidade ou maternidade é estável e exteriorizada socialmente; os elementos que ele analisará para atestar a paternidade e maternidade socioafetiva deverá ser concreta; serão apresentados documentos onde se possa observar isso, como apontamento escolar da pessoa como sendo responsável ou representante do aluno, entre outros documentos; mesmo ocorrendo por via administrativa precisará de um parecer do Ministério Público, pois ele é o representante dos interesses de crianças e adolescentes, entretanto este parecer será realizado na própria serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais, para não perder a linha de desjudicialização. O parecer sendo positivo o Registrador Civil concretizará o procedimento.

O artigo 216-A da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, Lei dos Registros Públicos, fala da possibilidade da usucapião extrajudicial.

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: (Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência). (BRASIL, 1973).

O Provimento 65/2017 regulamenta a usucapião extrajudicial, ou seja, a usucapião também poderá ser desjudicializada, sendo requerido os elementos como **a coisa hábil ou suscetível de usucapião, a posse, o decurso do tempo, o justo título e a boa fé,**

investigadas pelo tabelião. Neste ato a presença do advogado também será indispensável.

3 CONCLUSÃO

Portanto, as Serventias Extrajudiciais são um meio de desjudicialização fornecido pelo próprio Poder Judiciário, isto porque existem atos jurídicos que não necessariamente precisam do olhar dele, e por isso o judiciário delega essa função. Quando se recorre aos Cartórios, não estamos fugindo do Poder Judiciário, mas sim fazendo parte dele. Existem conflitos que possuem o litígio, e são nesses casos que o olhar do Poder Judiciário tem que estar mais voltado, para que não haja a morosidade. Por isso a função social dos Cartórios são tratar de atos jurídicos que não possuem litígio, com segurança jurídica, de maneira rápida e eficaz. A função social das Serventias nada mais é do que desobstruir o judiciário de conflitos que não precisam decorrer dele. Parcela da sociedade ainda acredita que a melhor forma de se ter o que deseja em um conflito é procurando o judiciário, e é aí que os bons operadores do direito são essenciais para colaborar com a desjudicialização e o alcance da função social das Serventias Extrajudiciais, pois são eles que possuem o olhar técnico, e que podem orientar a sociedade da importância dos Cartórios, do seu comprometimento com o judiciário, sobre a responsabilidade que tem os notários e registrados, uma vez que para eles conseguirem a delegação de uma Serventia, precisam de além de requisitos exigidos, se submeter a concurso público.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, Rodrigo Moreira. Os Cartórios Extrajudiciais e seus Serviços: introdução. Jus.com.br, 2017. Disponível em: [Os cartórios extrajudiciais e seus serviços: introdução - Jus.com.br | Jus Navigandi](https://jus.com.br/artigos/20242/a-importancia) Acesso em: 04 de abril de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 de abril de 2023.

BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 18 de novembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 04 de abril de 2023.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. Dicionário jurídico. Organização de J. M. Othon Sidou et al. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 903.

BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Ligia Arlé Ribeiro de. A importância das serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização. In: Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20242/a-importancia>

das-serventias-extrajudicias-no- processo-de-desjudicializacao> Acesso em: 03 de maio de 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, 04 de janeiro de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 20 de maio de 2023.

SÃO PAULO, Provimento CNJ nº 83/2019 - Altera a Seção II, que trata da Paternidade e Maternidade Socioafetiva. Publicado em: 14/08/2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2023.

Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, dispendo sobre Registros Públicos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 20 de maio de 2023.

SÃO PAULO, Provimento CNJ nº 65/2017 – Estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis. Publicado em: 14/12/2017. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_65_14122017_19032018152531.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2023.

LEI MARIA DA PENHA

ANA CRISTINA VIEIRA:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil, campus
Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de estudar e relatar sobre o que trata a violência doméstica contra mulher e a Lei Maria da Penha. Considera-se que o agressor se utiliza da vulnerabilidade da mulher com instrumento de poder, onde pode ser causados danos letais e fatais às vítimas. Não sendo diferente com a farmacêutica Maria da Penha, que foi vítima de uma tentativa de homicídio, tendo como agressor seu companheiro. A vítima ficou paraplégica e mesmo após a tentativa, seu companheiro tentou eletrocutá-la enquanto a mesma tomava banho. Com a ajuda dos direitos humanos (comissões e comitês), a vítima conseguiu justiça e assim, surgindo a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. A Lei traz medidas e prevenções a proteção legal da mulher quanto as violências causadas no âmbito familiar, na qual visa coibir, prevenir e erradicar a violência, tratando ainda o direito de retratação que a mulher possui quanto a violência sofrida.

Palavra-chave: Violência; Mulher; Doméstica; Lei; Penha; Proteção; Agressor; Medidas.

ABSTRACTY: The present work aims to study and report on what domestic violence against women and the Maria da Penha Law deals with. It is considered that the aggressor uses the woman's vulnerability as an instrument of power, where lethal and fatal damage can be caused to the victims. Not being different with the pharmacist Maria da Penha, who was the victim of an attempted murder, with her partner as the aggressor. The victim became paraplegic and even after the attempt, her partner tried to electrocute her while she was taking a shower. With the help of human rights (commissions and committees), the victim got justice and thus, Law 11.340/2006, known as Maria da Penha Law, emerged. The Law brings measures and preventions to the legal protection of women regarding violence caused within the family, in which it aims to curb, prevent and eradicate violence, also addressing the right of withdrawal that women have regarding the violence suffered.

Keyword: Violence; Woman; Domestic; Law; Penha; Protection; Aggressor; Measurements.

1.INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra mulher é uma causa social e histórica, sendo composta no Brasil a partir da colonização portuguesa que foi considerada um marco de explorações. Com o passar do tempo, a violência doméstica contra mulher foi só aumentando.

Segundo a legislação e a doutrina, a violência domestica pode ser considerada em um abuso físico ou psicológico, praticado dentro do âmbito familiar com objetivo de poder e controle. Esse abuso pode acontecer através de ações ou omissões, que atinge a sociedade como um todo.

Com isso, a Lei nº 11.340 - Maria da Penha, surgida em 2006, decretou um marco na luta da violência doméstica e familiar, onde o principal desenvolvimento foi que o crime deixou de ser considerado crime de menor potencial ofensivo, afastando a alteração da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, trazendo ainda meios para uma proteção contra essas violências causadas em mulheres no âmbito doméstico.

O presente trabalho se desmembra em quatro partes, sendo a primeira um breve estudo sobre a violência doméstica e familiar contra mulher, relatando os abusos e formas de danos que as vítimas sofrem. Já a segunda parte, será discorrido sobre a Lei Maria da Penha, contando seu surgimento e os apoios dos comitês e comissões que a vítima teve para conseguir os seus direitos, e ainda destacando os artigos 5º e 7º da Lei.

Na terceira parte, será relatado sobre as medidas protetivas de urgências, medidas essas que são divididas entre o agressor e a vítima, destacando os artigos 22 ao 24 da Lei 11.340/06. E por fim, a quarta parte, será falado sobre a possibilidade da retratação da vítima, em qual momento a vítima pode "desistir" sobre a denúncia da violência sofrida pelo agressor.

Buscando compreender acerca dos direitos das mulheres em relação à integridade física, psicológica e moral, o estudo baseia-se nos dispositivos legais e tutelam sobre os direitos das mulheres e como o agressor pode ser penalizado.

2.VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A violência não é um tema tecnicamente novo, porém vem sendo pauta em discussões na sociedade.

Violência significa agressão, coação, constrangimento, intimidação, dentre outras definições. Considerado um fato social, envolvendo toda população, referindo-se ao uso de força física, psicológica onde outra pessoa é submetida a fazer algo contra sua vontade.

A violência resulta da ação ou força invencível, praticadas com o intuito de um objetivo, que não se concretiza sem ela. E manifesta se através do ato de agredir, violar,

abusar, desrespeitar, ofender, invadir. A violência seja material ou moral, vicia o consentimento, já que esta suprime à vontade, sendo o violentado induzido a praticar um ato ou privar de uma ação pelo temor, ou pelo perigo que a violência oferece. (LACERDA, 2014).

Para Gerhard:

[...] Manifesta-se através da opressão, da tirania e inclusive, pelo abuso da força, ou seja, ocorre sempre quando é exercido o constrangimento sobre uma pessoa a fim de que a obrigue a fazer ou deixar de fazer um ato qualquer. [...]

Independentemente de qualquer espécie de violência, os danos são claros e causam traumas.

A violência contra as mulheres é um fenômeno que transpassa meio sociais, idades, religiões, onde cada mulher tem uma reação una.

Por mais que a violência doméstica atinja grande parte das mulheres, atingem os filhos, onde estes desenvolvem comportamentos agressivos podendo praticar contra outras pessoas.

A violência doméstica adequa-se a Lei Maria da Penha, onde há um vínculo afetivo, familiar, doméstico entre a vítima e o agente.

Contudo, a violência doméstica e familiar poderá ser praticada por outro que tenha ou que houve relação afetiva com a vítima, não necessariamente ser biológico e independentemente do gênero da pessoa.

3.LEI MARIA DA PENHA

Mulher brasileira, natural do Estado do Ceará, farmacêutica, nominada por Maria da Penha, onde essa sofreu agressões por parte de Marco Antônio – onde havia um matrimonial na época.

No ano de 1983, seu então esposo, deferiu-lhe um tiro que deixou Maria da Penha paraplégica. Já na outra tentativa de acabar com a vida de Maria, Marco Antônio deu uma descarga elétrica enquanto sua esposa estava tomando banho.

Conforme diversas mulheres, Maria denunciou o marido as autoridades, relatando as agressões que sofreu.

O Autor da agressão foi preso após dezenove anos da data dos fatos, onde cumpriu apenas dois anos de pena. Devido a repercussão, foi dada omissão da Justiça Brasileira ao caso, Maria da penha teve ajuda do Centro pela Justiça e do Direito Internacional e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos das Mulheres, onde denunciaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA – Organização dos Estados Americanos.

Em 07 de agosto de 2006, nasceu a Lei 11.340/2006, dada por nome Lei Maria da Penha, se tornando um marco fundamental no combate dos direitos das mulheres, trazendo punições severas e medidas de proteção.

Essas medidas, pretendem que a mulher possa buscar uma proteção por parte do Estado, contra seu agressor. Para que haja aplicabilidade dessas medidas de proteção é necessário que haja consumação de condutas caracterizando violência em âmbito doméstico ou familiar.

No Art. 5º da Lei Maria da Penha, traz em seus incisos e parágrafo único a definição de violência doméstica:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A Lei traz também cinco formas de violência doméstica: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, seguindo o texto abaixo:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar

suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria

Sendo seu principal objetivo, a Lei 11.340/2006, visa conter a violência causada em mulheres e gêneros

4.MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas de urgência são consideradas inovação da Lei 11.340/06, pois há uma forma de prevenção e lide à violência, onde pode ser decidida conforme a situação de cada caso concreto. Ainda, abrange áreas processuais, penais, civis, administrativas, trabalhistas e previdenciária.

Essas medidas buscam a garantia da integridade física e psicológica da mulher. São divididas em duas partes: medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e as medidas protetivas de urgência à ofendida.

Sendo assim, na Lei 11.340/06, em seu Art. 22 dispõe sobre o agressor:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou

restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. VI – Comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

As medidas citadas pelo Art., são para que haja uma cautela por parte do agressor não colocar a vítima em situação de risco. O descumprimento da decisão que defere as medidas caracteriza crime com pena de detenção de três a dois anos, conforme Art. 24-A da Lei 11.340/06.

Já os Art. 23 e 24 da Lei, dispõe sobre as medidas da ofendida:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos. V - Determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações

conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Verifica-se que o legislador teve um cuidado em especial, garantindo a proteção da mulher em situações de violência doméstica e familiar. Protegendo ainda seus bens e amparo por parte do Estado.

Por fim, a diferença entre ambas medidas citadas, são o caráter obrigatório, onde a ofendida não tem o caráter como existe para o agressor.

5.POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO DA VÍTIMA

O envolvimento de violências contra mulheres e os dispositivos da Lei Maria da Penha trazer a possibilidade da retratação da vítima.

No Direito Penal, os crimes poderão ser classificados sendo ação penal pública ou ação penal privada. O autor Lechenakoski, traz uma breve diferença entre as ações:

[...] A ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal, o oferecimento da denúncia quanto a conclusão do processo, será feito pelo Ministério Público, que ao receber o inquérito policial, deverá oferecer a denúncia. Na ação penal incondicionada, o bem jurídico violado é de interesse público, e conseqüentemente, o titular da ação penal é o próprio Estado, personificado pelo Ministério Público. Em regra, a ação penal será sempre publica incondicionada, salvo em casos que a lei expressamente prever. (LECHENAKOSKI, 2021, p. 243/255)

Em regra geral, aplica-se nos casos de violência doméstica a ação penal pública incondicionada e condicionada a representação da ofendida. Contudo, a Lei Maria da Penha tem procedimento próprio sobre retratação, conforme Art. 16 da Lei, que discorre:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Assim, quando se trata do artigo citado acima, a renúncia será possível apenas perante o juiz, com a realização de audiência, antes do recebimento da denúncia pelo MP.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Violência doméstica pode ser caracterizada por agressividade, intimidação, coação, constrangimento. Já a violência doméstica são os atos praticados dentro do âmbito familiar/domiciliar.

A discussão sobre a violência doméstica contra mulher, vem sendo constituído por uma junção social e que no Brasil esse combate apenas se consolidou com o surgimento da Lei nº 11.340/2006 – Maria da Penha.

O número de violências contra mulheres agredidas por companheiros cresce, independentemente de direitos iguais. Pelo estudo, é possível ver que a manifestação é de natureza física, ocorrendo por ameaças que podem ser consideradas letais.

A Lei citada, conceitua que a violência doméstica como toda e qualquer ação ou omissão que cause lesão, óbito, dentre outras. A Lei Maria da Penha, permite que as mulheres utilizam da proteção e medidas para a vítima, na qual afasta seus agressores.

Contudo, a Lei Maria da Penha se mostra como necessária, na cautela de não apenas pretender de obter punição ao agressor, mas como uma precaução de violência.

Por fim, mesmo com maneiras de cessar a punição contra seus agressores, as vítimas recorrem aos Estados, que há um compromisso em tornar eficaz ao combate à violência.

REFERÊNCIAS

GERHARD, Nadia. **PATRULHA MARIA DA PENHA**. ed. 1. Porto Alegre: Age Editora, 2014.

LACERDA, Isadora Almeida. **O CONCEITO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO DIREITO BRASILEIRO**. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Isadora%20Almeida%20Lacerda.pdf>. Ano 2014.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno. **PROCESSO PENAL E SISTEMA ACUSATÓRIO: ANÁLISE CRÍTICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS AO ÔNUS DA PROVA**. Curitiba: InterSaberes, 2021.

LEI 11.340/2006 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Ano 2006.

LEI MARIA DA PENHA: PRINCIPAIS PONTOS E MUDANÇAS.

<<https://blog.grancursosonline.com.br/lei-maria-da-penha-principais-pontos-e-mudancas/>>. Ano 2023.

LEI MARIA DA PENHA <<https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/#:~:text=Maria%20da%20Penha%20%C3%A9%20uma,morte%2C%20ele%20a%20deixou%20parapl%C3%A9gica>>. Ano 2019.

(IN)COMPATIBILIDADE ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA? A VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUISA CASSULA PIASENTINI:

Advogada. mestra em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas Direito SP (2022) e graduada na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (2017).

RESUMO: Este artigo objetiva compreender como o Superior Tribunal de Justiça decide casos de disputa pela guarda dos filhos quando há episódios de violência doméstica envolvendo membros da família, utilizando o método de análise de jurisprudência. Após a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada – isto é, responsabilização conjunta dos direitos e deveres dos pais que não vivam sob o mesmo teto em relação aos filhos comuns – deve ser aplicada em regra, inclusive quando não houver concordância entre os pais quanto ao modelo de guarda a ser adotado. Nesse sentido, atualmente, a guarda unilateral é entendida como excepcional. Sendo assim, a pesquisa visa observar se a ocorrência de violência doméstica, principalmente entre os pais, é tratada como situação capaz de excepcionar a regra da guarda compartilhada dos filhos. A fim de compreender os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, esta pesquisa reconstrói a evolução dos direitos da crianças e adolescentes no Brasil. Além disso, analisa as modificações no Direito das Famílias, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e aborda o conteúdo de duas leis que visam oferecer proteção integral aos membros vulneráveis da família, a Lei 11.340/2006 e a Lei 14.344/2022.

Palavras-chave: guarda compartilhada; violência doméstica; melhor interesse da criança; Superior Tribunal de Justiça; direito das famílias.

INTRODUÇÃO

A família é uma construção social, em torno da qual se organiza a própria sociedade. Sendo assim, é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, na medida em que “identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social” (DIAS, 2021, p. 44). O Direito, enquanto técnica estatal de organização da vida em sociedade, estabelece normas jurídicas que tratam da tutela da família. Neste estudo, para referir-se a esse ramo do Direito, utiliza-se a expressão “Direito das Famílias”, ao invés de “Direito de Família”, adotando-se, para tanto, a justificação apresentada por Maria Berenice Dias (2021, p. 44):

Como a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueirêdo, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações. Desse modo, a expressão Direito das Famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenham a formação que tiver.

O Direito tem a pretensão de englobar todas as situações fáticas em seu âmbito regulatório; porém, trata-se de tarefa impossível, uma vez que “a realidade sempre antecede o Direito” (DIAS, 2021, p. 40). Maria Berenice Dias (2021) explica que, ainda que haja uma tentativa legal de prever todas as situações que merecem ser tutelas, a riqueza e a dinamicidade das relações jurídicas sempre escaparão à letra da lei. Mais complexa ainda, continua autora, é a alteração de regras do Direito das Famílias, uma vez que é o ramo do Direito que lida diretamente com a vida das pessoas e seus sentimentos, de modo que o Poder Legislativo não consegue contemplar todas as inquietações em torno dos institutos da família contemporânea.

Nesse sentido, explica a autora, a existência de lacunas no direito é decorrência da própria lógica do sistema. Diante da falta de previsão legal, a Justiça não pode esquivar-se da prestação jurídica, tampouco “deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de chancela jurídica” (DIAS, 2021, p. 41). Assim, determina o art. 140, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), que cabe à Magistratura a atividade de colmatar as lacunas diante do caso concreto. Para tanto, deve valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, segundo dispõe o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Ainda, completa Maria Berenice Dias (2020) que, num Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais devem servir de parâmetro normativo para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica.

Partindo de tais premissas, o presente estudo propõe-se a analisar o modo como o Poder Judiciário, na figura do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem decidido a respeito de lacunas no Direito de Famílias. Mais especificamente, o objeto desta pesquisa compreende as lacunas legislativas, no Código Civil de 2002, ao disciplinar sobre o instituto da guarda dos filhos quando há episódios de violência doméstica intrafamiliar.

É certo que, com as alterações legais ao Código Civil trazidas pela recente Lei 13.715/2018, há situações em que a violência doméstica pode ensejar a perda do poder familiar. Mais especificamente, poderá ocorrer tal perda quando houver condenação criminal por condutas que configurem os crimes dolosos de homicídio, feminicídio, lesão

corporal – grave ou gravíssima – e estupro, incluído o estupro de vulnerável, contra os filhos ou filhas, ou contra outrem igualmente titular do poder familiar, todos em situações envolvendo violência doméstica ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 1.638, CC/2002). Sendo assim, se há extinção do poder familiar para um de seus detentores, não há que se discutir o regime de guarda dos filhos.

Além disso, a mesma lei também alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a prever que poderá ensejar a perda do poder familiar a condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente (art. 23, §2º, ECA). Com esse dispositivo, a perda do poder familiar também poderá ocorrer quando houver condenação por outros crimes no âmbito da violência doméstica e intrafamiliar que não se amolde aos tipos penais descritos na lei civil, como é o caso das lesões corporais leves, da perseguição ou da violência psicológica, por exemplo.

Por outro lado, não é tão claro o regramento sobre como deve ser estipulada a guarda dos filhos enquanto não houver, ainda, a condenação criminal. Falta também clareza quanto à hipótese em que, a despeito da condenação criminal pelos tipos acima referidos, não se estipule a perda do poder familiar, uma vez que tal efeito não é automático. Em tais casos, surge a discussão sobre como deverá ser feita a estipulação do regime de guarda dos filhos.

A guarda é a regulamentação da convivência familiar entre pais e filhos (RAMOS, 2020). De acordo com o art. 1584, do CC/2002, a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada e, não sendo possível a escolha por um desses dois regimes de forma consensual, a regra será a guarda compartilhada. Em complemento, o Código Civil de 2002 traz três hipóteses em que a guarda será unilateral: havendo consenso entre os genitores (art. 1.584, inciso I, do CC/2002); havendo declaração de desinteresse por parte de um dos genitores em obter a guarda (art. 1.584, §2º, CC/2002); e em caso de inaptidão de um dos genitores ao exercício da guarda compartilhada (art. 1.584, §2º, CC/2002). Ademais, segundo o art. 1.586, do mesmo diploma, nos casos em que houver motivos graves, o juiz poderá regular a guarda de maneira diversa, pautando-se pelo melhor interesse das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, pergunta-se: na visão do Superior Tribunal de Justiça, há incompatibilidade entre episódios de violência doméstica e intrafamiliar, supostamente perpetrada por um dos detentores do poder familiar contra o outro, e a estipulação de regime compartilhado de guarda dos filhos? Em outras palavras, quando os genitores não mais convivam e, paralelamente, esteja sendo apurado o cometimento de violência doméstica e intrafamiliar, se houver conflito na estipulação do regime de guarda dos filhos, será estabelecida a guarda compartilhada? Ou será aplicada a hipótese do art. 1.584, §2º, CC/2002, isto é, o genitor supostamente agressor será considerado inapto à guarda

compartilhada? Ou, ainda, será apontado grave motivo para o estabelecimento da guarda de maneira diversa?

A pergunta de pesquisa justifica-se frente aos altos números de violência doméstica e intrafamiliar, seja na relação entre parceiros, ou na relação entre ascendentes e descendentes. Por exemplo, o “Atlas da Violência” de 2020 (CERQUEIRA, 2020, p. 39), aponta que a taxa de homicídios de mulheres dentro da residência, de 2008 a 2018, foi quase 3 (três) vezes maior que a taxa de referidos homicídios fora da residência, no mesmo período. Além disso, a Organização das Nações Unidas (ONU) estima que, em 2019, 243 milhões de mulheres, com idade entre 15 e 49 anos, ao redor do mundo, tenham experienciado algum episódio de violência perpetrado por seu parceiro²⁵⁰. Os números de violência contra crianças e adolescentes são igualmente elevados. Por exemplo, a UNICEF e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontam que, entre 2016 e 2020, 35 mil crianças e adolescentes foram mortos de forma violenta no Brasil; ainda, estimam que, entre, de 2017 a 2020, 180 mil tenham sofrido violência sexual²⁵¹.

Além disso, considera-se importante compreender o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, uma vez que, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1998, o Direito das Famílias tem passado por grandes transformações. Segundo Hellen Cristina do Lago Ramos (2020, p. 16), “especificamente no campo do direito de família, a nova roupagem constitucionalizada dos institutos fez emergir uma família democrática, inclusiva e igualitária, com viés humanista e promocional da dignidade da pessoa”. Igualmente, a CRFB/88 teve reflexos na tutela dos direitos das crianças e adolescentes, que passaram a ser vistos como sujeito de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, a partir da adoção constitucional da doutrina da proteção integral (LOURENÇO, 2018).

O interesse em compreender como o Superior Tribunal de Justiça tem decidido sobre essa temática se deve ao fato de que, de acordo com as atribuições concedidas pela CRFB/88, este é o órgão responsável por julgar os dissídios jurisprudenciais das cortes inferiores e produzir precedentes que assegurem a uniformidade da interpretação da legislação federal. Nesse sentido, esse estudo se propõe a realizar uma pesquisa qualitativa a partir do método de análise jurisprudencial, complementado pelo método de revisão

²⁵⁰ Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic>. Acesso em: 24 abr. 22.

²⁵¹ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/nos-ultimos-cinco-anos-35-mil-criancas-e-adolescentes-foram-mortos-de-forma-violenta-no-brasil>. Acesso em 22 de jul. 22.

bibliográfica. Sobre as pesquisas qualitativas, Rebecca Lemos Igreja (2017, p. 14) ensina que:

A pesquisa qualitativa se define por uma série de métodos e técnicas que podem ser empregados com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais. Seu uso não objetiva alcançar dados quantificáveis, ao contrário, objetiva promover uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações.

O método de análise de jurisprudência caracteriza-se, segundo Juliana Bonacorsi de Palma, Marina Feferbaum e Victor Marcel Pinheiro, como “uma *investigação científica*, orientada por *metodologia* especialmente construída para endereçar *perguntas* que possam ser respondidas por meio de análise de *julgados*” (2019, p. 119, grifos no original). Sobre a análise de julgados, os mesmos autores destacam que se trata sempre do direito aplicado, isto é, parte-se de um caso concreto visando a solução de um problema que ele apresenta, de modo que a narrativa do julgado precisa ser compreendida para uma boa análise. Além disso, os autores chama a atenção para o fato de que o julgado resulta de uma escolha interpretativa, sendo importante reconhecer as diversas interpretações utilizadas.

O estudo de julgados requer a determinação de recortes jurisprudenciais para delimitar o tema, sendo os mais comuns os recortes institucionais, temáticos, processuais e temporais (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019). Nesta pesquisa, adota-se como recorte institucional o Superior Tribunal de Justiça. A delimitação do tema (recorte temático) são os julgados versando sobre a estipulação do regime de guarda dos filhos em casos nos quais, supostamente, houve episódios de violência doméstica e intrafamiliar. O recorte processual não foi adotado, tendo em vista que não se elegeu, *a priori*, um tipo específico de recurso para servir de objeto da análise. Por fim, o recorte temporal levou em consideração as importantes modificações advindas da Lei nº 13.058/2014, de modo que foram selecionados apenas os acórdãos proferidos após a entrada em vigor da referida lei até a data de 22 de julho de 2022.

Para a seleção dos julgados, esta pesquisa utilizou a ferramenta de buscas de jurisprudência do *site* do Superior Tribunal de Justiça a partir da combinação de duas palavras chaves: “guarda compartilhada” e “violência doméstica”. A busca resultou em 30 decisões monocráticas no total, não sendo localizado nenhum acórdão a partir de tais palavras-chave. Contudo, identificou-se que um julgado estava duplicado e quatro outros foram proferidos anteriormente à entrada em vigência da Lei nº 13.058/2014, de modo que foram excluídos da análise. Assim, o *corpus* empírico inicial da pesquisa foi composto por 25 julgados, todos sendo decisões monocráticas.

A partir dos resultados, realizou-se uma triagem com base na leitura inicial dos 25 (vinte e cinco) julgados, a fim de observar se o caso tratado em cada julgado se referia, de fato, a discussões envolvendo guarda compartilhada e violência doméstica. Nesse sentido, após uma leitura mais fina, 15 (quinze) julgados foram eliminados da análise. Um deles, estava duplicado. Os demais, não continham discussão sobre a guarda dos filhos, de modo que a palavra-chave “guarda compartilhada” apenas aparecia de forma colateral. Tais julgados versavam, por exemplo, sobre assuntos como revogação de medidas protetivas de urgência²⁵², revogação de prisão preventiva²⁵³, revogação de monitoramento eletrônico²⁵⁴, busca e apreensão de filhos²⁵⁵, conflito de competência²⁵⁶, dentre outras questões que fogem ao escopo desta pesquisa. Assim, ao final dessa etapa, foram selecionadas 10 (dez) decisões monocráticas para a análise.

O presente artigo está dividido em mais 4 (quatro) capítulos, além desta introdução e das considerações finais. O primeiro capítulo reconstrói, brevemente, a evolução dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. Também, a partir das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de tratados internacionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aborda a principiologia que rege o direito das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro e discute a moldura dada ao direito fundamental à convivência familiar.

O segundo capítulo foca em aprofundar o entendimento sobre as mudanças no Direito das Famílias a partir da promulgação da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, com o objetivo de compreender a nova moldura dada à proteção dos filhos no Código Civil de 2002, mais especificamente, no que se refere ao instituto da guarda dos filhos. Nesse sentido, aborda-se os princípios estruturantes do novo Direito das Famílias, o conceito contemporâneo de família e de poder familiar, bem como analisa o instituto da guarda dos filhos.

O capítulo 3 expõe o conteúdo de duas importantes leis de proteção aos membros da família considerados em maior vulnerabilidade – isto é, as mulheres e os filhos – sendo elas: a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e a Lei Henry Borel (Lei nº 14.344/2002). Tal

252 HC 630017, RHC 134285, HC 544424 e RHC 155154.

253 RHC 072286 e HC 548171.

254 HC 427730.

255 AREsp 1929357 e HC 643147.

256 RHC 42630.

capítulo se propõe a oferecer um panorama sobre o tratamento jurídico dado à violência doméstica e intrafamiliar no ordenamento jurídico brasileiro. Finalmente, no capítulo 4, serão apresentados e discutidos os resultados da análise de jurisprudência, examinando os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça no que se refere à concessão – ou não – da guarda compartilhada dos filhos em casos envolvendo episódios de violência doméstica e intrafamiliar.

1 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

As crianças e adolescentes constituem um grupo de indivíduos vulneráveis – considerando-se o critério etário de pessoa ainda em desenvolvimento – e demandam especial proteção normativa. Essa noção, porém, nem sempre foi objeto de consenso. Segundo Daniel Braga Lourenço (2018), o conceito de infância e a ideia de proteção às crianças começaram a ser desenvolvidos no final do século XIX. Até então, as crianças eram consideradas pequenos adultos sobre os quais os pais detinham poder quase ilimitado, na medida em que eram considerados sua propriedade. Não havia, portanto, no plano internacional ou interno dos países, normas que se ocupassem da proteção de tal grupo.

Considerando que a pergunta de pesquisa deste artigo envolve os direitos das crianças e adolescentes, é necessário compreender, além de suas principais diretrizes, seu contexto de surgimento, na medida em que “o olhar para trás ajuda a iluminar os caminhos agora percorridos” (VERONESE; RÖPKE, 2017, p. 113). Sendo assim, este capítulo reconstrói, brevemente, a evolução dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. Também, a partir das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de tratados internacionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), este capítulo aborda a principiologia que rege o direito das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro e discute a moldura dada ao direito fundamental à convivência familiar.

1.1 A EVOLUÇÃO NORMATIVA NO PLANO INTERNACIONAL

A decisão proferida no “caso Mary Ellen Wilson”, em 1874, foi a primeira a punir os maus-tratos infantil, tornando-se um episódio emblemático para o – então embrionário – direito das crianças e adolescentes. O caso ocorreu em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América (EUA). Mary Ellen Wilson era uma menina de 9 (nove) anos de idade que, em decorrência da morte paterna e da situação de extrema pobreza da mãe, foi levada à uma instituição para crianças carentes e abandonadas e, posteriormente, submetida a um processo de adoção. Na nova família, a garota foi recorrentemente submetida a situações de violência física e psicológica, desenvolvendo, inclusive, um quadro de desnutrição e depressão. Percebendo a gravidade da situação a que a menina era submetida, a vizinhança procurou tomar medidas para cessá-la (LOURENÇO, 2018).

Osmar Veronese e Juliana Hanke Röpke (2017) explicam, porém, que levar o caso à Suprema Corte estadunidense foi turbulento, na medida em que o país – assim como grande parte do mundo – não tinha nenhum tipo de legislação que protegesse os direitos das crianças. Por essa razão, foi preciso recorrer à Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade contra os Animais, sendo Mary Ellen Wilson representada pelo advogado Hery Bergh. Em sua argumentação, o advogado valeu-se de analogia às leis de proteção aos animais – já existentes à época – e sustentou que às crianças deveria ser dado, ao menos, proteção igual àquela concedida aos animais e que, portanto, não poderiam ser maltratadas.

A repercussão do “caso Mary Ellen Wilson” impulsionou a fundação da primeira organização destinada a proteger os direitos das crianças nos EUA, intitulada “Sociedade Protetora da Crianças”. Daniel Braga Lourenço (2018, p. 1667) aponta que “no seu primeiro ano de atuação, [a fundação] investigou mais de trezentos casos relacionados ao abuso infantil e ajudou a introduzir legislação específica para proteger e punir os maus tratos”. Em 1899, surgiu nos EUA o chamado “Tribunal de Menores”, instituição que se espalhou por diversos países, como a Inglaterra (1905) e a Alemanha (1908), chegando ao Brasil no ano de 1923 (SEABRA, 2020). Em 1924, surge a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, o primeiro documento internacional que expôs a preocupação em se reconhecer direitos a crianças e adolescentes promovida pela Liga das Nações (AMIN, 2010a).

Apenas em 1959, porém, surgiu a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, primeiro diploma internacional a tratar as crianças enquanto sujeito de direitos. Sua criação se insere no contexto de internacionalização dos direitos humanos, do qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é o diploma inaugural. Referido contexto foi um reflexo do esforço da comunidade internacional em dar uma resposta à barbárie totalitarista da Segunda Guerra Mundial. Isto é, ganhou força a noção de que a proteção dos direitos humanos deve expandir-se para além do domínio reservado do Estado, constituindo-se um tema de legítimo interesse internacional (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011).

A Declaração de 1948 integra uma primeira fase de proteção dos direitos humanos, que, pautada pela igualdade formal, considera o indivíduo de forma geral e abstrata. O diploma foi responsável por introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade de direitos. Flavia Piovesan e Silvia Pimentel explicam tais características (2011, p. 102):

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial

e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Com o passar do tempo, a ótica genérica passa a ser entendida como insuficiente, demandando a especificação do sujeito de direito, a partir de suas peculiaridades e particularidades. Assim, ao lado da igualdade, surge também o direito à diferença, assegurando-se um tratamento especial a pessoas pertencentes a categorias socialmente mais vulneráveis (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011). Nesse sentido, nas palavras de Gustavo Cives Seabra (2020, p. 22), a Declaração dos Direitos das Crianças, da Organização das Nações Unidas (ONU) “representa uma enunciação de direitos que veio para especificar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948”.

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças foi ratificada pelo Brasil, mas seu conteúdo não é vinculante, isto é, suas disposições trazem princípios programáticos que não representam obrigações para os Estados (SEABRA, 2020). Ao todo, possui 10 (dez) princípios. Já nesta ocasião, foi estipulada a proteção especial, com atenção ao interesse superior da criança (princípio VIII). Além deste princípio, destacam-se para os fins esta pesquisa, o direito à igualdade sem qualquer discriminação (princípio I); o direito à alimentação, moradia e assistência médica adequadas (princípio IV); o direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade (princípio VI); o direito a ser protegido contra o abandono (princípio IX); e direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos (princípio X) (ONU, 1959). Esta Declaração formou base para a Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU, de 1989, sendo esta o mais importante instrumento internacional de proteção dos direitos das crianças e adolescentes (SEABRA, 2020).

Antes da criação da referida Convenção, porém, outros diplomas internacionais também trouxeram algumas previsões relevantes para as crianças e adolescentes. Por exemplo, no sistema regional de proteção dos direitos humanos, destacam-se as disposições da Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969. Este diploma foi o responsável por introduzir o direito das crianças e adolescentes – quando puderem ser processados – a julgamento separado dos adultos, feito por tribunal especializado, bem como a cumprir pena de caráter ressocializador em estabelecimentos especiais (art. 5º) (OEA, 1969).

Em novembro de 1989, após quase 10 (dez) anos de trabalho do grupo de pesquisa da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Crianças foi aprovada (AMIN, 2010a). O Brasil incorporou-a na data de 21 de novembro de 1990, por meio do Decreto 99.710/90. Sua aprovação pelo Congresso Nacional, portanto, é anterior à EC 45/04, que confere o *status* de emenda à constituição aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados seguindo determinado rito²⁵⁷. Sendo assim, de acordo com a orientação²⁵⁸ do Supremo Tribunal Federal (STF), a Convenção sobre os Direitos das Crianças possui hierarquia supralegal, isto é, está acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição, uma vez que versa sobre direitos humanos, mas não adotou o quórum qualificado exigido pelo §3º, art. 5º, da CRFB/88. Referido *status* tem por consequência, por exemplo, a impossibilidade de o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de qualquer outra lei brasileira, contrariar o disposto na Convenção, exceto para conferir tratamento mais favorável à criança ou adolescente (SEABRA, 2020).

A Convenção é composta de um preâmbulo seguido por 54 artigos, sendo que a definição de criança é dada pelo artigo 1º, como todo ser humano com menos de 18 anos de idade, de modo que a Convenção não faz distinção entre criança e adolescente²⁵⁹. Já no preâmbulo, a Convenção reforça os princípios proclamados nos diplomas internacionais anteriores e reconhece a condição peculiar às crianças de ser humano em desenvolvimento, da qual decorre a necessidade de tratamento diferenciado (BRASIL, 1990a). Andréa Rodrigues Amin (2010a) explica que a Convenção adotou a chamada “doutrina²⁶⁰ da proteção integral”, em detrimento da doutrina da situação irregular. Segundo aquela doutrina, o foco deve ser a proteção de todos os direitos fundamentais de qualquer criança e adolescente, não apenas daquelas em situação de delinquência ou carência, independentemente de qualquer marcador social.

Em decorrência da doutrina da proteção integral, surge o princípio da prioridade absoluta das crianças (AMIN, 2010a). Parte-se do pressuposto de que, para seu pleno desenvolvimento, a criança precisa fruir tanto de direitos titularizados por todos os seres

257 CRPF/88: Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392) (Vide Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição).

258 RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

259 Há, contudo, uma ressalva quanto à possibilidade de a legislação aplicável à criança determinar que a maioria se atingirá mais cedo.

260 A autora explica que o termo doutrina, que não é exclusivo do direito, significa o conjunto de princípios que servem de base a um sistema religioso, político, filosófico, científico (2010a, p. 11).

humanos quanto de direitos especiais, tais como o direito de brincar e o direito à convivência familiar. Ocorre que a natureza deste último grupo de direitos é efêmera e, se não assegurados de forma tempestiva, tornam-se impossíveis de serem fruídos. Sendo assim, a prioridade absoluta deve ser observada pelo Estado legislador, pelo Estado juiz e pelo Estado Executivo na implementação de políticas públicas. Ao lado da proteção integral, outro princípio basilar adotado pela Convenção é o interesse superior da criança, conforme disposto pelo art. 3º (SEABRA, 2020). Isso significa que, em caso de conflito de interesses entre a criança e a sociedade ou a família ou o Estado, deve-se levar em consideração o melhor interesse da criança em primeiro plano.

Ainda, a Convenção prevê mais de 40 direitos específicos, seja de tutela individual ou coletiva. Nesse sentido, é considerada como uma verdadeira declaração de direitos, agregando direitos civis e sociais, aliada à uma concepção contemporânea de direitos humanos, isto é, baseada na universalidade, indivisibilidade e interdependência. A fim de fiscalizar e dar transparência à execução de suas normas, a Convenção instituiu o Comitê para os Direitos da Criança (art. 43).

Por fim, é importante pontuar que a Convenção possui, ao todo, três Protocolos Facultativos. Os dois primeiros foram criados em 25 de maio de 2000 e foram ratificados pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004. São eles: Protocolo Facultativo sobre a venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil; e o Protocolo Facultativo sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados. O terceiro Protocolo Facultativo foi ratificado pelo Brasil em 29 de setembro de 2017.

Após a Convenção de 1989, outros 261 diplomas internacionais surgiram, evidenciando a crescente preocupação e evolução dos estudos e normas, no direito internacional, sobre as crianças e adolescentes.

1.2 CRFB/88 E O NOVO PARADIGMA: A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou a doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não utilizar expressamente

261 São eles: as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD (1990); as Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade (1990); a Convenção de Haia relativa à proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1999); e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (2000). O conteúdo de cada um, porém, não será abordado nesta pesquisa por fugirem ao escopo do estudo.

262 Antes da proteção integral, o tratamento jurídico destinado às crianças no Brasil passou por três diferentes períodos, sendo denominados pela literatura majoritária como: fase da absoluta indiferença, fase da mera imputação criminal e fase tutelar (SEABRA, 2020). Os detalhes de cada uma não serão, porém, amplamente discutidos nesta pesquisa por fugirem ao escopo do estudo.

a terminologia. Isso, porque o *caput* do art. 227 traz um extenso – e não taxativo – rol de direitos às crianças, adolescentes e jovens, e estipula solidariamente o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurá-los (BRASIL, 1988):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Conforme abordado na seção anterior, tal doutrina traz a ideia de que é necessário assegurar a esse ser humano em condição peculiar todos os direitos necessários ao seu pleno desenvolvimento, incluindo-se todos os direitos fundamentais dos adultos e os direitos fundamentais especiais dessa condição. Há, conseqüentemente, uma proteção em todas as instâncias: civil, administrativa e criminal, sem nenhum tipo de distinção ou discriminação. Nas palavras de Andréa Rodrigues Amin (2010a, p. 13), a adoção da doutrina da proteção integral não representou “uma simples substituição terminológica ou de princípios, mas sim de uma mudança de paradigma.”

Antes da adoção da doutrina da proteção integral, vigorava a doutrina da situação irregular. Nesta, o Estado se propunha a prestar assistência, proteção e vigilância aos “menores” – terminologia utilizada à época – em situação considerada anômala, isto é, em condições de carência ou delinquência. Sendo assim, os “menores” não eram considerados sujeitos de direitos e sim objetos de proteção e intervenção, privilegiando-se soluções individuais, como a institucionalização ou adoção, em detrimento da implementação de políticas públicas (SEABRA, 2020).

O art. 227 da CRFB/88, ao versar sobre direitos civis e sociais, alinha-se à concepção contemporânea de direitos humanos, isto é, baseada na universalidade e indivisibilidade de direitos. Além disso, o dispositivo está em consonância com a Convenção dos Direitos da Criança da ONU, de 1989, ao prever, expressamente, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária. A esse respeito, é importante destacar que, embora a aprovação e incorporação da Convenção sejam supervenientes à CRFB/88, os estudos para a elaboração duraram quase uma década, inspirando e influenciando a redação da segunda na temática (AMIN, 2010a).

Para Guilherme Freire de Mello Barros (2015, p. 23) “a expressão-chave do dispositivo constitucional é a absoluta prioridade” das crianças, adolescentes e jovens. Frise-se que o

legislador constituinte não concedeu esse tratamento a nenhum outro sujeito de direitos. Nos parágrafos que compõem o art. 227, a CRFB/88 cria um especial sistema de garantias a este grupo vulnerável, a fim de reforçar a especial proteção de seus direitos. Por exemplo, há dispositivos relacionados aos direitos trabalhistas e previdenciários; às garantias processuais; ao direito de família; ao direito à saúde; dentre outros.

A Lei nº 8.069/90, ou Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é a responsável por materializar os ditames constitucionais, ao disciplinar largamente os direitos e deveres infanto-juvenis²⁶³, substituindo o Código de Menores (Lei nº 6.697/79), que adotava a doutrina da situação de irregular. Ao tratar da definição sobre quem é o sujeito de direitos a que suas normas se destinam, o diploma inovou frente à Convenção dos Direitos das Crianças, de 1989, uma vez que distingue crianças de adolescentes. A primeira categoria inclui indivíduos de até doze anos de idade, enquanto a segunda, corresponde a pessoas entre doze e dezoito anos. Tal diferenciação traz reflexos no modo como determinados direitos são exercidos por cada um deles, respeitando-se seu estágio de desenvolvimento. Por exemplo, nos processos de adoção, a criança será ouvida preferencialmente e sua opinião não terá o condão de vincular a decisão do juiz; por outro lado, o adolescente precisa, obrigatoriamente, ser ouvido no processo, sendo seu consentimento necessário²⁶⁴. Outras diferenciações ocorrem na esfera do trabalho, da responsabilização pela prática de atos infracionais, dentre outros temas.

Segundo Andréa Rodrigues Amin (2010b), o ECA constitui um sistema aberto de regras e princípios, ambos destinados a concretizar a doutrina da proteção integral. Segundo a autora, são 3 (três) os princípios orientadores de todo o ECA: o princípio da prioridade absoluta; o princípio da proteção integral; e o princípio da municipalização. Contudo, essa classificação não é unanimidade. Gustavo Cives Seabra (SEABRA, 2020), de modo diverso, defende de o ramo do direito das crianças e adolescentes está estruturado em 4 (quatro) princípios gerais: princípio da prioridade absoluta; princípio do interesse superior da criança e do adolescente; princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; e princípio da vedação ao tratamento mais gravoso. Para o autor, a proteção integral não seria meramente um princípio, pois ocupa um lugar de valor maior

263 Ao lado do ECA, há o Estatuto da Juventude (Lei 12.852/13), que dispõe sobre os direitos dos jovens, isto é, pessoas com idade entre 15 e 29 anos. Destaca-se, porém, que aos adolescentes aplica-se o ECA, sendo o Estatuto da Juventude aplicado a eles excepcionalmente, quando não conflitar com as normas daquele.

264 ECA, Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do ~~pátrio poder~~ poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

no próprio ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se como um metaprincípio. Esta última será a classificação adotada e explicada a seguir.

A proteção integral aparece logo na norma de abertura do ECA, reforçando seu enquadramento como um meta princípio a orientar toda a interpretação e aplicação da lei. Conforme já explicado, a proteção integral visa proteger todas as crianças e adolescentes, sem distinção de qualquer natureza, e assegurar a eles a fruição de todos os direitos fundamentais dos adultos somados aos direitos especiais pela condição peculiar de ser humano em desenvolvimento.

O princípio da prioridade absoluta, assim como a proteção integral, tem amparo tanto na CRFB/88, no art. 227, quanto no ECA, nos arts. 4º e 100, parágrafo único, inciso II 265. Esse princípio estabelece a primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesse, não havendo margem para ponderações sobre qual interesse deve prosperar no caso concreto, uma vez que a escolha foi feita pelo legislador constituinte. Com a finalidade de concretizar referido princípio, o art. 4º, parágrafo único, do ECA, traz, como exemplo, hipóteses de sua aplicação: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer 266 circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (SEABRA, 2020).

No que se refere ao princípio do interesse superior da criança e do adolescente, sua previsão consta tanto da Convenção dos Direitos da Criança – a qual possui status supralegal, conforme abordado anteriormente – como do ECA, em seu art. 100, parágrafo único, inciso IV. Gustavo Cives Seabra (2020, p. 52) define-o como “a análise do que é melhor para a vida da criança e adolescente em face do caso concreto apresentado”. Isso, porque, segundo o autor, há certa dificuldade em estabelecer, prévia e genericamente, o que seria a melhor solução para cada indivíduo, considerando-se que cada caso apresenta suas peculiaridade e nuances. Nesse sentido, seria o conceito flexível e adaptável. O autor explica que Comitê da ONU sobre os Direitos das Crianças recomenda que o princípio seja

265 ECA, Art. 100 (...), parágrafo único: II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

266 Gustavo Cives Seabra (SEABRA, 2020) explica que a expressão “qualquer circunstância” deve ser interpretada considerando a mesma situação fática entre adultos e crianças ou adolescentes. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à precedência de atendimento nos serviços públicos.

aplicado com observância a um conceito triplo, isto é, como um direito subjetivo, um princípio jurídico interpretativo fundamental e uma norma de procedimento.

Sobre o princípio, Andréa Rodrigues Amin (2010b, p. 27) explica que “com a adoção da doutrina da proteção integral, a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infante-juvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar.”. Ainda, a autora observa que o princípio deve nortear o legislador quanto o aplicador do direito, de modo que haja a primazia das necessidades das crianças e adolescentes e seus direitos fundamentais sejam garantidos. Sendo assim, entende-se que o princípio do interesse superior da criança e do adolescente possui funções garantistas, funcionando como um critério hermenêutico; criando deveres para o Poder Público; ensejando soluções com a máxima operatividade e mínima restrição de direitos; e conformando o exercício do poder familiar.

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento joga luz à situação fática de que “crianças e adolescentes mudam, fisicamente e emocionalmente, com mais rapidez que um adulto” (SEABRA, 2020, p. 54). Nesse sentido, cada fase do desenvolvimento infante-juvenil deve ser reconhecida em sua singularidade e incompletude. Esse princípio tem previsão em diversos dispositivos do ECA. No art. 6º, o princípio toma forma de norte interpretativo da lei. Já os arts. 69, inciso I, e 71 mencionam a necessidade de observância do princípio no exercício de direitos específicos, como nos casos de trabalho e acesso à informação e outros direitos, respectivamente (SEABRA, 2020).

Finalmente, o princípio da vedação ao tratamento mais gravoso é apontado por Gustavo Cives Seabra (SEABRA, 2020) como o quarto princípio estruturante do direito da criança e do adolescente, embora não encontre previsão no ECA. O autor explica que tal princípio, do ponto de vista legal, integra o sistema de execução das medidas socioeducativas, conforme artigo 35, inciso I, da Lei 12.594/2012 (Lei do SINASE). Contudo, o autor defende que se trata de princípio estruturante porque, como norma protetiva, como ser estendido para garantir o exercício de outros direitos fundamentais por crianças e adolescentes, como, por exemplo, na seara previdenciária.

A par dos princípios gerais e estruturantes do ECA, existem uma série de outros princípios previstos no Estatuto. Por exemplo, o Título II, ao tratar das medidas de proteção às crianças e adolescentes, dispõe em seu art. 100, sobre os princípios que deverão orientá-las. O princípio da responsabilidade primária e solidária do Poder Público encontra previsão no inciso III e traduz a ideia de que, em regra, a responsabilidade pela concretização e promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes será simultaneamente da União, dos Estados e dos Municípios. O princípio da intervenção precoce, constante no inciso VI, estabelece que a atuação de integrantes do sistema de proteção deve ocorrer assim que se constate indícios de violação de direitos. Tal princípio deve ser lido em conjunto com o da intervenção mínima e da proporcionalidade e atualidade, disciplinados respectivamente

nos incisos VII e VIII. Ou seja, a intervenção deverá ser necessária, proporcional e atual, a fim de afastar o risco de lesão ou a lesão ao direito da criança e do adolescente.

Ainda, merecem ser citados o inciso IX do mesmo artigo, que institui o princípio da responsabilidade parental; o inciso X, que prevê o princípio da prevalência da família, isto é, deve-se evitar medidas que retirem a criança e o adolescente da companhia de seus pais biológicos, priorizando a manutenção dos veículos de afinidade e afetividade. Igualmente relevantes é o incisos XI, que dispõe sobre o princípio da obrigatoriedade da informação, ou seja, garante o esclarecimento das razões que levaram à aplicação da medida, seus prazos e objetivos, tanto às crianças e adolescentes quanto aos pais ou responsáveis. Por fim, o inciso XII institui o princípio da oitiva obrigatória e participação da criança e do adolescente.

Uma vez expostos e discutidos os princípios basilares que regem o direito das crianças e adolescentes, insculpidos nos tratados e convenções internacionais, na Constituição e no ECA, no próximo capítulo, será apresentado como tais princípios influenciaram os institutos do Direito das Famílias, previstos no Código Civil.

2 PROTEÇÃO DOS FILHOS NO CÓDIGO CIVIL

A proposta deste capítulo é aprofundar o entendimento sobre as mudanças no Direito das Famílias a partir da promulgação da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, com o objetivo de compreender a nova moldura dada à proteção dos filhos no Código Civil de 2002, mais especificamente, no que se refere ao instituto da guarda dos filhos. Tal compreensão revela-se como importante substrato para a análise dos fundamentos das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, a qual será realizada no capítulo 4 desta pesquisa.

Assim, em um primeiro momento, serão abordados os princípios estruturantes do novo Direito das Famílias, bem como será discutido o conceito contemporâneo de família. Na segunda parte deste capítulo, será tratado especificamente o tema da guarda dos filhos, envolvendo suas mudanças legais desde o novo Código Civil e as polêmicas que cercam o instituto.

2.1 O DIREITO DAS FAMÍLIAS À LUZ DA CRFB/88

Assim como o tratamento jurídico de crianças e adolescentes, as normas sobre Direito das Famílias foram alvo de profundas mudanças nas últimas décadas, especialmente após a promulgação da CRFB/88, que “fez emergir a visão constitucionalizada do direito civil” (RAMOS, 2020, p. 14). As transformações estruturais e funcionais desse ramo do direito, na visão de Flávio Tartuce, (2020), podem ser compreendidas pelo estudo de seus princípios,

muitos com previsão constitucional. O autor elenca 9 (nove) princípios que devem guiar a interpretação e aplicação do Direito das Famílias.

Em primeiro lugar, o autor aponta o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana – previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88 –, o qual, nas suas palavras, representa “[...] *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*.” (2020, p. 1123). O autor explica que referido princípio é de difícil conceituação, na medida em que se trata de uma cláusula geral; porém, destaca que a dignidade da pessoa humana deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social.

O segundo princípio elencado pelo autor é o da solidariedade familiar, que significa “[...] preocupar-se com a outra pessoa [...]” e “[...] deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.” (TARTUCE, 2020, p. 1127). O autor retira seu fundamento do art. 3º, inciso I, da CRFB/88, que prevê a solidariedade social, a qual, por sua vez, teria repercussões no Direito das Famílias, uma vez que a solidariedade deve estar presente nesses relacionamentos pessoais. Flavio Tartuce (2020) argumenta que, desses dois primeiros princípios – a dignidade da pessoa humana e a solidariedade – decorre um terceiro: o princípio da afetividade. Na visão do autor (2020, p. 1131), que não é unânime, o afeto representa “o principal fundamento das relações familiares” e gera consequências concretas para o Direito das Famílias, como, por exemplo, a possibilidade de parentalidade socioafetiva.

Os dois próximos princípios regulamentam a isonomia constitucional da ordem familiar: o princípio da igualdade entre filhos (art. 227, §6º, CRFB/88 e art. 1.596, CC/2002) e o princípio da igualdade entre cônjuges ou companheiros (art. 226, §5º, CRFB/88 e art. 1.511, CC/2002). Tais princípios assumem especial importância se considerado o longo histórico de discriminação de filhos, que vigorou até a edição da Lei 8.560/1992, e das mulheres na sociedade conjugal ou convivencial (TARTUCE, 2020).

O sexto princípio consiste na não intervenção ou na liberalidade, e decorre do art. 1.513, do CC/2002. Segundo Flávio Tartuce (2020), tal princípio guarda relação direta com o princípio da autonomia privada, a qual, por sua vez, tem como fundamento constitucional a liberdade, um dos principais atributos do ser humano. O autor chama a atenção para o fato de que este princípio visa vedar a intervenção do Estado ou de entes privados, de formas coercitiva, nas relações de família, o que não significa que o primeiro não possa incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar, por exemplo, por meio de políticas públicas. Além disso, referido princípio não impede a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, como em casos de violência no âmbito de suas relações.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente – já discutido no capítulo anterior – também orienta o Direito das Famílias, contando com dois dispositivos no

Código Civil de 2002 (arts. 1.583 e 1.584), além da previsão constitucional, já analisada. Em oitavo lugar, há o princípio da função social da família, que decorre da redação do *caput* do art. 226, da CRFB/88, ao caracterizá-la como a base da sociedade. Desse princípio, decorre a ideia de que “as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade” (TARTUCE, 2020, p. 1134).

Por fim, Flavio Tartuce (2020) entende que o princípio da boa-fé objetiva deve ser incluído entre os princípios estruturantes do Direito das Famílias brasileiro, uma vez que a eticidade – isto é, a valorização de um comportamento ético-socializante – é um dos três princípios fundamentais do próprio Código Civil de 2002.

Os princípios do Direito das Famílias são essenciais para a compreensão das novas molduras dadas a diversos institutos do ramo. O conceito contemporâneo de família – ou entidade familiar, expressões sinônimas segundo o Superior Tribunal Federal²⁶⁷ – pode ser definido como “grupos domésticos que nascem de um vínculo afetivo, e se mantêm focadas na busca de projetos comuns e sem hierarquia, porque seus integrantes compartilham relações horizontais entre si. (RAMOS, 2020, p. 14)”. Muito diverso era o significado do conceito na vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. De modo simplificado, a definição de família abrangia apenas a entidade constituída pelo casamento, sob a qual o marido exercia o papel de chefe de família com autoridade preponderante sobre os filhos, sendo ampla a tutela dos interesses patrimoniais das pessoas (RAMOS, 2020).

O modelo anteriormente adotado, segundo explica Hellen Cristina do Lago Ramos (2020), era matrimonial, patriarcal e patrimonialista. Para a autora, a transformação do conceito se deu pela incorporação dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Além disso, a autora afirma que o novo conceito ampliou o número de famílias reconhecidas e protegidas juridicamente, aproximando o direito da realidade social. Ainda sobre a novel conceituação de família, Maria Berenice Dias (2021) aponta o afeto como o único modo eficaz de defini-la, ressaltando seu caráter eudemonista. Na visão da autora, a família “transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família.” (DIAS, 2021, p. 77).

A CRFB/88 e o Código Civil de 2002 não trazem uma definição legal de família. A primeira, limita-se a caracterizá-la como “a base da sociedade e o foco de especial proteção

267 STF, Tribunal Pleno, ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5-5-2011.

do Estado” e ressalta sua pluralidade, ao prever, em rol exemplificativo²⁶⁸, três modelos de entidade familiar: a família originada do matrimônio (§1º), da união estável (§2º) e a família monoparental (§4º) (BRASIL, 1988). O Código Civil de 2002, por sua vez, nada diz sobre tal definição. Três leis, porém, trazem expressamente a definição de família e definem seus contornos por todo o ordenamento jurídico. São elas: a Lei da Adoção (Lei 12.010/2009)²⁶⁹, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)²⁷⁰, recentemente, a Lei 14.344/2022²⁷¹. Para Maria Berenice Dias (2021), tais conceitos estão alinhados ao perfil contemporâneo da família.

A mudança de paradigma no conceito de família, que a tornou mais democrática, inclusiva e igualitária, teve reflexos também no modelo e no modo de interpretação de outros institutos jurídicos a ela relacionados. Dentre eles, para os fins propostos nesta pesquisa, será discutido, na próxima seção, o instituto da guarda dos filhos.

2.2 PODER FAMILIAR E GUARDA DOS FILHOS

O instituto da guarda dos filhos tem como pressuposto o poder familiar, também denominado de autoridade parental. Por essa razão, antes de discorrer sobre o primeiro, serão expostos os principais pontos relacionados ao segundo.

Em primeiro lugar, é necessário pontuar que o poder familiar foi fortemente impactado pela CRFB/88. Esta, foi a responsável por reconhecer, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental²⁷² (PIOVESAN, 2011). Tal reconhecimento teve reflexos nos direitos e

²⁶⁸ Outros arranjos familiares são, por exemplo: família mosaico, família anaparental, família extensa, famílias paralelas, família poliamorista etc. (RAMOS, 2020). As configurações de cada uma, porém, não serão aqui discutidas por fugirem ao escopo deste estudo.

²⁶⁹ Esta lei acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente o conceito de família extensa seguinte: “ECA, Art. 25 (...) Parágrafo único: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.” (BRASIL, 1990b).

²⁷⁰ Lei 11.340/2006, Art. 5º (...) II: Família é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (BRASIL, 2006).

²⁷¹ Lei 14.344/2022, Art. 2º Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial: (...) II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; (BRASIL, 2022)

²⁷² CRFB/88: 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,

deveres relacionados à sociedade conjugal, que até então era hierarquizada, abolindo a figura do pátrio poder, a qual conferia ao marido o poder de decisão e administração das questões relacionadas à família (RAMOS, 2020).

A partir do princípio da igualdade entre cônjuges ou companheiros, instituiu-se a igualdade na chefia familiar, a ser exercida pelas duas partes da relação em um regime democrático de colaboração, atribuindo-lhe o nome de poder familiar (TARTUCE, 2020).

Hellen Cristina do Lago Ramos (2020) destaca que tal poder deve ser exercido observando-se o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, que condiciona todas as questões relacionadas aos filhos. Na mesma linha, Flavio Tartuce (2020) entende que, com a nova ordem constitucional, o viés democrático da família estende-se inclusive aos filhos, que passam a possuir o direito de opinar.

Sendo assim, Maria Berenice Dias (2021) tece críticas à nomenclatura “poder familiar”: embora tenha se atentado em substituir o vocábulo “pátrio” por “familiar”, ressaltando a isonomia entre homens e mulheres, manteve o uso da palavra “poder”, a qual seria problemática. A autora explica que se trata muito mais de um dever parental, um encargo legalmente atribuído, do que um poder. Complementa que a denominação “autoridade parental” – ou mesmo “responsabilidade parental” – melhor reflete a incorporação da doutrina da proteção integral às crianças e adolescentes, pois tais expressões destacam que “o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.” (DIAS, 2021, p. 305).

No que diz respeito à sua definição, o poder familiar²⁷³ “corresponde aos deveres e aos direitos dos genitores em relação aos filhos menores, a fim de proporcionar-lhes o desenvolvimento de suas personalidades, bem como o gozo dos direitos fundamentais de que são titulares.” (RAMOS, 2020, p. 225). O poder familiar tem como características a irrenunciabilidade, a intransferibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade (DIAS, 2021). As obrigações derivadas do poder familiar têm caráter personalíssimo, sendo que os deveres dos pais em relação aos filhos constam do art. 1.634, do Código Civil de 2002.

Além disso, cumpre ressaltar que o poder familiar decorre tanto da filiação legal quanto da socioafetiva, de modo que os indivíduos, desde o nascimento até os 18 (dezoito)

à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) (BRASIL, 1988).

²⁷³ A despeito das críticas, esta será a nomenclatura utilizada, na medida em que é adotada legalmente e foi utilizada como termo de busca no *site* do Superior Tribunal e Justiça para a localização dos julgados analisados nesta pesquisa.

anos – desde que não emancipados – estão sujeitos ao poder familiar a ser exercido pelos pais de modo igualitário (DIAS, 2021). Nesse sentido, o art. 1.631, do CC/2002, prevê que o poder familiar somente será exercido com exclusividade por um dos pais nas hipóteses de falta ou impedimento do outro. De modo complementar, prevê o art. 1632, do referido diploma, que os pais separados poderão exercer o poder familiar mesmo que o filho fique sob a guarda do outro, assegurando-se o direito de visitas ao pai ou à mãe que não detém a guarda do filho.

O titular do poder familiar poderá perdê-lo ou ter seu exercício suspenso nas hipóteses previstas em lei. Segundo Maria Berenice Dias (2021), a suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, cujo caráter não é punitivo aos pais e sim protetor aos filhos, visando preservar o interesse destes. O art. 1.637, do Código Civil de 2002, traz as hipóteses de suspensão do poder familiar, enquanto o artigo subsequente traz as hipóteses de perdimento (BRASIL, 2002):

CC/2002: 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.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à

pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, após modificação feita pela Lei 13.715/2018 – a mesma lei que inclui o parágrafo único ao art. 1.638, do CC/2002, conforme supramencionado – passou a prever a seguinte hipótese de perda do poder familiar, com a nova redação dada ao §2º, do art. 23 (BRASIL, 1990b):

ECA, Art. 23 (...) § 2º: A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018)

Havendo a destituição do poder familiar, o genitor não terá mais legitimidade para participar de demanda que diga respeito à criança ou adolescente (DIAS, 2021). É preciso destacar que a perda do poder familiar não retira dos pais o dever de alimentos, na medida em que tal consequência “seria premiar quem faltou com seus deveres.” (DIAS, 2021, p. 315). A obrigação de prestar alimentos é unilateral, intransmissível e decorre da condição de filho, independentemente de haver o poder familiar (DIAS, 2021). Igualmente, a perda do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. No direito sucessório, na visão de Maria Berenice Dias (2021), o genitor que teve seu poder familiar destituído não tem direito em relação aos filhos; contudo, os filhos continuam tendo direito à herança do pai ou da mãe que teve o poder familiar destituído.

Expostos os principais pontos sobre o poder familiar, cabe agora discutir o instituto da guarda dos filhos. Conforme já discutido, tanto a titularidade quanto o exercício do poder familiar são exercidos com igualdade por ambos os pais, sendo que a proteção conferida aos filhos por meio deste conjunto de direitos e deveres é plenamente desvinculada da espécie de relação entre os genitores (DIAS, 2021). O Código Civil é explícito ao prever que o rompimento de eventual vínculo de convívio entre os genitores em nada afeta o exercício do poder familiar de cada um (art. 1.579).

Hellen Cristina do Lago Ramos (2020) explica que o direito à convivência entre pais e filhos é recíproco – isto, ambos são titulares do mesmo direito –, sendo que, no direito brasileiro, a convivência familiar é denominada “guarda”. Em outras palavras, o instituto da guarda dos filhos visa regular o direito de convivência familiar quando os pais estejam separados. A autora destaca o fato que a guarda estabelecida pelo Código Civil não se confunde com aquela disciplinada pelo ECA, na medida em que esta última é uma modalidade de colocação a criança e do adolescente em família substituta, que pressupõe a suspensão ou perda do poder familiar pelos genitores.

O CC/2002 regula a guarda dos filhos nos arts. 1.583 e 1.584, sendo que a redação destes foi substancialmente alterada, inicialmente, pela Lei 11.698/2008, a qual teve por objetivo ampliar o sistema de proteção aos filhos para assegurar a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na fixação da guarda (TARTUCE, 2020). Segundo tais dispositivos, a regra é a guarda compartilhada. Isso, porque, o art. 1.584, §2º, estabelece que a guarda compartilhada será fixada quando não houver acordo entre os genitores quanto ao regime, desde que ambos estejam aptos a exercer o poder familiar e desejem obter a guarda. Ressalta-se, porém, o disposto no art. 1.586, do mesmo diploma, o qual estipula que, nos casos em que houver motivos graves, o juiz poderá regular a guarda de maneira diversa, pautando-se pelo melhor interesse das crianças e adolescentes.

Há, então, duas espécies de guarda no Código Civil de 2002: unilateral e compartilhada. A guarda unilateral pode ser definida como aquela atribuída a um dos genitores – ou alguém que o substitua – sendo garantido ao outro, que não a detém, o direito de visitas (art. 1589, do CC/2002). Tal modalidade não exclui o direito daquele que não a detém de supervisionar os interesses dos filhos, podendo solicitar informações ou pedir a prestação de contas. A unilateralidade da guarda é posta como exceção, de modo que o Código Civil de 2002 prevê três hipóteses de sua aplicação: o consenso dos genitores quanto a escolha dessa modalidade (art. 1.584, inciso I, do CC/2002); o desinteresse, declarado em juízo, de um dos genitores pela guarda dos filhos (art. 1.584, §2º, do CC/2002); e a demonstração de inaptidão de um dos genitores para a guarda compartilhada (art. 1.584, § 2º, do CC/2002).

A guarda compartilhada pode ser entendida como a responsabilização conjunta dos direitos e deveres dos pais – que não vivam sob o mesmo teto – em relação aos filhos comuns (art. 1.583, § 1º, do CC/2002) (TARTUCE, 2020). Nesse modelo, não se fala em direito de visitas, mas de tempo de convívio, o qual será dividido de forma equilibrada, devendo-se observar as condições fáticas e os interesse dos filhos (art. 1.583, §2º, do CC/2002). Sobre a divisão do tempo, Hellen Cristina do Lago Ramos (2020, p. 231) explica que “tempo de convívio não será igualitário, mas sim equilibrado, até mesmo porque a criança ou o adolescente terá uma residência fixa no lar de um dos genitores, o que por si só já inviabilizaria a igual divisão do tempo de convívio”.

É importante destacar que, após a vigência da 13.058/2014, a guarda compartilhada tornou-se o regime obrigatório. Sobre o assunto, Flavio Tartuce (2020, p. 1248) explica que a “obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada – ou alternada – deve ser motivado, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente”.

Para Hellen Cristina do Lago Ramos (2020), embora a guarda compartilhada tenha recebido prioridade legal, o melhor interesse da criança e do adolescente deve sempre nortear o estabelecimento do regime de guarda, de modo que as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas. Nesse sentido, explica a autora, a depender do contexto de litigiosidade entre os genitores, a guarda compartilhada poderá se revelar inviável de ser aplicada na prática.

Conforme explicado na introdução, este é o ponto central deste estudo. Com esta pesquisa, pretende-se compreender a construção argumentativa dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre o que significa o melhor interesse da criança, observando se há a tendência de flexibilizar – ou não – a regra da guarda compartilhada quando há elevado grau de animosidade entre os genitores em decorrência de supostos episódios de violência doméstica e intrafamiliar. A análise dos acórdãos será realizada no capítulo 4 deste estudo. Antes, porém, serão feitas considerações sobre as leis que visam coibir a violência nas relações familiares.

3 VIOLÊNCIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu parágrafo 8º, estabelece que o Estado prestará assistência a cada um dos integrantes que compõe a família, criando, para tanto, mecanismos capazes de inibir e cessar a violência nestas relações. Para dar cumprimento a esse preceito constitucional, em 2006, foi criada a Lei nº 11.340 – denominada como Lei Maria da Penha – que tem por finalidade coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, assegurando sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial. A Lei 14.334, popularmente conhecida como Lei Henry Borel, também pode ser lida na mesma chave, uma vez que visa criar mecanismos para aumentar a proteção a outros membros vulneráveis da família: os filhos.

Sendo assim, este capítulo tem por objetivo explicar o conteúdo de cada um destes diplomas para possibilitar a discussão, no próximo capítulo, sobre os reflexos que trouxeram para o campo do Direito das Famílias, em especial, para o instituto da guarda.

3.1 LEI 11.340/2006: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTRAFAMILIAR CONTRA A MULHER

Assim como os direitos das crianças e adolescentes, conforme discutido no capítulo 1 desta pesquisa, os direitos das mulheres, inicialmente, avançaram mais rapidamente em âmbito internacional do que na legislação doméstica. A pauta ganhou especial destaque no ano de 1975, eleito como o Ano Internacional da Mulher. Nesta ocasião, foi realizada, no México, a primeira Conferência Mundial sobre a situação jurídica e social das mulheres, convocada pela Comissão de Status da Mulher das Nações Unidas (BANDEIRA; ALMEIDA, 2015).

De acordo com Lourdes Bandeira e Tânia de Almeida (2015, p. 502), referida Conferência teve o importante papel de tornar, definitivamente, os direitos das mulheres como uma preocupação global. Nesta ocasião, segundo as autoras, a igualdade entre homens e mulheres – já prevista na Carta das Nações Unidas, de 1945 – foi reforçada e foram criadas metas envolvendo a garantia do acesso equitativo das mulheres à educação e ao emprego; da participação política; aos serviços de saúde; da habitação; da alimentação; e do direito de planejamento familiar.

O cenário internacional foi especialmente relevante na década de 1990, acumulando importantes avanços na compreensão do fenômeno da violência e fortalecendo a luta por direitos no plano interno. Em 1992, por meio da Recomendação Geral nº 19, do Comitê da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)²⁷⁴, a violência contra as mulheres passou a ser descrita como uma grave forma de discriminação. No ano seguinte, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, esse fenômeno passou a ser entendido como uma violação aos direitos humanos das mulheres (BARSTED, 2011; PIOVESAN; PIMENTEL, 2011). Tais eventos marcaram o ponto de virada no reconhecimento dos direitos das mulheres e na percepção de que há responsabilidade dos Estados em dar respostas institucionais a essa questão (GARCÍA, 2016).

A Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (“Convenção de Belém do Pará”) (1994) foi o primeiro tratado internacional a abordar especificamente a violência de gênero²⁷⁵, reconhecendo seu caráter generalizado e seu

²⁷⁴ A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, elaborada pela ONU, foi adotada em 1979. O Brasil a ratificou em 1984, mas com uma série de reservas, especialmente quanto à igualdade de direitos entre homens e mulheres no âmbito do casamento e relações familiares. Somente em 1994 é que o Estado brasileiro retirou suas reservas aos termos da Convenção, adotando-a integralmente (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011).

²⁷⁵ Segundo a Convenção, é denominado violência de gênero todo ato que é dirigido contra uma mulher ou que a afete desproporcionalmente, em razão de sua condição de mulher; essa violência é entendida

alcance público e privado. Seguindo a tendência de reconhecimento da responsabilidade estatal, a Convenção elencou importante catálogo de direitos às mulheres e deveres aos Estados-parte, a fim de assegurar a adoção de políticas públicas destinadas a garantir uma vida livre de violência (BANDEIRA; ALMEIDA, 2015; PIOVESAN; PIMENTEL, 2011).

No Brasil, a estratégia de criação de garantias formais às mulheres, pela via legislativa, ganhou forças no cenário de redemocratização, culminando no processo de elaboração e aprovação da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha (LMP) (CAMPOS, 2011). Uma das leis nacionais mais conhecidas pelo povo brasileiro, teve como efeito o aprofundamento do debate público sobre violência contra as mulheres e sobre as limitações do exercício da cidadania pelas mulheres (BARSTED, 2011).

Prestigiada internacionalmente por seu caráter inovador, a Lei Maria da Penha define uma política nacional de promoção da equidade de gênero e redução das vulnerabilidades sociais das mulheres (PASINATO, 2015). A Lei Maria da Penha tem por objetivo conferir uma abordagem integral para o enfrentamento da violência (PASINATO, 2010). Significa dizer que a LMP prevê que se ofereça uma resposta à mulher em situação de violência para além do âmbito meramente penal, preocupando-se em reparar os efeitos da violência em todas as esferas da vida da mulher, seja envolvendo outras questões jurídicas – como divórcio e pensão – ou questões de saúde, assistência social, dentre outras.

Em suas disposições preliminares, a LMP estabeleceu o dever do Estado de resguardar todas as mulheres de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Conforme já abordado no capítulo 2 desta pesquisa, o art. 5º, inciso II, traz uma definição legal para o conceito de família. No art. 7º, a LMP traz um rol exemplificativo das formas de violência, sendo elas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. De acordo com Wania Pasinato (2015b), esse dispositivo amplia o significado de violência, ao abranger um amplo conjunto de comportamentos e ações que extrapolam o que se encontra previsto no Código Penal. Sendo assim, a autora defende que o dispositivo reforça a ideia da violência enquanto um fenômeno complexo e multidimensional.

Conjuntamente ao conceito expandido da violência, a LMP impõe uma abordagem integral do atendimento. Esta, por sua vez, se baseia na ideia de que nenhuma instituição, isoladamente, é capaz de fornecer o auxílio adequado às mulheres em situação de violência. Desse modo, a implementação da lei exige a formulação de respostas pautadas

como reflexo das relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre homens e mulheres (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011).

na intersetorialidade a fim de promover a adequada interação entre os serviços nas áreas de segurança, saúde, e assistências social, jurídica, entre outras.

3.2 LEI 14.344/2022: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Antes da criação da recente Lei nº 14.344/2022, na última década, outras leis tiveram por objetivo modificar o ordenamento jurídico a fim de conferir mais proteção às crianças e adolescentes, à luz do que determinada a CRFB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse aspecto, duas leis possuem especial repercussão e relevância. São elas: a Lei nº 13.010/2014 e a Lei nº 13.715/2018.

A primeira visa coibir a violência por parte de quem tem o dever legal de proteger, cuidar e educar (DIAS, 2021). Também conhecida como Lei Menino Bernardo, a lei homenageia o garoto Bernardo Uglione Boldrini, de apenas 11 (onze) anos, que não recebeu a proteção a qual tinha direito e acabou sendo morto por seu pai e sua madrasta, após sucessivos episódios de maus-tratos (VALENCIANO; FALCHI; CARNEIRO, 2021).

Referida lei acrescentou 3 (três) novos artigos ao ECA – arts. 18-A, 18-B e 70-A – com a finalidade de prever, expressamente, que as crianças e adolescentes têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto. Na visão de Maria Berenice Dias, o grande mérito da lei foi ter acabado com a permissão de os pais castigarem os filhos, ainda que moderadamente. Contudo, em razão de não ter adotado medidas coercitivas para que os infratores cessem suas condutas, entende-se que a lei assumiu um caráter mais pedagógico e programático.

A Lei nº 13.715/2018 inseriu modificações no Código Penal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de determinar a perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Antes de tais alterações, a prática de violência doméstica e intrafamiliar – principalmente àquela ocorrida entre os pais – não era uma causa explícita para a perda do poder familiar. Sendo assim, é possível afirmar que referida lei está alinhada à doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes e representa um avanço em direção à construção de famílias pautadas pelo respeito e pelo afeto, uma vez que reconhece que episódios de violência doméstica são prejudiciais para o próprio desenvolvimento das crianças e adolescentes, mesmo que não sejam praticados, literalmente, contra eles.

Em 2022, foi criada a Lei nº 14.344, a qual, apesar de não possui tal nomenclatura na ementa, vem sendo chamada de Lei Henry Borel, em homenagem ao menino de 4 (quatro)

anos que foi morto, supostamente²⁷⁶, em decorrência de maus tratos praticados por sua mãe e seu padrasto. Mais do que prever modificações em outros diplomas – conforme se propuseram as duas leis tratadas acima – referida lei amplia o microsistema de proteção integral às crianças e adolescentes, abrangendo mecanismos de prevenção, assistência e repressão à violência que não se limitam a aspectos jurídicos.

Nesse sentido, em termos de conteúdo e estrutura, pode-se dizer que o novel diploma tem forte inspiração na Lei Maria da Penha, sendo que as disposições desta última e do ECA devem ser aplicadas aos procedimentos previstos na Lei nº 14.344/2022, em caráter subsidiário.

A redação do art. 2º da Lei nº 14.344/2022 é bastante semelhante àquela disposta no artigo 5º da LMP, sendo que ambas trazem a definição de “violência doméstica e familiar”. Embora a redação não seja idêntica, não é possível afirmar que a nova lei tenha inovado conceitualmente em relação à LMP. Igualmente, a Lei nº 14.344/2022 traz a previsão expressa de que a violação dos direitos das crianças e dos adolescentes constitui uma violação de direitos humanos (art. 3º).

Também, a Lei nº 14.344/2022 traz disposições sobre a assistência à criança e ao adolescente em situação de violência doméstica e familiar, prevendo medidas integradas entre os serviços jurídicos, de assistência social e de saúde. Ainda, tal qual a lei de 2006, a Lei nº 14.344/2022 dá especial atenção ao papel da autoridade policial no atendimento das vítimas de violência e prevê Medidas Protetivas de Urgência, tanto para obrigar o agressor quanto para proteger a vítima. A novel Lei nº 14.344/2022 conta com aproximadamente 1 (um) ano de vigência, de modo que suas repercussões na cultura jurídica ainda devem ser observadas.

4 O QUE DIZ O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA?

Conforme explicado na introdução, esta pesquisa adotou o método de análise de jurisprudência para investigar como decide o Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar casos envolvendo a disputa de guarda dos filhos em famílias com histórico de violência doméstica e intrafamiliar. A partir dos recortes metodológicos utilizados, esta pesquisa

²⁷⁶ O caso ainda não foi definitivamente julgado, sendo que tanto a mãe quanto o padrasto de Henry estão presos preventivamente. Disponível em: <https://g1.globo.com/tudo-sobre/henry-borel/>. Acesso em: 26 jul. 22.

chegou a um total de 10 (dez) decisões monocráticas sobre o tema²⁷⁷. Neste capítulo, serão discutidos os resultados da análise de tais julgados.

Antes de analisar o conteúdo do julgado, é importante apresentar algumas características do material sob exame. Dentre os 10 (dez) julgados, 7 (sete) são decisões de agravo em recurso especial (AResp), e as outras três decisões dizem respeito a um recurso especial (Resp), um recurso ordinário autuado como petição (Pet), e um *habeas corpus* (HC). Embora o recorte temporal aplicado abarcasse o período de 23 de dezembro de 2014 a 22 de julho de 2022, todas as 10 (dez) decisões selecionadas foram proferidas entre 2019 e 2022. O gráfico abaixo ilustra tais resultados:

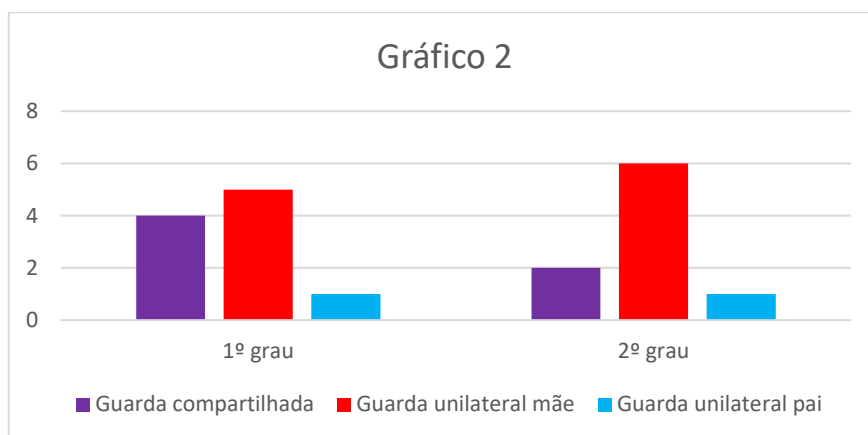


Fonte: elaboração própria

No que se refere às características fáticas dos casos analisados, em metade deles a sentença recorrida havia determinado guarda unilateral em favor da mãe, em 4 (quatro) casos a sentença estipulou, inicialmente, a guarda compartilhada e em 1 (um) caso, a guarda unilateral foi estipulada em favor do pai na sentença. Em segundo grau de jurisdição, apenas uma²⁷⁸ sentença foi reformada, alterando o regime de guarda compartilhada para a guarda unilateral da mãe. Sendo assim, é possível concluir que, tomando por base os casos analisados, a tendência é de manutenção do *status quo*. Tais dados também foram ilustrados no gráfico a seguir:

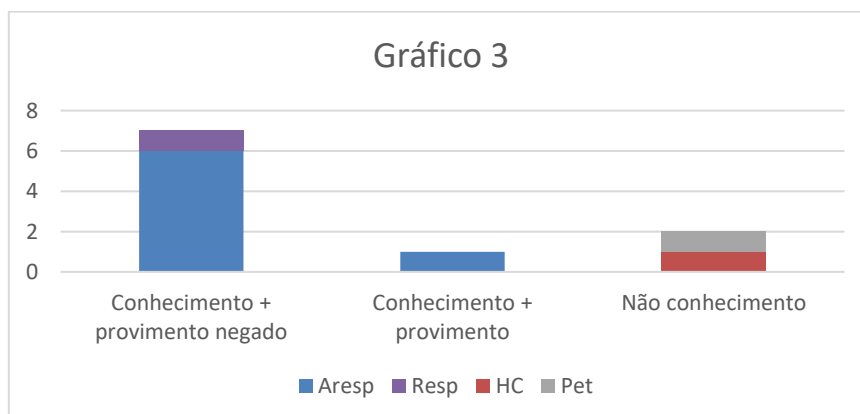
²⁷⁷ No apêndice 1, há uma tabela com as informações principais dos 10 (dez) casos.

²⁷⁸ Em um dos casos analisados (HC 709951), não há acórdão proferido em segundo grau de jurisdição.



Fonte: elaboração própria

Quanto ao teor das decisões, primeiro será exposto um quadro geral sobre o conhecimento e provimento dos recursos. Assim, em 7 (sete) casos, o STJ conheceu o recurso, porém negou provimento em razão da incidência da Súmula n. 7279; em 2 (dois) casos, decidiu pelo não conhecimento do recurso, por ser notória a inadequação da via eleita nos casos analisados; em 1 (um) caso, decidiu pelo conhecimento do recurso e seu provimento, sendo este o único caso em que foi alterado o regime de guarda, mudando de compartilhada (estabelecido tanto na sentença quanto no acórdão) para a guarda unilateral da mãe. Abaixo, um terceiro gráfico organiza os resultados em comento:



Fonte: elaboração própria

Nesse ponto, é importante destacar a fundamentação utilizada para aplicar a Súmula n. 7. Segundo o STJ, os tribunais estaduais em questão estabeleceram a guarda dos filhos, em cada caso, com base no conjunto fático-probatório e nas peculiaridades da situação

279 Súmula n. 7/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

em concreto. Isso, porque, em todos os graus de jurisdição nos casos em análise, os julgadores argumentam que, embora a guarda compartilhada seja a regra, as peculiaridades do caso concreto devem ser sempre observadas a fim de estabelecer se tal regra deve permanecer ou ser mitigada, à luz do melhor interesse da criança e do adolescente. Em todos os casos, os episódios de violência doméstica experienciados no âmbito familiar foram tratados como circunstância excepcional a ser valorada para a flexibilização, ou não, da regra da guarda compartilhada.

Por essa construção, o STJ, nos 7 (sete) referidos casos, entendeu que a mudança do regime estabelecido para a guarda dos filhos demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência que não pôde ser levada a efeito em razão do óbice contido na Súmula nº 7. Ressalta-se, porém, que em tais decisões, foi possível ter contato com a argumentação dos Tribunais estaduais sobre a estipulação da guarda, a qual será aqui reconstruída. Destaca-se, inicialmente, que dentre os casos analisados, 2 (dois) tinham como Tribunal de origem o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS); 2 (dois), o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT); 1 (um), o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR); 1 (um), o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP); e 1 (um) o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ).

Dentre os 7 (sete) casos, apenas 1280 (um) teve a guarda compartilhada estipulada tanto na sentença como no acórdão. Conforme já explicado, o STJ negou provimento ao recurso, aplicando a Súmula nº 7, de modo que o acórdão não foi reformado. Neste caso concreto, embora tenha sido estipulada a guarda compartilhada, tanto a mãe quanto o pai pleiteavam para si a guarda unilateral da filha em comum. A guarda compartilhada foi estabelecida pelo TJDFT como sendo a mais adequada ao bem-estar da criança, sob a argumentação de que os episódios de violência praticados pelo pai contra a mãe não caracterizariam motivo grave e excepcional capaz de autorizar a guarda unilateral, uma vez que a violência não foi praticada contra a filha e que a separação do casal teria o condão de pôr fim aos episódios de violência. O Ministério Público manifestou-se pela guarda compartilhada. Abaixo, reproduz-se trecho da argumentação acórdão em comento, citado pelo AREsp 1912700 (p. 02):

Consoante já pontuado nos autos, não se desconhece as ocorrências policiais e os procedimentos criminais em razão de violência doméstica e familiar, inclusive com deferimento de medidas protetivas para afastamento do requerido, o que mitigou o contato entre os envolvidos (id. 40690500). Todavia, ainda que haja encaminhamento pretérito da menor para acompanhamento psicológico (id. 40689952), os fatos que atingiram o casal enquanto

280 Trata-se do AREsp 1912700.

juntos não se transferem aos filhos, de modo que, com a separação deles, restam superados os narrados episódios.

Em outro caso – AREsp 1915104 – a sentença havia decidido pela guarda compartilhada, mas foi reformada em 2ª instância, determinando-se a guarda unilateral em favor da mãe. Mais uma vez, destaca-se que o STJ negou provimento ao recurso, aplicando a Súmula nº 7, de modo que o acórdão não foi reformado. Neste caso, tanto o pai quanto a mãe apelaram com a finalidade de pleitear para si a guarda unilateral da criança. O TJRJ entendeu que o “comportamento beligerante” das partes – que abrange uma condenação criminal do pai por lesão corporal praticada contra a mãe – impossibilitaria a guarda compartilhada, a qual demanda, na visão do tribunal, um bom entendimento entre as partes. O Ministério Público havia se manifestado pelo deferimento de guarda unilateral para a mãe, em razão da violência praticada pelo pai.

Nesse sentido, além de levar em consideração o histórico violento do pai contra a mãe, o TJRJ também decidiu pela guarda unilateral em favor da mãe porque a criança, que já vivia em sua companhia, estaria adaptada à rotina e estaria recebendo todos os cuidados necessários por parte da mãe, de modo que a mudança poderia influenciar negativamente no desenvolvimento da criança. Um terceiro fator que influenciou a decisão pela guarda unilateral, neste caso específico, foi o fato de haver grande distância geográfica entre a residência da mãe (Rio Grande do Sul) e do pai (Rio de Janeiro), o que, na visão do TJRJ, inviabilizaria a guarda compartilhada. Ademais, o tribunal estabeleceu que, a despeito da guarda unilateral, há o direito de visita do pai, a fim de possibilitar a convivência com a criança.

Nos outros 5 (cinco) casos, a sentença de 1º grau estabeleceu a guarda unilateral – 4 (quatro) em favor da mãe e 1 (uma) em favor do pai – e o acórdão manteve tal decisão. Ressalta-se, novamente, que o STJ negou provimento aos recursos, aplicando a Súmula nº 7, de modo que os acórdãos não foram reformados. A situação fática dos 4 (quatro) casos²⁸¹ em que a guarda unilateral foi concedida em favor da mãe guardam grande semelhança entre si. Em todos os casos havia registro de episódios de violência praticada pelo pai contra a mãe e havia medidas protetivas e urgência em desfavor do pai, embora houvesse variação quanto ao tipo de violência sofrida (ameaça ou lesão corporal) e quanto à fase de apuração do crime (inquérito policial, processo em andamento ou trânsito em julgado da condenação). Em todos os 4 (quatro) casos, o pai pleiteou guarda compartilhada, e a mãe, a guarda unilateral. Além disso, em todos eles, o Ministério Público manifestou-se pela não concessão da guarda compartilhada.

²⁸¹ AREsp 1702588, AREsp 1556631, AREsp 2049665 e REsp 1808964.

Em 3 (três) dos 4 (quatro) casos em questão, a violência praticada pelo pai contra a mãe não foi apontada como um motivo de risco para os filhos. Porém, os episódios de violência foram vistos como um impedimento da boa relação entre pai e mãe, que, por sua vez, teria como reflexo a “evidente animosidade” ou “falta de diálogo harmônico” ou “falta de convivência civilizada”, e o conseqüente impedimento do exercício da guarda compartilhada. No caso do AREsp 1702588, contudo, o TJPR considerou que o comportamento de violência do pai tem influência no modo como ele exerce sua parentalidade. Abaixo, destaca-se o seguinte trecho do acórdão, mencionado na decisão do STJ (p. 09):

A beligerância no campo da conjugalidade acaba afluindo no campo da parentalidade. Veja-se que a decisão é clara quanto ao afastamento da guarda compartilhada não pela exclusiva beligerância entre os genitores do menor, mas em atenção ao comportamento violento do genitor no âmbito doméstico, com [sic] ressonante condenação criminal, inclusive.

O único caso de guarda unilateral em favor do pai – AREsp 1693627 – merece ser trabalhado em separado em razão de suas peculiaridades. Neste caso em concreto, o pai já estava com a guarda física dos filhos desde o término do convívio entre o casal, somando aproximadamente três anos, sendo que tal situação não teria sido contestada por um longo período pela mãe. A manutenção da rotina das crianças foi, então, um primeiro argumento utilizado para dar preferência à guarda unilateral ao pai. Ainda, há a peculiaridade de haver acusações recíprocas neste caso: além de acusações, por parte da mãe, de que o pai das crianças teria sido violento com ela, o pai a acusa de ter maltratado os filhos e tê-los negligenciado. Sobre tal situação, o TJMS se manifestou da seguinte forma (p. 04):

Os fatos imputados pela genitora ao genitor (violência doméstica), apesar de serem acusações graves, foram, em tese, praticados contra a agravante, e não contra os filhos. Por outro lado, os fatos imputados pelo agravado em desfavor da agravante/genitora (abandono de incapaz e maus tratos), mostram-se, nesta circunstância, igualmente graves e relacionados com os cuidados dos filhos menores. Assim, apesar das acusações ainda estarem em fase circunstancial, a manutenção do estado em que as crianças se encontram, desde 10/2017, merece ter preferência.

O AREsp 1951119 foi o único caso conhecido e provido pelo STJ. Na situação em concreto, tanto a sentença quanto o acórdão do TJES haviam determinado a guarda compartilhada, sendo que a mãe pleiteava a guarda unilateral para si e o pai pleiteava a guarda compartilhada. A guarda unilateral era pleiteada sob o argumento de que o pai da

criança seria uma pessoa violenta, uma vez que havia agredido a mãe da criança, em via pública e em local próximo à saída da creche da criança, e que, uma vez processado pelo ocorrido, teria descumprido medidas protetivas deferidas contra ele. Contudo, o TJES entendeu que tal comportamento do pai não seria suficiente para mitigar a aplicação da guarda compartilhada, uma vez que esta é a regra para a estipulação da guarda.

O STJ, porém, discordou da solução dada ao caso pelo TJES, fundamentando a concessão de guarda unilateral em favor da mãe nos seguintes termos (p. 6-7):

Ao contrário do que consignado pela Corte estadual, a situação é certamente mais grave e delicada do que "a evidente animosidade entre as partes", não se podendo olvidar que a mãe do menor foi brutalmente agredida, de forma covarde, por seu ex-marido na frente da creche do filho em comum, que também acaba sendo exposto em seu próprio ambiente escolar e colocado em situação de risco, sem contar no trauma psicológico gerado por eventos dessa natureza. **Embora a guarda compartilhada seja regra no ordenamento jurídico brasileiro, tal modelo deve ser evitado quando presentes "peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício" (REsp 1591161/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017), como se verifica no caso ora em julgamento.** Não há situação minimamente razoável entre os pais a justificar a adoção da guarda compartilhada na hipótese dos autos. Pelo contrário, trata-se de situação excepcionalíssima - prisão em flagrante na creche da criança e sentença penal condenatória por lesão corporal - que elide qualquer presunção de que essa espécie de guarda seja a que melhor atenda aos superiores interesses do menor, cuja proteção integral deve ser assegurada. (grifo nosso)

Por fim, tanto o HC 709951 quanto a Pet 15149 não foram conhecidos pelo STJ, que considerou a via eleita inadequada. O HC tinha por finalidade pleitear a mudança da guarda compartilhada para a guarda unilateral do pai, com a realização de monitoramento da convivência materna. O fundamento para a mudança seria a prática de violência por parte da mãe contra filhos, que teria sido informada por estes ao pai e, após, devidamente registrada a ocorrência em uma Delegacia de Polícia especializada. Ocorre que o HC foi impetrado de decisão monocrática proferida por desembargados do TJMG, de modo que a análise do HC violaria o princípio da colegialidade. Soma-se a esse argumento, o fato de

o direito pleiteado não versar sobre o direito de locomoção, de modo que o STJ decidiu ser notória a inadequação da via eleita.

Quanto à Pet 15149, trata-se de caso em que a mãe tem a guarda unilateral, proferida em sede de sentença e confirmada em 2º grau. Contudo, o pai interpôs recurso ordinário autuado como petição, a fim de obter a guarda compartilhada da criança. O pai alega que a mãe da criança teria se mudado da cidade em que residia e interrompido o tratamento médico da criança, que possui autismo. O STJ entende ser “incabível a interposição de recurso ordinário constitucional contra acórdão proferido em apelação, sendo o recurso especial meio próprio para o fim a que se destina, situação que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal” (p. 03).

Contudo, embora não tenha conhecido o recurso, a Corte se manifestou quanto à inexistência de risco à integridade da criança, uma vez que há, nos autos, a juntada do Estudo Social realizado pelo Setor Técnico Especializado da Vara da Infância e da Juventude da Comarca onde a filha reside com sua mãe, atestando que a criança tem todas as suas necessidades supridas e se sente feliz na presença da mãe. Além disso, tal estudo apontou que a mãe se mudou de cidade em razão de episódios de violência praticados contra ela pelo pai da criança, de modo que a relação entre ambos é conflituosa. Nesse sentido, o estudo concluiu que a guarda unilateral em favor da mãe seria a mais adequada aos interesses da criança no caso em concreto.

A análise dos julgados permite concluir que o Superior Tribunal de Justiça, via de regra, entende que a disputa de guarda dos filhos envolvendo episódios de violência intrafamiliar entre os pais configura um dissenso apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso, porque os dispositivos do Código Civil que versam sobre a estipulação da guarda precisam ser interpretados à luz do melhor interesse das crianças e adolescentes, de modo que as peculiaridades do caso concreto – neste caso, a violência intrafamiliar – devem ser levadas em consideração. Sendo assim, referida Corte tende a não se posicionar quanto ao mérito dos casos que chegam até ela, na medida em que a Súmula n. 7 impõe um óbice a tal análise.

Contudo, é possível afirmar que, pela amostra de casos que chegaram à apreciação do STJ, há uma tendência do Poder Judiciário em considerar episódios de violência doméstica nas relações conjugais incompatíveis com a guarda compartilhada dos filhos. Isto porque, de acordo com a argumentação mais frequentemente mobilizada, a existência de violência implica, na grande parte dos casos, em impossibilidade de comunicação saudável entre os pais. Este fato, por sua vez, impediria o funcionamento da guarda compartilhada, que se baseia nas ideias de cooperação e respeito recíprocos, a fim de tomar decisões sobre a vida dos filhos de forma harmônica e atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, observou-se que as decisões em comento se guiam pelo princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, tratando-os como sujeitos de direitos. Inclusive, a grande maioria embasou sua argumentação nos relatórios multidisciplinares que avaliavam as condições fáticas das crianças e adolescentes, considerando suas necessidades e sentimentos. Assim, é possível dizer que as decisões sobre a guarda dos filhos atendem aos preceitos constitucionais, que tem por objetivo assegurar o bem-estar da criança e do adolescente, e não buscam priorizar os desejos individuais dos pais em detrimentos dos filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo horizonte normativo instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proporcionou que grupos de indivíduos, até então marginalizados, tivessem assegurada uma série de direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, das crianças e adolescentes, que passaram a ocupar posição prioritária e de especial proteção no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do seu peculiar estado de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, as mudanças constitucionais impuseram transformações na legislação infraconstitucional, sendo o Direito das Famílias um campo especialmente afetado.

Atendendo à necessidade de mudança estrutural, após a nova constituição, também foi promulgado um novo Código Civil, no ano de 2002. Referido diploma abandona a lógica patriarcal e patrimonialista, que imperava no Código Civil de 1916, e passa a adotar uma compreensão de família enquanto instituição democrática, inclusiva e igualitária. Após a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada – isto é, responsabilização conjunta dos direitos e deveres dos pais que não vivam sob o mesmo teto em relação aos filhos comuns – deve ser aplicada em regra, inclusive quando não houver concordância entre os pais quanto ao modelo de guarda a ser adotado. Nesse sentido, atualmente, a guarda unilateral é entendida como excepcional.

Igualmente, visando regulamentar o preceito constitucional insculpido no art. 226, §8º, da CRFB/88, o qual determina que a cada integrante da família seja assegurada proteção contra a violência intrafamiliar, foram criadas tanto a Lei nº 11.340/2006 quanto a Lei nº 14.344/2022. O microssistema de proteção aos membros da família mais vulneráveis – quais sejam, as mulheres e as crianças e adolescentes – reforça a necessidade prevenir e punir os casos de violência no seio familiar, além de conferir assistência àqueles que tenham vivenciado episódios violentos em tais relações. Nesse sentido, tais leis extrapolam um viés punitivista e se preocupam em conferir, também, outros direitos – relacionados a aspectos da vida regulados pelo direito civil, por exemplo – para as pessoas que estejam em situação de violência.

É neste contexto que esta pesquisa se propôs a responder a seguinte pergunta: na visão do Superior Tribunal de Justiça, há incompatibilidade entre episódios de violência doméstica e intrafamiliar, supostamente perpetrada por um dos detentores do poder familiar contra o outro, e a estipulação de regime compartilhado de guarda dos filhos? Para respondê-la, a pesquisa mobilizou o método de análise de jurisprudência, que consiste no exame de julgados a partir de recortes pré-determinados, com o intuito de responder a um questionamento específico.

Nesta pesquisa, adotou-se como recorte institucional o Superior Tribunal de Justiça. A delimitação do tema foram os julgados versando sobre a estipulação do regime de guarda dos filhos em casos nos quais, supostamente, houve episódios de violência doméstica e intrafamiliar. O recorte processual não foi adotado, tendo em vista que não se elegeu, *a priori*, um tipo específico de recurso para servir de objeto da análise. Por fim, o recorte temporal levou em consideração as importantes modificações advindas da Lei nº 13.058/2014, de modo que foram selecionados apenas os acórdãos proferidos após a entrada em vigor da referida lei até a data de 22 de julho de 2022.

Para a seleção dos julgados, esta pesquisa utilizou a ferramenta de buscas de jurisprudência do *site* do Superior Tribunal de Justiça a partir da combinação de duas palavras chaves: “guarda compartilhada” e “violência doméstica”. A busca resultou, inicialmente, em 30 decisões monocráticas no total, não sendo localizado nenhum acórdão a partir de tais palavras-chave. Contudo, após a filtragem do material, o *corpus* empírico da pesquisa compôs-se de 10 (dez) julgados, os quais foram analisados.

No que se refere aos principais achados dessa pesquisa, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça, via de regra, entende que a disputa de guarda dos filhos envolvendo episódios de violência intrafamiliar entre os pais configura um dissenso apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso, porque os dispositivos do Código Civil que versam sobre a estipulação da guarda precisam ser interpretados à luz do melhor interesse das crianças e adolescentes, de modo que as peculiaridades do caso concreto – neste caso, a violência intrafamiliar – devem ser levadas em consideração. Sendo assim, referida Corte tende a não se posicionar quanto ao mérito dos casos que chegam até ela, na medida em que a Súmula n. 7 impõe um óbice a tal análise.

Contudo, é possível afirmar que, pela amostra de casos que chegaram à apreciação do STJ, há uma tendência em considerar episódios de violência doméstica nas relações conjugais incompatíveis com a guarda compartilhada dos filhos. Isto porque, de acordo com a argumentação mais frequentemente mobilizada, a existência de violência implica, na grande parte dos casos, em impossibilidade de comunicação saudável entre os pais. Este fato, por sua vez, impediria o funcionamento da guarda compartilhada, que se baseia nas ideias de cooperação e respeito recíprocos, a fim de tomar decisões sobre a vida dos filhos de forma harmônica e atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Sugere-se que novos estudos continuem analisando a relação entre guarda compartilhada e violência doméstica e intrafamiliar. Primeiro, porque se trata de temática de grande repercussão na vida das pessoas, principalmente considerando o elevado número de casos de violência intrafamiliar no Brasil. Além disso, destaca-se que tanto a legislação concernente ao Direito das Famílias, quanto as leis de proteção contra a violência, são objeto, recorrentemente, de alteração via Poder Legislativo, de modo que o acompanhamento perene do assunto se mostra necessário. Nesse sentido, considera-se como interessante a realização de pesquisas que se proponham a analisar os julgados do tribunais de 2ª instância sobre o tema, uma vez que, em regra, são eles quem decidirão se há, ou não, incompatibilidade no caso concreto.

Por fim, entende-se que a presente pesquisa tem a potencialidade de contribuir para os debates sobre o Direito das Famílias, especialmente no que se refere ao instituto da guarda compartilhada, na medida em que colabora para identificação de como o Superior Tribunal de Justiça, e outras instâncias do Poder Judiciário, tem se posicionado a respeito da compatibilidade do instituto com o histórico de violência intrafamiliar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Apectos Teóricos e Práticos**. 4th ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda., 2010a. p. 11–17.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Apectos Teóricos e Práticos**. 4th ed. Rio: Editora Lumen Juris Ltda., 2010b. p. 19–29.

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Vinte Anos da Conveção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Estudos Feministas**, vol. 23, no. 2, p. 501–517, 2015. .

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da criança e do adolescente**. 3rd ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. <https://doi.org/10.32361/2022140113625>.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2011. p. 13–64.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. 1990a.

BRASIL. Lei 14.344 de 24 de maio de 2022. Lei Henry Borel. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.340. Lei Maria da Penha. 2006.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990b.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2011.

CERQUEIRA, Daniel (Coord.). **Atlas da Violência**. Rio de Janeiro: IPEA/FBSP, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14th ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

GARCÍA, Helena Alviar. Violence against women as an economic issue: making sense of a fragmented field. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 3, no. 2, p. 53–72, 2016.

IGREJA, Rebecca Lemos. O direito como objeto de estudo empírico. **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11–38.

LOURENÇO, Daniel Braga. Conexões históricas entre a proteção humana e a tutela jurídica dos animais: os casos de Mary Ellen Wilson e Harry Berger. **Rjlb**, vol. 4, no. 6, p. 1659–1678, 2018. .

OEA. Convenção Americana dos Direitos Humanos. 1969. Available at: org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

ONU. Declaração Universal dos Direitos das Crianças. 1959. Available at: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? **Metodologia da pesquisa em direito - técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2nd ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 118–137.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, vol. 10, no. 2, p. 216–232, 2010. .

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios.

Revista Estudos Feministas, vol. 23, no. 2, p. 533–545, 2015.
<https://doi.org/10.1590/0104-026x2015v23n2p533>.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos civis e políticos: a conquista da cidadania feminina. **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010**. Rio de Janeiro: CE, 2011. p. 58–88.

PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Silvia. A Lei Maria da Penha na Perspectiva da Responsabilidade Internacional do Brasil. **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2011. p. 101–118.

RAMOS, Hellen Cristina do Lago. **Direito de Família - Coleção defensoria pública - ponto a ponto**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SEABRA, Gustavo Cives. **Manual de Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 10th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALENCIANO, Dielles; FALCHI, Edna de; CARNEIRO, Rômulo Almeida. Poder familiar no contexto da Lei 13.010 de 2014. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, vol. 5, no. 7, 2021. .

VERONESE, Osmar; RÖPKE, Juliana Hanke. Infância: invenção ou descoberta? Aspectos jurídicos e históricos da evolução da proteção integral. **Prisma Jurídico**, vol. 16, no. 1, p. 96–121, 2017. .

APÊNDICE A – Informações sobre os julgados

Tipo	Min. Relator(a)	Data de publicação
REsp 1808964	Moura Ribeiro	08.08.19
AREsp 1556631	João Otávio De Noronha	03.10.19
AREsp 1693627	Nancy Andrighi	08.09.20

AREsp 1702588	Moura Ribeiro	06.10.20
AREsp 1912700	Maria Isabel Gallotti	04.11.21
AREsp 1951119	Luis Felipe Salomão	02.12.21
HC 709951 MG	Luis Felipe Salomão	07.12.21
AREsp 1915104	Antonio Carlos Ferreira	23.02.22
AREsp 2049665	Marco Aurélio Bellizze	03.05.22
Pet 15149	Raul Araújo	20.06.22

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À SUA ADMISSIBILIDADE E EFEITOS

EDNALDO CALDEIRA DA SILVA SANTOS:
Bacharelando do Curso de Direito pela ULBRA –
AM.²⁸²

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica sobre a admissibilidade e os efeitos das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Para tanto, foram estudados aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais relacionados à questão. Inicialmente, discutiu-se a interpretação das normas constitucionais e legais que regem a matéria, bem como os princípios constitucionais que devem ser observados na análise das provas ilícitas. Em seguida, foram abordados os efeitos que a utilização dessas provas pode ter na condução do processo penal e na aplicação da justiça, bem como a doutrina dos frutos da árvore envenenada. Por meio da análise dos dados coletados, verificou-se que a admissibilidade das provas ilícitas é tema controverso, suscitando divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Enquanto alguns defendem a sua inadmissibilidade absoluta, outros entendem que é possível admiti-las em certas circunstâncias. Diante disso, a adoção de uma abordagem garantista no tratamento das provas ilícitas, que leve em conta os princípios constitucionais que regem a matéria, tais como o devido processo legal e a presunção de inocência. Ademais, é necessário o aprimoramento da formação dos operadores do direito e a conscientização da sociedade sobre a importância da preservação dos direitos fundamentais, especialmente em um Estado Democrático de Direito como o Brasil.

Palavras-chave: Provas; Ilícitas; Fruto envenenado; Admissibilidade.

INTRODUÇÃO

As provas ilícitas são um tema controverso e complexo no processo penal brasileiro. Sua admissibilidade e os efeitos decorrentes de sua utilização geram debates doutrinários e jurisprudenciais acalorados.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo penal. Contudo, a aplicação desse princípio não é simples e exige uma análise cuidadosa das circunstâncias de cada caso. A admissibilidade das provas ilícitas é um tema que suscita divergências doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente

282 E-mail: raylana.winchester@hotmail.com

em relação às exceções que permitem a sua utilização, como a teoria da descoberta inevitável e a da fonte independente.

O uso de provas ilícitas pode comprometer a justiça do processo penal e violar direitos fundamentais dos acusados, como a presunção de inocência e o devido processo legal. Além disso, as provas ilícitas podem colocar em risco a integridade das decisões judiciais, uma vez que a sua utilização pode contaminar todo o processo, comprometendo a validade das provas produzidas de maneira lícita. A doutrina dos frutos da árvore envenenada, que prevê a exclusão de todas as provas derivadas daquelas obtidas por meio ilícito, é um importante instrumento para coibir a utilização de provas ilícitas.

É necessário, no entanto, encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais dos acusados e a garantia da efetividade da justiça penal, de modo a não permitir que a exclusão de provas lícitas comprometa a validade do processo. A solução para o problema das provas ilícitas no processo penal brasileiro passa pela interpretação adequada das normas constitucionais e legais que regem a matéria, bem como pela conscientização dos operadores do direito sobre a importância da preservação dos direitos fundamentais.

Ademais, é importante fomentar o debate público sobre a questão, de forma a conscientizar a sociedade sobre a relevância da proteção dos direitos fundamentais no contexto do processo penal. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica sobre a admissibilidade e os efeitos das provas ilícitas no processo penal brasileiro, tendo como base a interpretação das normas constitucionais e legais, bem como os princípios constitucionais que devem ser observados na análise das provas ilícitas.

Como podemos entender a utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro? Como hipótese da teoria da árvore dos frutos envenenados traduz a ideia de que, uma vez obtida a prova por meio ilícito, todas as demais provas dela decorrentes, conhecidas como provas por derivação, também serão consideradas ilícitas. O método da pesquisa utilizado é a Exploratória, ondem foram usadas as técnicas de coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica, também utilizando técnicas de análise de dados do tipo qualitativo.

2. DO CONCEITO DE PROVA

A prova é um elemento fundamental no processo de julgamento de qualquer tipo de demanda jurídica. Ela é definida como um meio de demonstrar a verdade ou falsidade de um fato alegado, mediante apresentação de elementos de convicção que conduzam o juiz a uma conclusão acerca do que realmente ocorreu. Como destaca o autor Fredie Didier Jr. (2015, p. 517) "a prova é um dos instrumentos mais importantes na busca da justiça, por meio do conhecimento da verdade".

A doutrina apresenta diversas classificações das provas, mas uma das mais conhecidas é aquela que divide as provas em: prova documental, prova testemunhal, prova pericial e prova material. A prova documental é a que se realiza por meio de documentos, escritos ou eletrônicos, capazes de demonstrar a existência de um fato. A prova testemunhal é a que se realiza por meio do depoimento de pessoas que possam confirmar ou negar a existência de um fato.

A prova pericial é a que se realiza por meio de exames técnicos realizados por profissionais habilitados, para que possam esclarecer questões técnicas relevantes para o julgamento da causa. Já a prova material é a que se realiza por meio da apresentação de objetos ou coisas que possam demonstrar a existência de um fato.

Cada tipo de prova possui regras específicas para a sua produção e valorização, conforme destaca Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery " (2016, p. 829) "cada espécie de prova tem sua disciplina legal própria e peculiar. Todas, porém, têm em comum a exigência da pertinência e da utilidade da prova, ou seja, a necessidade de que seja ela capaz de elucidar os fatos controvertidos". A prova, assim como todo o processo, deve ser conduzida de acordo com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, garantindo às partes o direito de produzir e impugnar as provas necessárias para a defesa de seus interesses.

Como afirma Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 319) "a prova deve ser conduzida com respeito ao contraditório e à ampla defesa, pois é no processo, com base no direito de ação e na garantia de defesa, que se estabelece a justiça". Além disso, a prova deve ser apreciada pelo juiz de forma livre, mas fundamentada, ou seja, o magistrado pode decidir pela aceitação ou rejeição de determinada prova, desde que apresente os motivos que o levaram a essa conclusão. Como destaca José Carlos Barbosa Moreira (2015, p. 448) "o juiz é livre para apreciar as provas, mas não pode fazê-lo sem motivar a sua decisão".

Por fim, cabe destacar que a prova é um elemento essencial para a justiça, mas não pode ser vista como um fim em si mesma. Ela deve ser utilizada como um meio de chegar à verdade dos fatos e garantir a proteção dos direitos das partes envolvidas. Como ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 393) "a prova tem como finalidade essencial a realização da justiça, a partir da busca da verdade, mas não deve ser um fim em si mesma, nem um instrumento de poder, mas um meio de se chegar à verdade e garantir a proteção dos direitos fundamentais".

Portanto, a prova é um instrumento fundamental no processo de julgamento de qualquer demanda jurídica, devendo ser conduzida de acordo com as regras estabelecidas pela legislação e com respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Além disso, o juiz deve apreciar a prova de forma livre, mas fundamentada,

garantindo a busca da verdade dos fatos e a proteção dos direitos das partes envolvidas. Como afirmam Carlos Henrique Soares e Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 583) "a prova é um elemento-chave no processo de tomada de decisão judicial, sendo necessária a sua condução com cautela e respeito aos princípios processuais".

Em resumo, a prova é um elemento essencial para a realização da justiça, devendo ser produzida e apreciada com cautela e respeito aos princípios processuais. Ela deve ser utilizada como um meio de chegar à verdade dos fatos e garantir a proteção dos direitos fundamentais das partes envolvidas, buscando sempre a solução justa e equitativa para cada caso concreto. Como afirma Teresa Arruda Alvim Wambier (2017, p. 360) "a prova é o caminho da verdade, que leva ao conhecimento dos fatos e à realização da justiça".

2.1. O princípio da verdade real no processo penal

O princípio da verdade real é um dos pilares do processo penal, que busca a verdade dos fatos ocorridos no caso concreto, sem se limitar às provas apresentadas pelas partes envolvidas. Segundo o jurista Aury Lopes Jr., "o princípio da verdade real é aquele que busca a verdade real dos fatos, independentemente das provas apresentadas pelas partes" (LOPES JR., 2019, p. 1037).

Esse princípio é fundamental para garantir a efetividade da justiça criminal, pois permite que o juiz tenha uma visão completa dos fatos ocorridos no caso concreto. Como destaca Tourinho Filho, "o princípio da verdade real é fundamental para a correta aplicação da justiça penal, permitindo que o juiz tenha uma visão completa e objetiva dos fatos" (TOURINHO FILHO, 2016, p. 113).

Para alcançar a verdade real, é necessário que o juiz utilize todas as fontes de prova disponíveis, independentemente de sua origem. Como afirma Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 142) "o princípio da verdade real implica na busca da verdade por todos os meios possíveis, inclusive por meio de provas obtidas de forma ilícita, desde que não violem direitos fundamentais".

No entanto, é preciso ter cuidado para não violar direitos fundamentais, como a privacidade e a intimidade das pessoas. Segundo Nucci, "o princípio da verdade real não pode ser utilizado como desculpa para violar direitos fundamentais, devendo ser respeitados os limites estabelecidos pela Constituição" (NUCCI, 2018, p. 67).

Além disso, o princípio da verdade real não significa que o juiz deva aceitar todas as provas apresentadas pelas partes, devendo analisá-las de forma crítica e fundamentada. Como destaca o Capez, "o princípio da verdade real não significa que o juiz deva aceitar todas as provas apresentadas pelas partes, devendo analisá-las de forma crítica e fundamentada" (CAPEZ, 2020, p. 212).

Outro ponto importante é que a busca pela verdade real não deve se sobrepor aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Segundo Ada Pellegrini Grinover, "o princípio da verdade real não deve se sobrepor aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, devendo ser respeitados os direitos das partes envolvidas no processo" (GRINOVER, 2018, p. 82).

Por fim, é importante destacar que o princípio da verdade real deve ser visto como um meio para alcançar a justiça, e não como um fim em si mesmo. Como afirma Gomes (2021, p. 92), "o princípio da verdade real é um meio para alcançar a justiça, não devendo ser utilizado como um fim em si mesmo".

2.2. A Constituição Federal de 1988 e a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro

A Constituição Federal de 1988 é a principal norma que regula o sistema jurídico brasileiro e estabelece as regras para a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Segundo José Afonso da Silva (2020, p. 747) "a Constituição de 1988 trouxe um novo modelo de processo penal, que valoriza os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana".

Nesse contexto, a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro é restrita, sendo permitida apenas em situações excepcionais. Como afirma de Moraes (2021, p. 948), "a Constituição de 1988 estabelece que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo penal, salvo as exceções previstas em lei".

Uma das exceções previstas em lei é a chamada "teoria dos frutos da árvore envenenada", que permite a utilização de provas derivadas de uma prova ilícita, desde que sejam obtidas de forma independente e autônoma. Como destaca Ada Pellegrini Grinover (2018, p. 110) "a teoria dos frutos da árvore envenenada permite a utilização de provas derivadas de uma prova ilícita, desde que sejam obtidas de forma independente e autônoma".

No entanto, é importante destacar que a utilização de provas ilícitas pode violar direitos fundamentais, como a privacidade e a intimidade das pessoas. Como afirma Nucci (2018, p. 68) "a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal deve ser analisada com cautela, a fim de evitar violações aos direitos fundamentais".

Além disso, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a prova obtida por meio ilícito pode gerar responsabilidade civil, penal e administrativa para o responsável pela sua obtenção. Como destaca Gomes (2021, p. 150) "a Constituição de 1988 prevê que a prova

obtida por meio ilícito pode gerar responsabilidade civil, penal e administrativa para o responsável pela sua obtenção".

Outra questão importante é que a admissibilidade das provas ilícitas deve ser analisada caso a caso, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso. Como afirma Lopes Jr., "a admissibilidade das provas ilícitas deve ser analisada caso a caso, a fim de verificar se a sua utilização é necessária para alcançar a verdade real dos fatos" (LOPES JR., 2019, p. 1040).

Por fim, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988 busca garantir a efetividade da justiça penal, sem violar os direitos fundamentais das pessoas. Como destaca Tourinho Filho, "a Constituição de 1988 busca garantir a efetividade da justiça penal, sem violar os direitos fundamentais das pessoas, estabelecendo um equilíbrio entre a necessidade de investigação e a proteção dos direitos individuais" (TOURINHO FILHO, 2019, p. 81).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 estabelece um conjunto de regras que visam proteger os direitos fundamentais das pessoas, como a presunção de inocência, o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como a garantia de um processo justo e imparcial. Como afirma Paulo Rangel, "a Constituição de 1988 consagrou um novo modelo de processo penal, que tem como objetivo proteger os direitos fundamentais das pessoas, garantindo um processo justo e equilibrado" (RANGEL, 2021, p. 786).

Nesse sentido, a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro deve ser analisada à luz desses princípios e regras constitucionais, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da justiça penal. Como destaca David Araújo, "a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal deve ser analisada com base nos princípios constitucionais, a fim de assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da justiça penal" (ARAÚJO, 2020, p. 1091).

Sendo assim, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988 é uma norma dinâmica, que está em constante evolução e adaptação às mudanças sociais e políticas. Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2018, p. 150) "a Constituição de 1988 é uma norma viva, que se adapta às necessidades e transformações da sociedade, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da justiça".

Dessa forma, é fundamental que a interpretação das normas constitucionais seja feita de forma atualizada e contextualizada, levando em consideração as transformações sociais e políticas que ocorrem no país e no mundo. Como destaca Marcelo Novelino, "a interpretação das normas constitucionais deve ser feita de forma atualizada e contextualizada, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da justiça" (NOVELINO, 2021, p. 897).

3. VALORAÇÃO DA PROVA

A valoração da prova é um dos elementos centrais do processo judicial, uma vez que a partir da análise dos meios de prova apresentados é que o juiz formará seu convencimento sobre os fatos em questão. Segundo Alexandre de Moraes, "o processo judicial tem como objetivo principal a busca da verdade real dos fatos, e para isso é necessário que as provas apresentadas sejam valoradas de forma adequada e imparcial" (MORAES, 2021, p. 961).

Nesse sentido, a valoração da prova deve ser feita de forma racional e fundamentada, levando em consideração a coerência, a consistência e a credibilidade dos elementos probatórios apresentados. Como destaca Fredie Didier Jr. (2021), "a valoração da prova deve ser fundamentada e racional, levando em consideração a qualidade e a credibilidade dos meios de prova apresentados".

Além disso, é importante que a valoração da prova seja realizada de forma imparcial, sem preconceitos ou influências externas que possam interferir no processo de análise dos elementos probatórios. Como afirma Espínola Filho, "a valoração da prova deve ser feita de forma imparcial, sem preconceitos ou influências externas que possam interferir na análise dos meios de prova apresentados" (ESPÍNOLA FILHO, 2018).

Vale ressaltar que a valoração da prova não pode ser feita de forma arbitrária ou baseada em convicções pessoais do juiz. Como destaca Alvim Wambier (2019) "a valoração da prova deve ser fundamentada e objetiva, evitando-se a arbitrariedade e a subjetividade na análise dos elementos probatórios apresentados".

Por fim, é importante destacar que a valoração da prova é um elemento fundamental para garantir a justiça e a efetividade do processo judicial, uma vez que a partir dela é que serão definidos os direitos e as responsabilidades das partes envolvidas.

3.1. As exceções à regra da inadmissibilidade das provas ilícitas: teoria da descoberta inevitável e teoria da fonte independente

A Constituição Federal de 1988 estabelece a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, ou seja, aquelas obtidas por meio de violação de direitos fundamentais. No entanto, existem duas exceções a essa regra: a teoria da descoberta inevitável e a teoria da fonte independente.

A teoria da descoberta inevitável foi estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Nix v. Williams* (1984) e se fundamenta no argumento de que, caso a prova ilícita não tivesse sido obtida, ela seria descoberta inevitavelmente por outros meios lícitos.

Como destaca Cunha, "a teoria da descoberta inevitável se baseia na ideia de que, se a prova ilícita não tivesse sido obtida, ela seria descoberta inevitavelmente por outros meios lícitos" (CUNHA, 2021).

Já a teoria da fonte independente, também estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, se fundamenta no argumento de que a prova ilícita foi obtida por meio de uma fonte independente e lícita, ou seja, que não tem qualquer relação com a fonte da prova ilícita. Como destaca Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 788). "a teoria da fonte independente se baseia na ideia de que a prova ilícita foi obtida por meio de uma fonte independente e lícita, sem qualquer relação com a fonte da prova ilícita".

Ambas as teorias buscam justificar a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, desde que preenchidos determinados requisitos. No entanto, é importante ressaltar que a aplicação dessas exceções deve ser feita de forma cautelosa e restritiva, a fim de evitar a banalização da regra da inadmissibilidade das provas ilícitas e garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Como destaca Aury Lopes Jr. (2021) "a admissibilidade das provas ilícitas é uma questão complexa e polêmica, que exige uma análise criteriosa e fundamentada, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da justiça penal".

3.2. A doutrina dos frutos da árvore envenenada e sua aplicação no contexto das provas ilícitas

A doutrina dos frutos da árvore envenenada é um importante tema dentro do Direito Penal e Processual Penal, relacionado à admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Essa doutrina se fundamenta no princípio da proporcionalidade e estabelece que, caso uma prova ilícita seja obtida, todas as outras provas derivadas dessa prova também serão consideradas ilícitas.

Como destaca Nucci (2021) "a doutrina dos frutos da árvore envenenada se fundamenta no princípio da proporcionalidade e estabelece que, caso uma prova ilícita seja obtida, todas as outras provas derivadas dessa prova também serão consideradas ilícitas". Essa doutrina foi estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), em que se discutiu a admissibilidade de provas obtidas por meio de uma busca e apreensão ilegal. A partir desse caso, a doutrina dos frutos da árvore envenenada se espalhou pelo mundo, sendo aplicada em diversos países, inclusive no Brasil.

No contexto das provas ilícitas, a doutrina dos frutos da árvore envenenada é de extrema importância, pois busca evitar que as provas obtidas por meio de violação de direitos fundamentais sejam utilizadas para condenar uma pessoa. Como destaca Aury

Lopes Jr., "a doutrina dos frutos da árvore envenenada é uma importante medida de proteção dos direitos fundamentais, que busca evitar que provas obtidas de forma ilegal sejam utilizadas para condenar uma pessoa" (LOPES JR, 2021, p. 830).

No entanto, é importante destacar que nem sempre a doutrina dos frutos da árvore envenenada é aplicada de forma irrestrita. Existem situações em que as provas derivadas da prova ilícita são consideradas lícitas, desde que preenchidos determinados requisitos, como a fonte independente e a descoberta inevitável, que já foram mencionadas anteriormente.

Como destaca Cunha, "a doutrina dos frutos da árvore envenenada deve ser aplicada de forma cautelosa e criteriosa, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da justiça penal" (CUNHA, 2021, p. 601).

Além disso, é importante destacar que a aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada também depende da gravidade da violação dos direitos fundamentais e da sua relação com a prova obtida. Como destaca de Lima (2021, p. 918) "a aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada deve ser feita com base na gravidade da violação dos direitos fundamentais e na sua relação com a prova obtida, a fim de evitar a sua banalização e garantir a proteção dos direitos fundamentais".

Em resumo, a doutrina dos frutos da árvore envenenada é uma importante medida de proteção dos direitos fundamentais no contexto das provas ilícitas, pois estabelece que todas as outras provas derivadas de uma prova ilícita também serão consideradas ilícitas. No entanto, é importante destacar que existem exceções à aplicação irrestrita dessa doutrina, como a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável.

A aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada deve ser feita de forma cautelosa e criteriosa, levando em conta a gravidade da violação dos direitos fundamentais e a sua relação com a prova obtida. É fundamental que sejam respeitados os princípios constitucionais e que seja garantida a efetividade da justiça penal, sem violar os direitos fundamentais das pessoas.

Como destaca Nestor Távora, "a doutrina dos frutos da árvore envenenada é um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da efetividade da justiça penal, mas deve ser aplicada de forma cautelosa e criteriosa, sempre respeitando os princípios constitucionais e a garantia dos direitos fundamentais das pessoas" (TÁVORA, 2021, p. 950).

Em suma, a doutrina dos frutos da árvore envenenada é um tema relevante e complexo dentro do Direito Penal e Processual Penal, que busca equilibrar a proteção dos

direitos fundamentais das pessoas com a efetividade da justiça penal. A sua aplicação deve ser feita com cuidado, levando em conta os princípios constitucionais e as particularidades de cada caso.

4 PROVAS ILÍCITAS: CONCEITOS E TEORIAS

As provas ilícitas são aquelas obtidas de forma ilegal ou violando direitos fundamentais, como a invasão de domicílio, a tortura ou a interceptação telefônica sem autorização judicial. A sua admissibilidade no processo penal é restrita, já que a Constituição Federal de 1988 garante a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, inclusive no âmbito do processo penal.

Como explica Aury Lopes Jr., "as provas ilícitas são aquelas obtidas com violação de normas de direito material ou processual que garantem direitos fundamentais" (LOPES JR, 2020, p. 757). Ou seja, são aquelas obtidas de forma ilegal ou inconstitucional.

As provas ilícitas são consideradas nulas de pleno direito, ou seja, não têm valor probatório no processo penal. Como destaca Bitencourt, "a nulidade decorrente da prova ilícita é absoluta e insanável, não permitindo qualquer espécie de convalidação posterior" (BITENCOURT, 2021). No entanto, é importante destacar que nem todas as provas obtidas de forma ilícita são consideradas automaticamente nulas. Existem algumas exceções previstas na legislação e na jurisprudência, como a teoria da descoberta inevitável e a teoria da fonte independente, que permitem a admissão de provas ilícitas em determinadas situações.

A doutrina dos frutos da árvore envenenada é outra importante medida de proteção dos direitos fundamentais no contexto das provas ilícitas. Essa doutrina estabelece que todas as outras provas derivadas de uma prova ilícita também serão consideradas ilícitas.

É fundamental que a inadmissibilidade das provas ilícitas seja respeitada no processo penal, para garantir a proteção dos direitos fundamentais e a legitimidade da justiça penal. Como destaca Nucci, "as provas ilícitas são elementos de desrespeito ao Estado Democrático de Direito, à Constituição Federal e à cidadania, devendo ser combatidas com veemência pelos operadores do direito" (NUCCI, 2021, p. 865).

A proteção dos direitos fundamentais no processo penal é uma preocupação constante do ordenamento jurídico brasileiro, e a admissibilidade das provas ilícitas deve ser analisada com rigor e critério. Como afirma Gomes, "a garantia dos direitos fundamentais é a razão de ser do processo penal" (GOMES, 2018).

Em suma, as provas ilícitas são aquelas obtidas de forma ilegal ou violando direitos fundamentais, e a sua admissibilidade no processo penal é restrita. É fundamental que

sejam respeitados os princípios constitucionais e a garantia dos direitos fundamentais das pessoas, para que a justiça penal seja efetiva e legítima.

4.1. A análise crítica da jurisprudência sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro

A jurisprudência brasileira sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal é complexa e nem sempre unânime. A partir de uma análise crítica, é possível perceber que existem diferentes correntes de pensamento e interpretações da legislação e da Constituição Federal de 1988.

A jurisprudência brasileira em relação à admissibilidade das provas ilícitas no processo penal tem sido alvo de críticas e controvérsias. Historicamente, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotava a teoria da exclusão da prova ilícita, que previa a inadmissibilidade de qualquer prova obtida por meio de violação aos direitos fundamentais. No entanto, em 2009, o STF passou a adotar a teoria da proporcionalidade, que admite a possibilidade de se utilizar provas ilícitas desde que a sua exclusão cause mais prejuízos à busca da verdade do que a sua admissão.

Essa mudança de entendimento gerou diversas críticas, sobretudo em relação à possibilidade de se admitir provas obtidas por meio de violação a direitos fundamentais, como a inviolabilidade do domicílio ou a privacidade das comunicações. Alguns juristas argumentam que essa posição contraria os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e coloca em risco a proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, há quem defenda que a admissibilidade das provas ilícitas é uma forma de garantir a efetividade da justiça penal e de combater a impunidade. Argumenta-se que, em muitos casos, a exclusão de uma prova ilícita pode inviabilizar a condenação do acusado, mesmo diante de indícios robustos de sua culpa. Além disso, a exclusão de provas obtidas de forma ilegal pode gerar a sensação de impunidade e enfraquecer a credibilidade do sistema de justiça penal.

A jurisprudência em relação à admissibilidade das provas ilícitas tem gerado polêmicas em diversos casos concretos. Por exemplo, em 2016, o STF decidiu pela admissão de provas obtidas por meio de escutas telefônicas ilegais na Operação Lava Jato, sob o argumento de que a exclusão dessas provas poderia prejudicar a investigação e a responsabilização dos envolvidos em crimes de corrupção. Essa decisão foi criticada por setores da sociedade civil e por juristas que argumentam que a proteção dos direitos fundamentais deve estar acima de interesses políticos ou de combate à corrupção.

Sendo assim, a jurisprudência em relação à admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro é controversa e suscita debates e críticas de diversos setores da sociedade. A questão envolve uma análise complexa e multidisciplinar, que deve levar em conta não apenas a efetividade da justiça penal, mas também a proteção dos direitos humanos e dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Uma das principais críticas à jurisprudência atual é a falta de coerência e de uniformidade nas decisões dos tribunais. Como destaca Grinover (2018, p. 192) "a jurisprudência atual sobre a matéria é confusa, oscilante e insegura, sem qualquer critério claro ou uniforme". Outra crítica recorrente é a tendência de flexibilização da regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, em nome da efetividade da justiça penal. Como afirma Aury Lopes Jr., "a tendência atual é a de relativização do valor probatório da prova ilícita, em nome da busca da verdade material" (LOPES JR., 2020, p. 759).

No entanto, é importante destacar que a proteção dos direitos fundamentais e da legalidade no processo penal não pode ser negligenciada em nome da efetividade. Como afirma Bitencourt, "a eficácia do processo penal não pode ser alcançada com a negação dos direitos fundamentais dos réus" (BITENCOURT, 2021, p. 896).

Uma crítica específica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é a falta de fundamentação adequada em algumas decisões sobre a admissibilidade das provas ilícitas. Como destaca Gomes (2018, p. 958) "algumas decisões do STF parecem ser mais fruto de convicções pessoais do que de uma análise cuidadosa da legislação e da Constituição". Outra crítica importante é a falta de consideração dos impactos das decisões sobre a admissibilidade das provas ilícitas na garantia dos direitos fundamentais e na proteção dos cidadãos contra abusos do poder estatal. Como afirma Nucci (2021) "a análise da admissibilidade das provas ilícitas deve levar em conta não apenas o interesse na busca da verdade, mas também a proteção dos direitos fundamentais".

Uma abordagem crítica da jurisprudência também deve levar em conta a necessidade de uma interpretação sistemática e constitucionalmente adequada da legislação. Como afirma Grinover (2018) "a análise da admissibilidade das provas ilícitas deve levar em conta o conjunto de normas e princípios que regem o processo penal, de forma a garantir a proteção dos direitos fundamentais".

A crítica à jurisprudência atual também deve considerar a necessidade de uma análise casuística e cuidadosa de cada caso concreto, levando em conta as circunstâncias específicas e as particularidades das provas, operadores do direito e sociedade civil. Como ressalta o professor de Direito Processual Penal Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, "a questão da admissibilidade das provas ilícitas envolve uma discussão complexa e multidisciplinar, que deve ser conduzida de forma transparente e democrática".

Nesse sentido, é fundamental avaliar as experiências de outros países em relação à admissibilidade das provas ilícitas, bem como as normas e padrões internacionais de direitos humanos. Como destaca a advogada criminalista Flávia Rahal (2020):

"a admissibilidade das provas ilícitas não é uma questão exclusiva do Brasil, e é importante olharmos para experiências de outros países e para as normas internacionais para orientar nossa análise crítica da jurisprudência".

Em suma, a análise crítica da jurisprudência sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro deve considerar diversos aspectos, como a proteção dos direitos fundamentais dos acusados, a necessidade de uma definição clara do que se entende por "provas ilícitas", a aplicação rigorosa da teoria da proporcionalidade, a promoção de um debate amplo e plural e a avaliação das experiências de outros países e normas internacionais de direitos humanos.

4.2. A proteção da integridade das decisões judiciais frente à utilização de provas ilícitas

A proteção da integridade das decisões judiciais é um dos principais fundamentos do sistema de justiça, sendo essencial para garantir a segurança jurídica e a confiança da sociedade nas instituições. Nesse sentido, a utilização de provas ilícitas pode comprometer seriamente a credibilidade do processo judicial e das decisões que dele resultam.

Segundo o jurista Alexandre de Moraes (2021) "a admissão de provas ilícitas no processo judicial é capaz de gerar resultados danosos, comprometendo a lisura do julgamento e a imparcialidade do juízo". Isso ocorre porque a utilização de provas obtidas de forma ilegal pode violar os direitos fundamentais das partes, comprometendo o devido processo legal e a garantia da ampla defesa.

A proteção da integridade das decisões judiciais frente à utilização de provas ilícitas é uma preocupação constante do sistema de justiça. Para o jurista Renato Brasileiro, "a ilicitude da prova não se restringe ao momento de sua obtenção, mas se estende a todo o processo, tornando-a inadmissível em juízo" (BRASILEIRO, 2019). Isso significa que mesmo que uma prova ilícita tenha sido obtida de forma acidental ou por terceiros, sua utilização no processo pode comprometer a integridade da decisão judicial.

A jurisprudência brasileira tem se posicionado majoritariamente pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, com o objetivo de proteger a integridade das decisões judiciais. No entanto, existem exceções a essa regra, como no

caso da teoria da descoberta inevitável e da teoria da fonte independente, que permitem a admissão de provas ilícitas em determinadas circunstâncias.

Ainda assim, é importante destacar que a utilização de provas ilícitas pode gerar uma série de consequências negativas para o processo judicial e para a credibilidade das decisões judiciais. Segundo o jurista Luiz Flávio Gomes, "a admissão de provas ilícitas pode gerar um efeito dominó no processo, comprometendo a lisura das investigações e das decisões judiciais" (GOMES, 2016). A proteção da integridade das decisões judiciais também é fundamental para garantir a efetividade do sistema de justiça. Para o jurista Bandeira de Mello (2019) "a utilização de provas ilícitas pode afetar a legitimidade das decisões judiciais, comprometendo a confiança da sociedade nas instituições e enfraquecendo a democracia".

Além disso, a utilização de provas ilícitas pode gerar efeitos colaterais, como a violação de outros direitos fundamentais, como a privacidade e o sigilo das comunicações. Por isso, é fundamental que o sistema de justiça esteja sempre atento à proteção da integridade das decisões judiciais e à garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas no processo.

Em síntese, a proteção da integridade das decisões judiciais frente à utilização de provas ilícitas é uma questão de extrema importância para o sistema de justiça brasileiro. A jurisprudência brasileira tem se posicionado pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, de acordo com a Constituição Federal e com a legislação processual penal em vigor. O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido de que as provas obtidas por meio de violação de direitos fundamentais, como invasão de domicílio, interceptação telefônica sem autorização judicial, entre outras, são consideradas ilícitas e, portanto, não podem ser utilizadas como meio de prova no processo penal. (BRASILEIRO, 2019).

Além disso, a jurisprudência tem se posicionado pela exclusão das provas derivadas das ilícitas, ou seja, aquelas que são obtidas a partir de provas ilícitas. Isso significa que não apenas a prova ilícita em si é inadmissível, mas também todas as outras provas que tenham sido obtidas a partir dela.

Essa proteção da integridade das decisões judiciais visa garantir a observância do devido processo legal, do direito à prova e da presunção de inocência, além de assegurar a tutela efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos perante o Estado.

CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar que a questão das provas ilícitas no processo penal brasileiro é um tema de grande importância e complexidade. A jurisprudência tem se

posicionado de forma clara e consistente no sentido de que as provas obtidas por meio de violação de direitos fundamentais são inadmissíveis no processo penal.

A exclusão das provas ilícitas e de suas derivadas tem como objetivo garantir a observância dos direitos fundamentais dos cidadãos e assegurar a observância do devido processo legal. Isso se faz necessário para que se preserve a integridade das decisões judiciais e a credibilidade do sistema de justiça. A proibição das provas ilícitas é um instrumento fundamental para a proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Além disso, essa proibição é uma exigência dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Embora existam correntes que defendam a admissibilidade das provas ilícitas em situações excepcionais, é importante destacar que essa posição é minoritária e não encontra respaldo na jurisprudência consolidada dos tribunais superiores do país. Diante disso, é fundamental que os operadores do direito, bem como a sociedade em geral, compreendam a importância da proibição das provas ilícitas e atuem no sentido de garantir a sua observância e aplicação correta no sistema de justiça brasileiro.

Por fim, é importante ressaltar que o respeito aos direitos fundamentais e a proteção da integridade das decisões judiciais são condições fundamentais para a construção de uma sociedade justa e democrática, em que os cidadãos tenham assegurados o acesso à justiça e a proteção de seus direitos fundamentais.

VIOLÊNCIA ANIMAL E INTERPESSOAL: TEORIA DO ELO – CONEXÃO ENTRE A CRUELDADE ANIMAL E A VIOLÊNCIA INTERPESSOAL

MARIA CLARA ANDRADE GUERRA:

Acadêmica do Curso de Direito;
Faculdade da Saúde e Ecologia
Humana²⁸³.

ISABELA THEBALDI²⁸⁴

BRUNA BERTO GOMES²⁸⁵

(orientadoras)

Resumo: Nos últimos anos, a teoria do Elo tem ganhado força em seus estudos expondo a relevância para a sociedade, mostrando a correlação entre a crueldade contra os animais e a violência interpessoal. Em vista disso, surge a necessidade de debater sobre o tema, realizando uma pesquisa bibliográfica e documental que visa expor a importância de se compreender a crueldade animal e a violência contra pessoas. Trazendo os principais autores e pesquisadores acerca do tema a ser abordado, com literatura estrangeira e os pioneiros no Brasil, e ao final, compreender que é possível que pessoas com histórico violento contra animais em alguma fase da vida, apresentam risco para outras pessoas, podendo futuramente cometer crimes mais graves.

Palavras-chave: correlação;crueldade;elo;histórico;interpessoal;violência.

Animal and interpersonal violence: Link Theory - Connection between animal cruelty and interpersonal violence

Abstract: In recent years, the Link theory has gained strength in its studies exposing the relevance to society, showing the correlation between cruelty to animals and interpersonal violence. In view of this, the need arises to discuss the subject, conducting a bibliographic and documentary research that aims to expose the importance of understanding animal cruelty and violence against people. Bringing the main authors and researchers on the subject to be addressed, with foreign literature and pioneers in Brazil, and at the end,

283 E-mail: clara.guerra.clara@gmail.com.

284 Orientadora do Curso de Direito na Faculdade da Saúde e Ecologia Humana; Mestre em Direito Privado pela PUC Minas; Endereço eletrônico: isabelathebaldi@gmail.com

285 Coorientadora; Médica Veterinária pelo Centro Educacional Funorte; Endereço eletrônico: brunaberto@hotmail.com

understand that it is possible that people with a history of violence against animals in some phase of life, present risk to other people, and may in the future commit more serious crimes.

Keywords: correlation;cruelty;historical;interpersonal;link;violence.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Teoria do Elo é a relação entre os crimes de maus-tratos aos animais e a violência contra pessoas. Os estudos em volta do tema iniciaram com o pesquisador e psiquiatra forense John Macdonald (1963), que é conhecido por sua teoria da tríada de características sociopatas e perfil de assassinos em série, conhecida como Tríada MacDonald. Macdonald trouxe em sua pesquisa, a identificação de comportamentos violentos, sendo uma delas a crueldade animal, e isso poderia ser um indicador de uma pessoa propensa a cometer casos graves de violência.

Para o efetivo enfrentamento desses crimes, é fundamental a discussão sobre a relação da violência contra animais e pessoas, entender a possibilidade de ser um indicador de crimes potencialmente graves, sendo assim como uma ameaça a toda sociedade.

Muitos casos de violência doméstica, homicídios no seio familiar e fora do ambiente familiar, há traços de crueldade animal em alguma época da vida dessa pessoa que comete esses crimes. Torna-se mais uma ferramenta para identificar esses criminosos e ajudar na prevenção e repressão da violência. Essa pesquisa justifica-se em razão da pouca notoriedade do assunto, visando mostrar a sua importância e relevância para toda a sociedade, através de uma metodologia de pesquisa bibliográfica e documental.

2. A TEORIA DO ELO E SUA RELAÇÃO NA ANÁLISE DA CRIMINALIDADE

A crueldade contra animais coexiste habitualmente com uma vasta gama de outros problemas (violência interpessoal, comportamento antissocial, bullying, etc.) e pode ser identificada, em certos indivíduos, antes dos sete anos de idade (FONSECA; DIAS, 2011). Crianças na faixa etária de três aos oito anos podem apresentar sintomas de transtorno da conduta: uma enfermidade psicológica que pode se manifestar inicialmente através de maus tratos aos animais. (BORDIN; OFFORD, 2000).

Pensadores de várias épocas afirmaram que a crueldade contra os animais e a crueldade contra humanos estão inter-relacionadas. Os abusadores domésticos de animais raramente maltratam somente os animais e perpetraram crimes em outros membros da família, onde alguma doutrina explica por considerarem seus proprietários ou superiores, considerando o pensamento patriarcal ainda predominante (UPADHYA, 2014).

“Sou a favor dos direitos dos animais como sou a favor dos direitos humanos.” A máxima, atribuída a Abraham Lincoln, denota o paradigma da evolução dos direitos humanos na modernidade, equiparando a necessidade do reconhecimento de certos direitos dos animais aos direitos mais fundamentais do homem, tais como a liberdade e a igualdade (ARAUJO, 2020). O utilitarismo desta relação para a questão da violência doméstica – por eventualmente indiciar a violência contra a pessoa quando houver uma violência contra os animais – presta-se para despoletar o alerta para as autoridades públicas, não se podendo ignorar o fato (ARKOW E LOCKOOD, 2016).

Como aponta Nassaro (2013, p.16 e p.20) consta dizer a respeito da Teoria do Link – ou Elo – que é uma teoria desenvolvida por pesquisadores norte-americanos que associaram os maus tratos contra animais a uma propensão ou risco elevado de haver violência também contra a pessoa no futuro. Os pesquisadores americanos começaram a desenvolver a Teoria do Link a partir de estudos voltados à crueldade de crianças contra animais. Os pioneiros nesta área observaram que havia pouca literatura a respeito e iniciaram trabalhos de acompanhamento, que durariam décadas de pesquisas.

Os pesquisadores efetuaram as pesquisas de campo acompanhando pessoas condenadas por crimes violentos, pessoas internadas em estabelecimentos psiquiátricos, crianças vítimas de abuso e crianças agressoras, mulheres vítimas de violência doméstica, dentre outros, ao longo de anos as amostras foram acompanhadas e monitoradas. (ASCIONE e ARKOW, 1989).

Fernando Tapia foi um cientista de referência na psiquiatria norte-americana, tendo desenvolvido inúmeros estudos de reconhecido valor científico relacionados à crueldade com animais. Segundo estudos de Tapia (1971), buscava entender o comportamento de crianças que são cruéis com animais a partir de um trabalho publicado por Daniel S. Helmann e Natan Blackman em 1966, em que descreve uma tríade comportamental como forma de se prever um criminoso. Tal tríade seria composta por atos incendiários habituais, enurese (incontinência urinária) e crueldade animal. Tal estudo buscou comprovar um outro estudo feito por John Marshall Macdonald em 1963, que também havia descrito um trabalho similar relacionada à esta tríade comportamental.

Fernando Tapia utilizou-se de 18 amostras de crianças e adolescentes entre 05 e 14 anos da Seção de Psiquiatria Infantil da Universidade do Missouri. Todas apresentavam registros de crueldade animal. Além deste fator, apresentavam outros distúrbios, tais como sadismo, comportamentos antissociais, roubos, mentirosos em excesso, destrutivos. Em nenhum deles a tríade apresentou-se de forma completa, porém dois dos três comportamentos da tríade se confirmaram e a crueldade animal estava presente em todos. O pesquisador acompanhou as crianças ao longo dos anos e em 1977 reanalisou as amostras. Das 13, 08 apresentavam registros policiais de crueldade animal, dentre outros problemas. Concluiu seus estudos afirmando a crueldade animal como um comportamento

alerta presente na infância ou na adolescência de pessoas violentas no futuro. O trabalho de TAPIA é considerado importante por ser um dos pioneiros a estudar especificamente a crueldade animal e monitorar o comportamento histórico das amostras ao longo do tempo (TAPIA, 1971).

Frank Ascione, Phil Arkow e Randall Lockwood (1999), esses três cientistas editaram e publicaram inúmeras pesquisas científicas realizadas desde os anos 60 de diversos autores renomados, criando uma coletânea de estudos acerca da crueldade animal, abuso infantil e violência doméstica, criando as condições para o surgimento da Teoria do Link, de prestígio na comunidade científica norte-americana. Frank Ascione notabilizou-se pelas pesquisas relacionadas a crianças e crueldade animal. Dentre esses estudos de Ascione, destaca-se um a respeito de violência doméstica contra mulheres e maus tratos aos animais.

De acordo com a Associação Nacional de Sheriff's (2018) americana, assim como na maior parte dos países, a investigação e repressão aos crimes cometidos contra animais nunca foi vista como prioridade, haja vista o custo do sistema de justiça e a necessidade de treinamento do corpo de oficiais encarregados, havendo, com efeito, prioridade na alocação dos recursos para a investigação de crimes considerados mais importantes. A conexão entre os crimes cometidos contra os animais e outros crimes violentos, no entanto, tem alertado os órgãos de prevenção e repressão aos crimes estaduais, considerando a constatação desta relação nas investigações criminais.

Conforme estudos de Randall Lockwood e Ann Church (1999), em 1996 entrevistaram o agente do FBI Alan Brantley. Nesta entrevista, o policial informou que o FBI incluiu como comportamento alerta a crueldade animal a partir de uma investigação realizada na década de 70 após analisarem os casos de 36 assassinos em série condenados. Desses condenados, 36% informaram ter matado ou torturado animais na infância e 46% deles afirmaram terem sido cruéis com animais na adolescência. Com efeito, 82% dos assassinos seriais condenados fizeram atos de crueldade animal anteriormente.

A despeito de haver esta consciência, somente no final de 2014 o FBI elevou a crueldade animal ao mesmo status de um crime contra a pessoa nos seus procedimentos internos, passando a investigar com maior severidade. Nesse sentido, o FBI passou a investigar os crimes cometidos contra os animais em casos de tortura e abusos intencionais, de negligência simples e elevada, abuso sexual de animais e em casos de lutas de galos e afins.

Por conseguinte, o FBI reconhece a correlação entre os criminosos excessivamente violentos – serial killers inclusive – com o abuso de animais na adolescência. Em análise feita no fim dos anos 90 sobre jovens atiradores em escolas americanas, dos nove casos,

seis haviam cometido abuso de animais anteriormente. O Departamento de Justiça dos EUA também admite que o abuso animal tem relação direta com a violência contra a pessoa, tendo efetuado esforços no intuito de esclarecer o corpo de oficiais desta relação, bem como de tornar tal fator um vetor de alerta para as autoridades incumbidas de prevenir e reprimir crimes (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE SHERIFES, 2018).

Interessante lembrar de um dos casos mais conhecidos no mundo, um documentário intitulado " A ira de um anjo", conta a história de Elizabeth Thomas, uma menina que sofreu abusos no seio familiar e com seis anos de idade ela e seu irmão mais novo foram adotados por um casal, Tim e Nancy Thomas. Elizabeth mostrava um comportamento agressivo e perturbado, confessou a sua psiquiatra o desejo de matar seus pais e seu irmão enquanto dormiam a noite. Por várias vezes tentou sufocar o irmão com travesseiros, chegou a esfaquear o cachorro da família e matou vários animais que passavam pelo quintal da casa onde viviam, matava pássaros em ninhos e cortava as cabeças.

Com o devido tratamento ofertado a ela, Elizabeth foi diagnosticada com Transtorno de Apego Reativo, uma síndrome que impede que o indivíduo crie laços afetivos com as pessoas ao seu redor. Foi iniciada uma terapia extensiva, para tentar reverter ou mesmo amenizar quadro psicológico da criança. Hoje ela trabalha como enfermeira, ajudando crianças que passaram pela mesma situação que ela, viaja o mundo dando palestras sobre sua história. Apesar do desfecho, a cura não parece possível para alguns especialistas, como é o caso do terapeuta José Luis Cano, que acredita que Beth apenas aprendeu a reprimir seus instintos psicopatas. (SOUSA, 2019).

3. APLICABILIDADE DA TEORIA DO ELO NA ANÁLISE DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

No Brasil, existe legislação específica para proteger os animais dos maus-tratos (BRASIL, 1998). O sistema jurídico geralmente ignora a relação humano-animal (ARKOW, 2020), e os casos de maus-tratos e outros tipos de delitos contra animais são frequentemente banalizados e tratados como crimes menores e independentes dos delitos contra as pessoas (RANDALL, 2008; ARKOW, 2020). Conforme estudos apresentados, nos EUA e no Brasil, entre 70 a 80% das pessoas que cometeram crimes violentos contra animais também o fizeram contra pessoas, e que setenta por cento dessas pessoas também cometeram abuso infantil, o que tem levado setores da Polícia Militar do Estado de São Paulo, com base em tese de mestrado do seu integrante Marcelo Robis Nassaro, a sugerir ações integradas no combate aos maus tratos a animais, violência doméstica e abuso infantil, e nesse contexto surgiu a Lei 14.064/2020, conhecida como Lei Sansão, vigente a partir de 30/09/2020, que alterou o art. 32, da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), aumentando a pena dos crimes de maus tratos contra cães e gatos para de 2 a 5 anos de reclusão, permanecendo a pena mais branda em relação aos demais animais, situação que deve ser aprimorada em futuro não muito distante. (CARNEIRO, 2020).

No Brasil, destacam-se dois estudos de base empírica em que foram aplicados o conhecimento advindo da Teoria do Link. Marcelo Robis Francisco Nassaro é pesquisador, Tenente Coronel da Polícia Militar do estado de São Paulo - PMESP – realizou estudos buscando verificar se os autores de crimes de maus tratos aos animais registrados pela PMESP também haviam cometido outros crimes, tendo como base a Teoria do Elo.

Com base em amostra de 554 registros de maus tratos aos animais entre os anos de 2010 e 2012, envolvendo 643 pessoas investigadas, verificou-se que 90% dos registros eram de homens, com idade média de 43 anos; a prática de maus tratos ocorreu em ambiente urbano em 62% dos casos e 38% no meio rural. Das 643 pessoas investigadas por maus tratos, 32% possuíam registro criminal. Destes, 50% eram crimes de violência contra a pessoa.

O autor concluiu afirmando que a confirmação dos maus tratos aos animais evidencia alerta para as autoridades, podendo indicar outros crimes, bem como sinal de ambiente doméstico conturbado (NASSARO, 2013). De acordo com Sirvinskas, (2018) conforme citado por Immanuel Kant:

“Nossas obrigações com os animais são apenas obrigações indiretas com a humanidade. A natureza animal possui analogias com a natureza humana, e ao cumprir com nossas obrigações para com os animais em relação às manifestações da natureza humana, nós indiretamente estamos cumprindo nossas obrigações com a humanidade... Podemos julgar o coração de um homem pelo seu tratamento com os animais”.

Maria José Sales Padilha (2011), psicóloga que desenvolveu um estudo para relacionar a violência contra a mulher e aos maus tratos aos animais, constatou em sua pesquisa que 453 mulheres vítimas de violência doméstica, que devidamente procuraram a delegacia de polícia, 50% delas afirmaram que os agressores já foram violentos com animais da casa ou outros animais.

Em São Paulo, um Workshop realizado para a Polícia de Proteção Ambiental, na sede do MPSP, contou com a presença da médica veterinária Luciana Vargas Sant’Ana, que afirmou (MPSP, 2017):

'Muitas vezes os animais são cruelmente violentados para intimidar, coagir e controlar as demais pessoas da família. Um ponto comum entre a violência doméstica e maus-tratos aos animais é a vulnerabilidade das vítimas'

Tais fatos ocorrem de maneira repetitiva, evidencia-se cada vez mais a importância da realização de estudos e pesquisas com relação a violência contra animais e a violência doméstica, identificando potenciais agressores e visando a repressão de violências que podem ocorrer no futuro. Padilha (2011) afirma que “é necessário que as autoridades se conscientizem de que a crueldade com os animais é um problema grave e pode ser um risco em potencial da violência contra seres humanos.”

4. A TEORIA DO ELO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O abuso de animais é um importante indicador de violência doméstica e comportamento criminoso (LOOKWOOD, 2000; MONSALVE et al., 2017). Existem provas científicas fortes quanto a ligação entre a crueldade contra os animais e a violência contra os seres humanos. Embora muitos destes dados existissem bem antes de 1980, eles atraíram pouca atenção até serem popularizados por grupos de defesa dos animais, trabalhadores grupos de defesa dos animais, trabalhadores de serviços sociais e o crescente fascínio público com as histórias de vida de infratores violentos. (LOOKWOOD, 2000).

Desta forma, a detecção de maus-tratos aos animais é de grande importância, não só para a proteção de seres sencientes, mas também para a realização de intervenções que visam melhorar a qualidade de vida das famílias (MONSALVE et al., 2017) e diminuir os níveis de violência na sociedade (BENETATO; REISMAN; MCCOBB, 2011).

No dia 14 de abril de 2023, um homem de 35 anos foi preso suspeito de violência doméstica contra a companheira e por jogar o cachorro dela em um fogão de lenha em Peçanha, no Leste de Minas Gerais. A mulher de 29 anos, havia denunciado o companheiro no início de março do corrente ano, após sofrer violência verbal, física e psicológica.

Em uma das ocasiões, o homem teria pegado o cachorro recém-nascido da companheira e jogou no fogão de lenha e ateou fogo. Toda a ação violenta foi praticada na frente da filha do casal, uma criança de 3 anos que correu para avisar a mãe o que teria ocorrido. Diante dos traumas físicos, o animal veio a óbito (G1, 2023).

Em 2019, um homem de 36 anos invadiu a casa da ex companheira e matou a tiros o cachorro da ex mulher, como forma de vingança pela decisão da mulher de terminar o relacionamento, após não encontrá-la na residência o homem teria matado o animal. A mulher já havia sido ameaçada várias vezes pelo homem, que não aceitou o fim da relação, invadindo a residência com a intenção de matá-la (NUCCI, 2019).

O site da Anda (Agência de Notícias de Direitos Animais) em 2012, disponibilizou depoimentos de especialistas a respeito de casos de psicopatas, contou com o depoimento do Dr. Guido Palomba, psiquiatra forense, perito e consultor. Palomba afirma que pessoas

que maltratam animais podem sem receio fazer vítimas humanas (LIMA, 2020). Em sua fala explica que:

“diante deste tipo de relato de maus-tratos, de perversidade com animais, se isso de fato for confirmado é algo, sem dúvida nenhuma, indicativo de um indivíduo altamente deformado do ponto de vista ético, moral, social e caracteriza que se chama psicopata e que eu gosto de chamar de condutopata”.

Para Palomba (2019, p. 01) “Condutopatas são pessoas com a ausência completa de remorso daquilo que eles fazem. O insensível não é somente insensível aos animais, ele é insensível a tudo, insensível ao sofrimento do ser humano, obviamente. Não há insensibilidade só para isso ou para aquilo. A insensibilidade é uma deformidade do caráter”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, com base em todos os estudos apresentados no presente trabalho, evidencia a relação do crime de maus-tratos aos animais com a violência contra pessoas, onde é possível entender que pessoas com histórico violento contra animais em alguma fase da vida, apresentam risco para outras pessoas, podendo futuramente cometer crimes mais graves.

O caso mencionado no texto, da Elizabeth Thomas, é um exemplo a ser estudado, uma criança que sofreu dentro do seio familiar e posteriormente manifestou desejos de praticar atos violentos contra animais e outras pessoas na fase da infância. Tais comportamentos foram tratados por métodos disponíveis pela medicina, que ao longo do tempo proporcionou que Elizabeth pudesse ter uma vida normal.

Destaca-se também a importância ao combate ao crime de maus-tratos aos animais, visto que de 70 a 80% dos crimes de maus-tratos, o criminoso também cometeu crime contra pessoas. Surge a efetiva necessidade de ações integradas no combate ao crime de maus-tratos e a violência doméstica.

A ligação entre a crueldade animal e outros crimes violentos, merece atenção por parte do poder público e da sociedade, buscando de forma efetiva e coletiva identificar o agressor e o crime, contribuindo com a repressão da violência. Por meio de ações e colaborações de vários setores da sociedade, o primeiro passo a ser dado é conscientização da comunidade, desde a infância até a fase adulta, sobre os assuntos tratados ao longo do trabalho, sendo fundamental para repressão e prevenção dos problemas apresentados.

REFERÊNCIAS

ARKOW, Phil. Human–Animal Relationships and Social Work: Opportunities Beyond the Veterinary Environment. *Child and Adolescent Social Work Journal*, v. 5, p. 1-16. 2020. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10560-020-00697-x>>. Acesso em: 30 de nov. de 2021.

ARKOW, P. e LOCKWOOD, R. Animal Abuse and Interpersonal Violence: The Cruelty Connection and Its Implications for Veterinary Pathology. v. 53. ano 2016. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0300985815626575>>. Acesso em 30 de nov. de 2021.

BENETATO, Melanie A.; REISMAN, Robert; MCCOBB, Emily. The veterinarian's role in animal cruelty cases. *Journal of the American Veterinary Medical Association*, v. 238, n. 1, p. 31-34, 2011. Disponível em: <<https://avmajournals.avma.org/doi/pdf/10.2460/javma.238.1.31>>. Acesso em: 05, maio, 2023.

BERETTA, D. C.; OLIVEIRA, J. S.; VILELA, D. C. A extensão universitária e a ludicidade na educação infantil contra crueldade animal e violência interpessoal *Revista Brasileira de Extensão Universitária*, v. 7, n. 2, p. 139-144, 2016. Disponível em: GOMES, F. C.; SOUZA, J. K. Os animais como sujeitos de direito – Uma discussão acerca do Direito Constitucional Contemporâneo. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*. v. 5, n. 1. p.1, p.22. ano 2020.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Lei Federal, Brasília em 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.caurr.gov.br/wp-content/uploads/anexos/leisdecretos/lei_9605_98.pdf>. Acesso em: 04 maio. 2023.

CORDEIRO, Manoel Franklin Fonseca. A dignidade do animal na Constituição. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/a-dignidade-do-animale-na-constituicao>>. Acesso: 06, maio, 2023.

LIMA. Delegado bruno. Teoria do elo. Disponível em: <<https://delegadobrunolima.com.br/2020/05/11/teoria-do-elo-maus-tratos-aos-animais-x-violencia-contra-pessoas/>> Acesso em 28 abril. 2023.

LOCKWOOD, CHURCH. *Cruelty to Animals and Interpersonal Violence: Readings in Research and Application*. Ano 1998.

LOCKWOOD, Randall. Animal Cruelty and Violence against Humans: Making the Connection, 5 Animal L. 81 (1999) Provided by: Boley Law Library, Lewis & Clark Law School.

LOCKWOOD, Randall. Animal cruelty and human violence: The veterinarian's role in making the connection -The American experience. Animal Welfare. Can Vet J Volume 41, November, 2000.

MAUS-TRATOS A ANIMAIS ESTÁ RELACIONADO À VIOLÊNCIA DOMESTICA, APONTAM ESTUDOS. MPSP, 2017. Disponível em: www.mpsp.mp.br/w/maus-tratos-a-animais-est%C3%A1-relacionado-%C3%A0-viol%C3%Aancia-dom%C3%A9stica-apontam-estudos.

MONSALVE, Stefany; FERREIRA, Fernando; GARCIA, Rita. The connection between animal abuse and interpersonal violence: a review from the veterinary perspective. Research in Veterinary Science. v.114, p. 18-26, 2017. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0034528816305653?via%3Dihub>> Acesso em: 03, maio, 2023.

NASSARO, Marcelo Robis Francisco, 1972- Maus Tratos aos Animais e Violência Contra Pessoas - A Aplicação da Teoria do Link nas ocorrências atendidas pela Polícia Militar do Estado de São Paulo / Marcelo Robis Francisco Nassaro. 1ª Ed – São Paulo: Edição do Autor, 2013.

NATIONAL SHERIFFS' ASSOCIATION 2018. Animal Cruelty as a Gateway Crime. Office of Community Oriented Policing Services, Washington, DC, 2018.

NUCCI, Renan. Homem invade casa da ex, não a encontra e mata cachorro a tiros. Correio do Estado, 18, março, 2019. Disponível em: <https://correiodoestado.com.br/cidades/homem-invade-casa-da-ex-nao-a-encontra-e-mata-cachorro-a-tiros/349295/>. Acesso em: 03, maio, 2023.

PADILHA, Maria José Sales. Crueldade com animais x violência doméstica contra mulheres: Uma conexão real. Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches, 2011.

PALOMBA, Guido. Maltratar animais é indício de psicopatia. Disponível em: <<https://www.paulopes.com.br/2020/02/animais-maltrato-psicopatia.html#.ZFWRNdLMKzJ>> Acesso em 02 maio 2023.

Polícia Civil prende homem investigado por agredir companheira e jogar cachorro dela em fogão à lenha G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/2023/04/15/policia-civil-prende-homem-investigado-por-agredir-companheira-e-jogar-cachorro-da-mulher-em-fogao-a-lenha.ghtml>. Acesso em: 03, maio, 2023.

SIRVINSKAS, Luís Paulo Manual de direito ambiental / Luís Paulo Sirvinkas. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. TAPIA, Fernando. Children who are cruel to animals. v 2, Number 2, Winter 1971. Disponível em: Acesso em 29 de nov. de 2021.

SOUSA, Alana. A IRA DE UM ANJO: Beth THomas, a menina psicopata que assustou o mundo. Aventuras na História, 2019. Disponível em: https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-ira-de-um-anjo-beth-thomas-menina-psicopata-que-assustou-o-mundo.phtml?utm_source=site&utm_medium=txt&utm_campaign=copypaste. Acesso: 03, maio, 2023.

RECONHECIMENTO PESSOAL E FOTOGRÁFICO: FALHAS DECORRENTES DE IRREGULARIDADES EM SEDE INQUISITORIAL

RAFAELA SILVA DO CARMO:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como foco principal apresentar uma análise no que diz respeito ao procedimento de reconhecimento de pessoas em sede inquisitorial, destacando a importância das formalidades desse ato, tendo como cenário a inobservância dos requisitos previstos em lei, considerando ainda existência de fatores internos e externos que influenciam na qualidade e eficácia do ato. O trabalho desenvolve-se a partir da análise da falha em sede policial no que tange ao reconhecimento pessoal e fotográfico e da possibilidade de ser considerado meio idôneo de prova. Em vista disso, no presente estudo far-se-á, primeiramente, uma análise de algumas noções fundamentais da prova no âmbito do processo penal, de modo a se elucidar alguns conceitos, construindo uma base que permite uma melhor compreensão do tema que vem a ser abordado no decorrer do trabalho e posteriormente, o ato de reconhecimento será detalhadamente analisado, bem como os fatores que podem influenciar nesse procedimento, desde a inobservância à lei, como também o fenômeno das falsas memórias e da seletividade penal. Por fim, serão apresentadas medidas que, se adotadas resultarão em um rito adequado, tal como previsto, e poderão reduzir, expressivamente, os erros provenientes dessa prova.

Palavras-chave: Reconhecimento de pessoas. Sede inquisitorial. Falha. Rito adequado.

ABSTRACT: The main focus of this article is to present an analysis with regard to the procedure for recognizing people in an inquisitorial setting, highlighting the importance of the formalities of this act, having as a scenario the non-compliance with the requirements provided for by law, also considering the existence of internal and external factors. external factors that influence the quality and effectiveness of the act. The work is developed from the analysis of the failure in police headquarters regarding personal and photographic recognition and the possibility of being considered a suitable means of evidence. In view of this, in the present study, an analysis will be made, firstly, of some fundamental notions of proof in the context of criminal proceedings, in order to elucidate some concepts, building a base that allows a better understanding of the theme that comes to light. be addressed in the course of the work and later, the act of recognition will be analyzed in

detail, as well as the factors that can influence this procedure, from non-compliance with the law, as well as the phenomenon of false memories and criminal selectivity. Finally, measures will be presented that, if adopted, will result in an adequate rite, as foreseen, and may significantly reduce the errors arising from this test.

Keywords: People recognition. Inquisitorial seat. Failure. Proper rite.

1 INTRODUÇÃO

Para análise do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro, é indispensável uma breve análise inicial sobre as noções gerais das provas no sistema acusatório.

O processo penal possui o objetivo de reunir elementos suficientes a demonstrar ao julgador a ocorrência ou não de um fato delitivo, por meio da análise de dados passados demonstrados a partir dos componentes da prova. Ocorre, todavia que se criou a ideia de que os fatos delituosos poderiam ser reproduzidos fielmente no processo penal, no entanto, essa busca incessante pela chamada “verdade real” acarretou diversas ações arbitrárias do Estado.

Em vista disso, o atual sistema acusatório pressupõe a substituição do princípio da verdade real pela busca de um ato de convencimento, que se dará através do devido processo legal e dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sobre o tema, são preciosas as lições de Gustavo Henrique Badaró:

No entanto, retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal não significa desterrá-la. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo. Não se trata de eliminá-la, mas de deslocá-la do lugar de centralidade, até então ocupado, para um ponto diverso, secundário. A verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios. No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor, como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador, igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepisiêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor em jogo (BADARÓ, 2015, p. 374).

O exercício do direito de punir Estatal, o chamado jus puniendi, por estar vinculado aos direitos e interesse individuais, deve ser precedido de um processo baseado em preceitos que possibilitem uma adequada verificação dos fatos.

2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO ESTUDO DAS PROVAS

O processo penal brasileiro deve ser estudado no contexto dos princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Assim sendo, no que diz respeito ao estudo das provas, há limites legais existentes, que servem para proteger cada indivíduo em sua particularidade. Em vista disso, a seguir serão apresentados aspectos gerais de alguns princípios e garantias que norteiam o estudo acerca do reconhecimento como meio de prova.

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal foi a primeira a apresentar formalmente o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, inciso LVII, que se relaciona com a ideia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo assim, uma maneira de tratamento do réu durante o curso da persecução criminal, impossibilitando que ele seja identificado como um condenado definitivo, bem como que sofra medidas restritivas de direitos em razão do processo ainda em curso.

2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse princípio é uma base de efetivação dos direitos fundamentais do réu, sendo um alicerce à visão garantista do processo penal.

2.3 PRINCÍPIO DA GARANTIA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, advém da condição imposta pela Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX, de que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, devendo assim, o juiz julgar apreciando livremente as provas produzidas no processo e de acordo com elementos concretos dos autos. Na esfera do Processo Penal, está descrito no artigo 155, caput, do Código de Processo Penal, bem como no artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal que exige que sejam indicados na sentença os motivos de fato e direito em que se fundou a decisão.

2.4 PRINCÍPIO DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

Este princípio está disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, e garante que ambas as partes do processo terão o direito de se manifestarem sobre qualquer fato ou prova produzida pela parte contrária. Em regra, deve-se garantir o contraditório no momento da produção da prova, entretanto, em algumas situações ocorrerá o “contraditório diferido”, que é a possibilidade de admissão de um contraditório posterior quando determinados atos são praticados sem a ciência das partes.

2.5 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

É um princípio constitucional que deriva da presunção de inocência, ampla defesa e direito ao silêncio, estabelecendo que o acusado não deve ser obrigado a produzir provas que o prejudique, podendo dessa forma se negar a participar de atos que eventualmente possa prejudicar a sua defesa.

3 RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SEU PROCEDIMENTO

O reconhecimento, pode ser descrito como um meio de prova irrepetível, tendo em vista que não pode ser repetido de forma idêntica. Sendo também, um meio de prova urgente, já que por estar exposto à fatores relacionados à memória, deve ser realizado de forma antecipada obedecendo a previsão legal e garantindo o contraditório e a ampla defesa.

Assim, explica Guilherme de Souza Nucci:

O juiz jamais deve condenar uma pessoa única e tão somente com base no reconhecimento feito pela vítima, por exemplo, salvo se essa identificação vier acompanhada de um depoimento seguro e convincente, prestado pelo próprio ofendido, não demovido por outras evidências (NUCCI, 2020, p.898).

Assim sendo, se realizado em sede de investigação, não pode ser usado como único fundamento para basear uma decisão judicial, visto que nessa fase não há o que se falar em apreciação do contraditório e da ampla defesa. Da mesma maneira, mesmo que o reconhecimento seja realizado em sede de instrução, o magistrado também não deverá fundamentar uma sentença somente com base no reconhecimento da vítima.

O reconhecimento de pessoas e coisas consiste em um meio de prova previsto no ordenamento jurídico, que permite a busca da reconstrução do fato delituoso a partir da identificação de suspeitos e instrumentos relacionado a determinado fato delitivo e tem sua previsão legal nos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal, sendo dividido em quatro fases que serão apresentadas a seguir.

3.1 PRIMEIRA FASE DO RECONHECIMENTO

Conforme prevê o Código de Processo Penal, primeiramente a pessoa que fará o reconhecimento deverá descrever a pessoa a ser reconhecida. Guilherme de Souza Nucci reforça:

Essa providência é importante para que o processo fragmentário da memória se torne conhecido, vale dizer, para que o juiz perceba se o reconhecedor tem a mínima fixidez (guarda o núcleo central da imagem da pessoa que pretende identificar) para proceder ao ato. Se descrever uma pessoa de dois metros de altura, não pode, em seguida, reconhecer como autor do crime um anão. É a lei da lógica aplicada ao processo de reconhecimento, sempre envolto nas naturais falhas de percepção de todo ser humano (NUCCI, 2020, p.895).

Essa fase consiste em uma oportunidade de obter do reconhecedor informações acerca do contato que ele teve com o suspeito e confrontar o grau de certeza que ele tem, pois o contato posterior aos fatos com o suspeito – seja pessoalmente ou até mesmo pela mídia – pode influenciar significativamente na sua memória e fazer com que haja uma identificação equivocada.

3.2 SEGUNDA FASE DO RECONHECIMENTO

Diz respeito a fase de comparação, sendo necessário que a pessoa a ser reconhecida seja posicionada juntamente com outras com quem se possua semelhança.

Nesse ponto, Aury Lopes Jr. destaca dois aspectos quanto ao número de pessoas e as semelhanças físicas. A respeito do número de pessoas ele acredita que, como o Código é omissivo, é recomendável que o número não seja inferior a 5 (cinco), ou seja, quatro pessoas mais o imputado, para maior credibilidade do ato e redução da margem de erro. Já no que tange às semelhanças físicas necessárias entre a pessoa a ser reconhecida e as demais. Entende-se que não basta qualquer semelhança, mas sim um conjunto de dados semelhantes.

3.3 TERCEIRA FASE DO RECONHECIMENTO

Fase em que o reconhecedor deverá identificar a pessoa envolvida no crime, dentre os sujeitos que lhe são apresentados. Todavia, é preciso ter cautela, a fim de evitar que a pessoa que vai realizar o ato de reconhecimento normalmente tenha gerado a sensação de obrigatoriedade de apontar alguém como autor do delito.

3.4 QUARTA FASE DO RECONHECIMENTO

Momento em que, após a realização do ato de reconhecimento, consoante a previsão das fases anteriores, há a transcrição e documentação do ato, elaborando-se um auto pormenorizado, que permite observar as falhas existentes ou o respeito total ao rito procedimental. Por isso, sem a devida documentação, o reconhecimento não terá qualquer validade.

A não adoção rigorosa do disposto no artigo 226, do Código de Processo Penal é alvo de crítica por doutrinadores, como Aury Lopes Jr:

Tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país (LOPES JR, 2020, p. 773).

Em suma, a primeira fase resulta da necessidade de se ativar a memória do reconhecedor e, por meio dela, constata-se o grau de atenção do sujeito ativo; a segunda fase evita sugestionamentos no ato, pois a colocação de outras pessoas de características semelhantes serve para produzir outros elementos de comparação e constatar o grau de certeza do reconhecedor; a terceira fase é justamente o momento em que o reconhecedor vai indicar, entre as pessoas ali expostas, qual seria a envolvida e a quarta fase documenta todas as anteriores.

4 A INOBSERVÂNCIA DA FORMA

Feitas as considerações iniciais acerca do ato de reconhecimento, importante esclarecer como este ato deveria, em tese, ocorrer e o modo como há, na prática, a inobservância da forma prevista na lei pela autoridade que realiza.

Conforme leciona Aury Lopes Jr., o ato de reconhecimento consiste em uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

Nesse cenário, fato é que este ato ainda é encarado como um ato repetível, de modo que a realização feita em sede policial, normalmente, não ocorre de acordo com a produção antecipada de provas, precisando, desse modo, ser repetida em juízo para adquirir o status de prova.

Acerca da formalidade necessária no ato do reconhecimento, Aury Lopes Jr. sustenta:

É ato formal que visa a confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa. O problema é a forma como é feito o reconhecimento. (...) Logo, não é reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu (único presente e algemado...), pois descumpra a forma e é um ato induzido. Contudo, os juízes fazem a título de “livre convencimento”, com sério risco de nulidade processual (ilicitude da prova) na medida em que viola o sistema acusatório (gestão da prova nas mãos das partes); quebra a igualdade de tratamento, oportunidades e fulmina a imparcialidade; constitui flagrante nulidade do ato, na medida em que praticado em desconformidade com o modelo legal previsto; e, por fim, nega eficácia ao direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo. (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 496.)

No mesmo sentido, Tourinho ministra:

É comum, entretanto, nas audiências, o Juiz solicitar à vítima ou à testemunha que, olhando o réu ali sentado, proceda ao seu reconhecimento. Observa-se que indagar da testemunha se reconhece o réu ali sentado como sendo o autor do crime não é, tecnicamente, um reconhecimento, mas um prolongamento do seu depoimento. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 673-674.)

Como já explicitado, o juiz regido pelo livre convencimento motivado, deve fundamentar suas decisões apreciando livremente as provas produzidas no processo e de acordo com elementos concretos dos autos, sobretudo observando a formalidade prevista em lei. Outrossim, o reconhecimento repetido em juízo é extremamente problemático, uma vez que é muito difícil reiterar o ato de reconhecimento em sede judicial com as mesmas pessoas presentes no reconhecimento realizado em sede policial.

Ademais, insta esclarecer que a interpretação da lei deve ser restrita, pois somente desta forma estar-se-á garantindo a observância das regras processuais.

5 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Há que se falar na inobservância também em sede policial, quando da realização do chamado “reconhecimento fotográfico”.

Em suma, o reconhecimento por fotografia é um meio de prova atípico, já que não apresenta previsão legal. Por isso, deve seguir o procedimento de prova análogo, qual seja, o reconhecimento presencial.

Nesse sentido, sabe-se que o reconhecimento fotográfico “é um perigoso meio de prova e que tem dado causa a inúmeros casos de erro judiciário, sendo assim, há que se falar que a fotografia – mostrada em sede policial ou, eventualmente, veiculada pela mídia – consiste em uma percepção que pode ser fomentadora de erros, uma vez que “quanto mais repetida a percepção, mais complexa e mais precisa ela será.

Nesse contexto, importante ainda falar do “efeito compromisso”, este ocorre quando há uma identificação incorreta, por exemplo, quando a pessoa analisa muitas fotografias e identifica o sujeito incorreto e, posteriormente, ao realizar o reconhecimento pessoal presencial, devido à tendência de manter o compromisso anterior, ela mantém a escolha acerca da identificação, mesmo que haja dúvidas.

Dito isso, insta destacar que a situação se agrava ainda mais quando observamos que os atos de reconhecimento realizados no Brasil, em sua grande maioria, são feitos sem a presença do advogado do suspeito e sem oportunizá-lo a recusa à participação no ato. E mais, no caso de recusa do investigado e admissibilidade da sua recusa, muitas vezes, realiza-se o reconhecimento fotográfico, em clara violação ao direito de silêncio e de não produzir provas contra si do investigado.

Diante do que fora explanado, há que se considerar que os tribunais superiores brasileiros vêm admitindo essa espécie de reconhecimento, desde que observadas as formalidades contidas no artigo 226 do Código de Processo Penal, ou, mesmo que não observadas em sede policial, as irregularidades fossem sanadas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, considerando a independência formal entre inquérito e processo.

6 FATORES QUE INFLUENCIAM NA FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO COMO PROVA

Tendo em vista a complexidade do tema discutido no presente trabalho, faz-se necessária uma análise acerca da interdisciplinaridade entre o processo de reconhecimento e a memória humana em seu viés psicológico e biológico.

Como discorrido, a prova obtida através do reconhecimento de pessoa é uma prova muito frágil e também falha, isto é, para além das falsas memórias, diversos fatores podem influenciar no ato, tais como o transcurso do tempo, a inobservância de algum dos requisitos formais previstos, o fato de uma fotografia de um “suspeito” ter sido mostrada antes do reconhecimento presencial, o anseio punitivo de encontrar o culpado pelo crime

praticado, o tempo da exposição da vítima ao crime e ao contato com o agressor, a gravidade do fato (memória está intimamente ligada à emoção), o intervalo de tempo entre o delito e a realização do reconhecimento, as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos), as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo), as características do agressor (mais ou menos marcantes) e a natureza do delito (com ou sem o emprego de violência física, o grau da violência psicológica empregada).

Além de tudo que fora exposto acerca dos aspectos capazes de influenciar negativamente o ato de reconhecimento, há ainda que se tratar do risco do reconhecedor ser influenciado a reconhecer uma das pessoas que lhe são apresentadas, uma vez que há uma grande pressão psicológica sofrida, que faz com que o reconhecedor se sinta na obrigação de reconhecer uma das pessoas, para não decepcionar a autoridade judiciária e por temer as consequências caso não identifique nenhuma daquelas pessoas.

Acerca dessa pressão sofrida pelo reconhecedor, Aury Lopes Jr. acrescenta que:

Elementar que a confiabilidade do reconhecimento também deve considerar a pressão policial ou judicial (até mesmo manipulação) e a inconsciente necessidade das pessoas de corresponder à expectativa criada, principalmente quando o nível sociocultural da vítima ou testemunha não lhe dá suficiente autonomia psíquica para descolar-se do desejo inconsciente de atender (ou de não frustrar o pedido da "autoridade"). (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 502.)

Por tal razão, resta incontroverso que o reconhecimento não pode ser o único elemento para fundamentar o juízo de certeza quanto à autoria delitiva, uma vez que consiste em um meio de prova extremamente frágil e falho.

6.1 AS FALSAS MEMÓRIAS

As falsas memórias diferenciam-se da mentira, tendo em vista que naquelas o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente).

Nesse seguimento, Aury Lopes Jr expõe:

A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro (especialmente na criminalidade clássica) e, ao mesmo tempo, o mais perigoso, manipulável e pouco confiável. Esse

grave paradoxo agudiza a crise de confiança existente em torno do processo penal e do próprio ritual judiciário (LOPES JR, 2014).

As testemunhas possuem grande importância para a ação penal. Assim, é preciso reconhecer a importância do estudo do impacto das falsas memórias na produção da prova testemunhal.

A falibilidade da prova testemunhal decorre de que a mesma pode ser repleta de erros e alterada por atos voluntários, como por exemplo, a mentira, e atos involuntários (falsa memória).

6.2. A SELETIVIDADE PENAL

O sistema penal seria “o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária), formada pelo Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Polícia, Sistema carcerário e demais agências – como as de comunicação social, já que as mídias exercem um papel decisivo no processo de construção das noções de delito e de criminoso na atualidade.

Ocorre que o sistema jurídico penal brasileiro – desde a abordagem policial, passando pelo ato de reconhecimento do suspeito, toda instrução probatória, até o momento de ser proferida a sentença – é conduzido por um racismo estrutural. O levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, divulgado em dezembro de 2017, acerca de dados colhidos em 2016, que demonstra que a população carcerária brasileira contava com 726.712 presos, levando o Brasil a assumir o terceiro lugar no ranking de países que mais prendem no mundo, sendo o público-alvo desse sistema prisional bem definido, trata-se de jovens negros de baixa escolaridade, acusados de tráfico e crimes patrimoniais. Os dados revelam que 55% dos presos têm até 29 anos, mas considerando até 34 anos, a fração se eleva para 74%. No total, 64% dos presos são negros e se considerarmos apenas a população do sistema penitenciário federal, sobe para 73%.

Os dados apresentados só evidenciam o que vem sendo explanado: os estereótipos culturais – como cor e classe social – têm sim uma grande influência na percepção dos delitos. Por conta dessa influência, pode-se dizer que vítimas e testemunhas têm uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos, em que a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um verdadeiro estigma.

Isto posto, nota-se que a seletividade penal do sistema de justiça brasileiro é mais um dentre os diversos fatores que influenciam no ato de reconhecimento, fazendo com que essa prova, por si só, não seja confiável a ponto de lastrear sentenças condenatórias.

7. RECONHECIMENTO PESSOAL E FOTOGRÁFICO E A JURISPRUDÊNCIA

Em 2020 uma decisão histórica do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou não ser suficiente para condenação o reconhecimento de pessoas por foto:

“De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças”. (HC n. 598.886-SC, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6a T. 27/10/2020).

O caso que movimentou essa decisão do Ministro Rogério Schietti trata-se de um habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina em favor de dois pacientes, que foram acusados e condenados em primeira instância por roubo.

Essa condenação se baseou, unicamente, no reconhecimento de pessoa, feito na sede da polícia, mas sem obedecer às formalidades do **Artigo 226 do Código de Processo Penal**, quando foram apresentadas fotografias dos acusados às vítimas, que por sua vez, os reconheceram, mas acabaram mencionando outras circunstâncias, como uso de capuz e altura do suspeito.

A partir dessa fala do Ministro Rogério Schietti, o cumprimento das formalidades para o ato de reconhecimento, que até então era uma mera recomendação, teve confirmado seu status de condição necessária para que um reconhecimento de pessoa possa configurar como prova. Essa decisão do ministro se torna, portanto, um verdadeiro divisor de águas para a proteção de inocentes e direito de defesa.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi desenvolvido no presente estudo, a memória possui uma grande fragilidade, tendo em vista que diversos fatores internos e externos podem influenciar em seu processo de aquisição, retenção e recuperação, dando origem assim, às falsas memórias.

A finalidade do presente trabalho foi introduzir uma reflexão crítica acerca do valor probatório do reconhecimento de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro diante da informalidade com a qual ele é tratado, bem como alertar quanto aos riscos decorrentes das falsas memórias. Outrossim, em breve análise, no tocante à seletividade penal demonstrou-se, de outras formas, a influência que recai sobre o ato de reconhecimento de erros provenientes da memória e dos estereótipos criados dentro da sociedade.

A não observância dos preceitos processuais presentes no artigo 226, do CPP, resulta em um meio de prova ineficaz, frágil e precário, pois a partir do momento em que uma prova ilegítima é aceita, a mesma não está indo de encontro com os ditames constitucionais e processuais, concluindo pela nulidade processual decorrente da inobservância dos requisitos previstos.

Conclui-se, com o presente artigo que, é de suma importância a análise e o estudo de um regime processual democrático, tendo em vista que, um Estado preocupado com a tutela de direitos fundamentais, impõe-se uma sustentação por elementos objetivos e racionais, desvinculados de qualquer incerteza. É certo também que, essas mudanças urgentes no campo probatório penal, não podem se limitar apenas ao âmbito teórico ou normativo, mediante projetos de lei, devendo ser pensadas em diferentes níveis operacionais da Justiça criminal. Especificamente, em relação ao Direito Processual Penal, nota-se a necessidade de uma mudança de aplicação da lei pelos operadores do Direito, no que diz respeito a tutela de direitos fundamentais, desde a fase de investigação até o trânsito em julgado do processo, falando-se em estratégias concretas que possibilitem a devida instrução e a correta execução de protocolos técnicos de reconhecimento pessoal nos diferentes âmbitos da justiça criminal brasileira.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito Processual Penal. São Paulo: Campus Jurídico, 2008, Tomo I.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 28ª Edição. São Paulo: Editora Rideel, 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, Código Penal.** 28ª Edição. São Paulo: Editora Rideel, 2022.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2016.

DE LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

JUSTIÇA, CONSELHO NACIONAL. O encarceramento tem cor. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/> Acesso em: 10 de mai. de 2023.

LOPES JR., Aury. Direito Processual e a sua Conformidade Constitucional. v. I. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury, Fundamentos do Processo Penal- Introdução crítica. 2ª ed. Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal. 20ª edição Saraiva, 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. Você confia na sua memória? Revista Consultor Jurídico, 2014. Parte 2. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-out03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-dependedela-parte>>. Acesso em 27 fev. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SEIXAS, Claudia. STJ firma decisão sobre reconhecimento de pessoas por foto. Disponível em: <https://claudiaseixas.adv.br/stj-firma-decisao-sobre-reconhecimento-de-pessoas-por-foto-nao-e-suficiente-para-condenacao/>. Acesso em: 01 de mai. de 2023.

INOVAÇÕES DA LEI 14.562/2023 E AS FIGURAS TÍPICAS EQUIPARADOS DO ART. 311, §2º DO CPB

MARCELO HENRIQUE CORDEIRO QUEIROZ:

Bacharel em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió- CESMAC. Delegado de Polícia de Pernambuco. Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB/ CPC Marcato (*lato sensu*).²⁸⁶

RESUMO: Fundamentado nos ditames da ordem constitucional e nos regramentos do direito penal e processual penal, esse trabalho balizado nas diretrizes fundamentais de nosso ordenamento jurídico, teve como escopo maior demonstrar um paralelismo entre a prisão em flagrante delito e a nova figura típica equiparada do art. 311, §2º, III do CPB, trazida pela Lei 14.562/23, verificando suas violações e soluções para esta, bem como apontando o caminho certo para a aplicação da lei processual penal nesta hipótese, estudado em consonância com a melhor e mais moderna doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Princípio da Reserva Legal. 2. Crime de adulteração de veículo automotor e inovações da Lei 14.562/23. Crime instantâneo, permanente e prisão em flagrante.

INTRODUÇÃO

O princípio da reserva legal, ou, também chamado, princípio da estrita legalidade vem, ao longo do tempo, provocando divergências hermenêuticas quanto à medida de aplicação dos tipos penais

A Lei 14.562/23 trouxe à baila modificações ao art. 311 do CPB, que trata do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, dentre elas, o acréscimo da figura equiparada do §2º, III, que vem gerando celeumas jurídicas quanto a sua aplicação e as hipóteses ensejadoras do flagrante delito.

O presente artigo visa sanar a interpretação do tipo penal, referente a sua figura equiparada, bem como esclarecer sobre as hipóteses ensejadoras do flagrante delito.

1.PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL: CONCEITO E VEDAÇÕES DECORRENTES

286 E-mail: marcelohcqueiroz@hotmail.com.

Esse princípio estaria inserido no bojo do dispositivo constitucional do art. 5º, XXXIX da CF/87 que dispõe: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

Segundo o princípio da reserva legal, que remonta à Magna Carta inglesa de 1215, é necessária a existência de lei para que determinada conduta seja definida como crime.

É fulcrado na reserva legal que se inadmite a analogia *in malam partem*, ou seja, não é permitido aplicar uma lei que desfavoreça o réu em casos omissos, sob pena de ferir gravemente o princípio em tela.

Outro caso semelhante, apesar de inúmeras celeumas jurídicas, diz respeito a interpretação extensiva de norma incriminadora, a qual visa alargar fórmula legal demasiadamente estreita, o que se vislumbra vedado pelo princípio da legalidade estrita, apesar de opiniões dissonantes²⁸⁸.

Impende destacar que o princípio da reserva legal é cláusula pétrea, sendo direito e garantia constitucional, cuja violação não é admitida por norma infraconstitucional.

2. CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL DE VEÍCULO AUTOMOTOR E A LEI 14.562/2023

O referido crime do art. 311 do CPB, localizado no Título X, que trata de crimes contra a fé pública, é definido da seguinte forma:

Art. 311. *Adulterar, remarcar ou suprimir número de chassi, monobloco, motor, placa de identificação, ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, elétrico, híbrido, de reboque, de semirreboque ou de suas combinações, bem como de seus componentes ou equipamentos, sem autorização do órgão competente: (Redação dada pela Lei nº 14.562, de 26 de abril 2023 – DOU 27.04.23)*

A inovação legislativa, **no que concerne ao caput**, trouxe acréscimos concernentes ao objeto material que passou a abranger “*número de chassi, monobloco, motor, placa de identificação, ou qualquer sinal identificador de veículo automotor*”, enquanto, antes da nova lei, a previsão era apenas de “*número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor*”.

287 NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 159

288 MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo. Método, 2017, p. 131

Nota-se que o próprio legislador se incumbiu de esclarecer o alcance do termo "sinal identificador de veículo automotor" para abarcar o monobloco, motor e placa de identificação, porém manteve vigente a possibilidade de interpretação analógica, permanecendo com a expressão "ou qualquer sinal identificador de veículo automotor".

Vislumbra-se que o legislador não quis esgotar a interpretação nas figuras previstas expressamente, visando abranger outros elementos de identificação, tais como plaquetas, etiquetas, bem como trechos do número de identificação trazidos no vidro, assim como reza a seguinte disposição do CONTRAN:

"Art. 2º. § 1º. Além da gravação no chassi ou monobloco, os veículos serão identificados, no mínimo, com os caracteres VIS (número sequencial de produção) previsto na NBR 3 nº 6066, podendo ser, a critério do fabricante, por gravação, na profundidade mínima de 0,2 mm, quando em chapas ou plaqueta colada, soldada ou rebitada, destrutível quando de sua remoção, ou ainda por etiqueta autocolante e também destrutível no caso de tentativa de sua remoção, nos seguintes compartimentos e componentes: I - na coluna da porta dianteira lateral direita; II - no compartimento do motor; III - em um dos pára-brisas e em um dos vidros traseiros, quando existentes; IV - em pelo menos dois vidros de cada lado do veículo, quando existentes, excetuados os quebraventos". (Resolução Contran nº 24 de 21/05/1998)

Vale salientar, em relação a placa veicular, que esta se trata de sinal identificador externo, conforme dispõe o Código de Trânsito Brasileiro, sendo sua adulteração, remarcação ou supressão fato configurador do crime ora versado.

Art. 115. O veículo será identificado externamente por meio de placas dianteira e traseira, sendo esta lacrada em sua estrutura, obedecidas as especificações e modelos estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º Os caracteres das placas serão individualizados para cada veículo e o acompanharão até a baixa do registro, sendo vedado seu reaproveitamento.

Entende-se que a simples ausência da placa veicular não configura o crime ora tratado, por não ser situação suficiente para lesar a fé pública, haja vista que a ausência de placa deve vir acompanhada de outro ato suficiente a atacar o bem jurídico tutelado, tais como a adulteração e/ou remarcação de chassi.

O mesmo não se pode dizer sobre a adulteração ou remarcação da placa, inclusive, com o uso de fita adesiva, o que de certo configura o tipo previsto no *caput* do art. 311, pois considera-se ato suficiente a causar lesão a fé pública e a dificultar e confundir a atividade dos órgãos de fiscalização.

O uso de placa existente e válida em veículo diverso do registrado por órgão competente sem dúvida configura o crime de adulteração veicular, tendo em vista visar ludibriar as autoridades de fiscalização, dando aspecto de regularidade a veículo que está com configuração dissonante a exigida por lei.

O legislador também ampliou a incidência do tipo penal para além dos veículos categorizados como automotores, trazendo no bojo da norma criminal veículo *“elétrico, híbrido, de reboque, de semirreboque ou de suas combinações, bem como de seus componentes ou equipamentos”*.

Sublinhe-se, quanto aos verbos nucleares do tipo penal em referência, que o legislador acrescentou no *caput* o verbo *suprimir*, tornando expresso na lei entendimento já adotado por alguns tribunais²⁸⁹ que a supressão de sinal estaria abrangida pelo verbo *“adulterar”*, já trazido como núcleo do tipo antes da alteração legislativa da lei 14.562/2023.

Outra inovação legislativa trazida foi a expressão *“sem autorização do órgão competente”* que visa impedir que condutas permitidas por resoluções do CONTRAN e outros comandos normativos sejam alvo de incidência do crime ora tratado, carecendo que o intérprete faça uso da teoria da tipicidade conglobante para aferir a inexistência de antinormatividade da conduta.

Situação que será recorrente nas delegacias de polícia de todo o país, envolverá os veículos de leilão que, sendo considerados sucatas, não podem circular, destinando apenas à desmontagem, conforme dispõe o CTB:

Art. 328. O veículo apreendido ou removido a qualquer título e não reclamado por seu proprietário dentro do prazo de sessenta dias, contado da data de recolhimento, será avaliado e levado a leilão, a ser realizado preferencialmente por meio eletrônico. § 1º Publicado o edital do leilão, a preparação poderá ser iniciada após trinta dias,

²⁸⁹ STJ, 5ª Turma: REsp 1035710/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 28/06/2011; AgRg no REsp 1509382/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017; Da 6ª Turma: AgInt no AREsp 373.458/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016.

contados da data de recolhimento do veículo, o qual será classificado em duas categorias: I – conservado, quando apresenta condições de segurança para trafegar; e II – sucata, quando não está apto a trafegar. § 3º Mesmo classificado como conservado, o veículo que for levado a leilão por duas vezes e não for arrematado será leiloado como sucata. § 4º É vedado o retorno do veículo leiloado como sucata à circulação.

Art. 126. O proprietário de veículo irrecuperável, ou destinado à desmontagem, deverá requerer a baixa do registro, no prazo e forma estabelecidos pelo Contran, vedada a remontagem do veículo sobre o mesmo chassi de forma a manter o registro anterior. § 1º. A obrigação de que trata este artigo é da companhia seguradora ou do adquirente do veículo destinado à desmontagem, quando estes sucederem ao proprietário.

No caso do veículo sucata, flagrado em circulação, vislumbra-se não restar configurado o delito ora analisado, em virtude da supressão de sinais ser realizada por órgão oficial, sendo a colocação em circulação do veículo mera irregularidade administrativa.

Há casos em que partes de veículos diversos, inclusive sucatas, são utilizados, sem a licença legal, para formar um novo veículo, nessas hipóteses incidiria o crime do art. 311 do CPB, em razão de grave abalo à fé pública.

A nova redação do tipo trouxe mudanças e acréscimos ao §2º do art. 311, pontuando que:

*§ 2º Incorrem nas mesmas penas do **caput** deste artigo: (Redação dada pela Lei nº 14.562, de 2023)*

I – o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial; (Incluído pela Lei nº 14.562, de 2023)

*II – aquele que adquire, recebe, transporta, oculta, mantém em depósito, fabrica, fornece, a título oneroso ou gratuito, possui ou guarda maquinismo, aparelho, instrumento ou objeto especialmente destinado à falsificação e/ou adulteração de que trata o **caput** deste artigo; ou (Incluído pela Lei nº 14.562, de 2023)*

III – aquele que adquire, recebe, transporta, conduz, oculta, mantém em depósito, desmonta, monta, remonta, vende, expõe à venda, ou de

qualquer forma utiliza, em proveito próprio ou alheio, veículo automotor, elétrico, híbrido, de reboque, semirreboque ou suas combinações ou partes, com número de chassi ou monobloco, placa de identificação ou qualquer sinal identificador veicular que devesse saber estar adulterado ou remarcado. (Incluído pela Lei nº 14.562, de 2023)

O inciso I trata do funcionário público que presta uma espécie de favorecimento real ao agente da adulteração ou remarcação, fornecendo-o material ou informação oficial, tendo em vista que o crime previsto no *caput* já estaria consumado, havendo impropriedade falar em participação, por essa razão.

A redação do inciso II traz punição ao agente na fase preparatória ao crime de adulteração de veículo, não exigindo a consumação do delito previsto no *caput* para sua incidência, adiantando ao risco inerente a prática da adulteração.

O delito equiparado do inciso II terá incidência mesmo que o *objeto especialmente destinado à falsificação e/ou adulteração* sirva para outro desiderato que não a finalidade ilícita, porém tenha emprego predominante na prática criminosa.

O crime equiparado do inciso III vem trazendo controvérsias²⁹⁰ em sua aplicação por assemelhar-se ao delito de receptação e por trazer elementares que remontam a figura do *caput*.

Contudo, a figura equiparada pune aquele que está ou esteve na posse do *veículo automotor, elétrico, híbrido, de reboque, semirreboque ou suas combinações ou partes* com sinais adulterados ou remarcado, contemplando em seu bojo o dolo eventual na expressão "*que devesse saber estar adulterado ou remarcado*".

Segundo entendimento predominante no STF, quanto da análise da figura típica do art. 180, §1º do CP (receptação qualificada), além do dolo eventual, o dolo direto estaria contido na expressão *deve saber*, conforme o excerto abaixo:

"Direito penal. Recurso extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade. Art. 180, 1º, CP. Princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Dolo direto e eventual. Métodos e critérios de interpretação. Constitucionalidade da norma penal. Improvimento. 1. A questão de direito de que trata o recurso

²⁹⁰ BLOG MEGE. Fernando Abreu. *Art. 311 do Código Penal, de acordo com a Lei 14562/23*. Disponível em: <https://blog.mege.com.br/art-311-codigo-penal-lei-14562-saiba-o-que-mudou/>

extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, §1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. 2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica. 3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. A ideia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infraestrutura que lhe favorece. 4. A lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no § 1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta. 5. Não há proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do § 1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida. 6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma. 7. Recurso extraordinário improvido” (RE 443388/SP).

Quanto aos verbos trazidos pela figura equiparada do inciso III, “*adquire, recebe, transporta, conduz, oculta, mantém em depósito, desmonta, monta, remonta, vende, expõe à venda, ou de qualquer forma utiliza*”,

Percebe-se que o legislador previu, no referido inciso, veículo automotor e não automotor *adulterados e remarcados*, deixando de constar a hipótese do veículo *suprimido*.

Ora, se uma das motivações legislativas foi ampliar o alcance do *caput*, de forma a amoldar-se ao entendimento vigente nos tribunais, o fato dele não constar a expressão "*suprimido*" na figura equiparada apenas demonstra sua vontade de não punir tal conduta.

A figura equiparada vem à baila para punir a receptação de veículos adulterados, remarcados e seus derivados, não abrangendo os veículos ou peças, porventura, subtraídos, caso em que cabe incidência do art. 180 *caput* do CPB.

3. CRIME INSTANTÂNEO, PERMANENTE DENTRE AS FIGURAS DO ART. 311 DO CPB E A POSSIBILIDADE DE FLAGRANTE DELITO

Os crimes instantâneos são aqueles em que uma única conduta se faz apta a configurar a consumação do delito, sem dilatação do resultado no tempo - o que não obsta que a ação se protraia no tempo.

A doutrina²⁹¹ cita como exemplos de crimes instantâneos o furto, roubo, homicídio, dentre outros.

Há também os crimes instantâneos de efeitos permanentes, cuja consumação é imediata, porém o resultado se prolonga no tempo, cujo exemplo seria o homicídio.

Já os crimes permanentes seriam aqueles cuja própria consumação se prolonga no tempo, não se exaurindo em um único instante, como seria o exemplo do tráfico de drogas, da posse ilegal de arma de fogo, dentre outros.

Em relação às condutas enumeradas no *caput* do art. 311 do CPB, "*Adulterar, remarcar ou suprimir*", entende-se que são aptas a categorizar o crime como instantâneo de efeitos permanentes, tendo em vista que o momento consumativo coincide com o momento da ação descrita pelos verbos nucleares, porém o resultado prolonga-se no tempo a partir da contrafação dos sinais veiculares.

Destarte, no que se refere a possibilidade de flagrante delito, o agente deve ser pego quando está praticando os verbos do tipo, por exemplo, enquanto remarca o chassi do veículo ou logo após, conforme o disposto no art. 302 do CPP.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

291 MASSON, Cleber. Direito Penal Parte Geral. São Paulo. Método, 2017, p. 218

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

Na análise das figuras equiparadas do §2º, do art. 311 do CPB, depreende-se, quanto ao delito do inciso I, que se trata de espécie de crime instantâneo, porquanto a consumação se encerra com a contribuição do agente.

Contudo, no que se refere a figura típica do inciso II, nota-se uma distinção quanto as nucleares *transportar, ocultar, manter em depósito, possuir e guardar* os quais configurariam modalidade de crime permanente, tendo em vista que a consumação se prorroga no tempo, enquanto não cessa a prática da conduta descrita nos verbos, razão pela qual é possibilitada a atuação em flagrante delito a qualquer momento, durante a dilatação da consumação.

Quanto às condutas descritas nos outros verbos nucleares *adquirir, receber, fabricar e fornecer*, tratam-se de crimes instantâneos, apenas podendo falar em flagrante delito no momento da prática da ação descrita nos verbos.

Por fim, o inciso III, no que tange aos núcleos *transporta, conduz, oculta, mantém em depósito*, trata-se de crimes permanentes, havendo possibilidade de atuação em flagrante delito até o tempo em que não se encerra a consumação.

Portanto, o agente é surpreendido transportando, conduzindo, ocultando ou mantendo em depósito veículo com sinal identificado que devesse saber adulterado ou remarcado pode ser conduzido à delegacia de polícia para sua atuação em flagrante delito pelo crime equiparado ora tratado.

Lembre-se que, propositalmente, o legislador teria omitido na figura equiparada o verbo *suprimir*, que trouxe no *caput*, impossibilitando a prisão em flagrante de quem por si só *transporta, conduz, oculta, mantém em depósito* veículo com sinal identificador apenas suprimido, devendo haver a instauração de inquérito policial, mediante portaria, com vistas a apurar se o agente foi o autor da supressão, o que o levaria a ser indiciado pelo art. 311 *caput* do CPB.

CONCLUSÃO

A Inovação legislativa advinda com a Lei 14.562/23 teve lugar para estabelecer a consonância da letra da lei com os entendimentos jurisprudenciais que vinham sendo tomados por nossos tribunais em virtude da falha ou omissão dos legisladores.

Dentre as correções positivas, o legislador acrescentou o verbo *suprimir* no caput do art. 311 do CPB, carecendo agora a necessidade de fazer-se uma interpretação ampliada ou extensiva, o que violaria o princípio da reserva legal.

Celeumas doutrinárias certamente irão surgir sobre a omissão legislativa do referido verbo na figura equiparada do art. 311 § 2º inciso III, porquanto muitos continuaram a utilizar-se inadvertidamente da ferramenta da interpretação extensiva para compreender o verbo *suprimir* na redação do novo delito, o que seria um erro, como já exposto.

Noutro giro, andou bem o legislador ao ampliar os objetos materiais do crime para abranger veículo elétrico, veículo híbrido, monobloco, motor, reboque, semirreboque e placa de identificação, tendo em vista os avanços tecnológicos bem como a evolução na espécie de fraudes perpetradas pelos agentes criminosos.

Portanto, com os novos acréscimos no tipo penal do art. 311, é necessário que o intérprete se atenha aos limites legais e aos ditames principiológicos do direito penal com fulcro a garantir o melhor sentido ao diploma legal e a vontade do legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2019;
- 2 MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo. Método, 2017;
- 3 STJ, 5ª Turma: REsp 1035710/SP (DJe 17/05/2016).
- 4 BLOG MEGE. Fernando Abreu. *Art. 311 do Código Penal, de acordo com a Lei 14562/23*. Disponível em: <https://blog.mege.com.br/art-311-codigo-penal-lei-14562-saiba-o-que-mudou/> Acesso em:16/05/2023

RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INDISPENSABILIDADE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

GABRIELA FERREIRA ALVES DA SILVA VILAÇA:

Pós-graduada²⁹²

RESUMO: A Carta Magna atual, em seu artigo 5º, consagra os Direitos Fundamentais, os quais devem ser cumpridos e garantidos para a população em geral através de uma conduta prestacional positiva por parte do Estado. Dessa forma, acrescenta-se, outrossim, que não pode haver obstáculo para o exercício desse dever do Estado, eis que tais direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata, conforme preconiza o § 1º, do mencionado artigo 5º. Em que pese existirem tais garantias, o Estado, em muitos casos concretos, vem se esquivando de alguns dos seus maiores deveres, sob a fundamentação de que não há recursos financeiros suficientes para garantir a todos os direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à saúde, à educação, à vida. Para tanto, o Estado vem se utilizando de um princípio oriundo do direito alemão, princípio este denominado de “Reserva do Possível”, o qual defende a ideia de que os direitos fundamentais só poderão ser exigidos se houver verba financeira disponível no Estado. Nesse sentido, insta asseverar que esse princípio não pode ser utilizado corriqueiramente como uma forma de afastar o dever de atuação do Estado de Direito, pois caso contrário irá caracterizar um retrocesso às normas constitucionais e ao sistema jurídico brasileiro. Assim, será demonstrado que o Estado Democrático de Direito deverá resguardar e garantir, ao menos, o mínimo existencial aos seus cidadãos, a fim de respeitar o princípio da dignidade humana, bem como para desempenhar com eficácia e eficiência o seu papel maior de concretizar esses direitos. Nesse contexto, percebe-se, em muitos casos, que a atuação do Poder Judiciário faz-se imprescindível para garantir a concretização de tais direitos, visto que a atuação de tal Poder afasta a inércia do Estado e determina que o mesmo cumpra com suas atividades sociais. Por fim, cumpre destacar que essa atuação do Poder Judiciário não configura violação ao Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que é tarefa primordial do Judiciário ordenar que o Poder Executivo cumpra com as suas obrigações constitucionais, devendo, até mesmo, em certas decisões, deslocar verbas públicas de setores secundários, a fim de assegurar a implementação de tais direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Garantia do Mínimo Existencial. Princípio da Dignidade Humana. Princípio da Reserva do Possível. Atuação do Poder Judiciário para efetivação dos Direitos Fundamentais.

292 E-mail: gaby_ferreira16@hotmail.com

ABSTRACT: The current Constitution, in its Article 5, enshrines fundamental rights are guaranteed to be met and the general population through a conduit prest positive by the state. Thus, it adds further that there can be no obstacle to the exercise of this duty of the State, behold such fundamental rights have direct and immediate applicability, as recommended in § 1, Article 5 of the aforementioned. Despite such assurances exist, the state in many cases concrete is dodging some of his biggest duties, under the reasoning that there is sufficient financial resources to guarantee all fundamental rights such as the right to health, education, life. Therefore, the state has been using a principle derived from German law, this principle called "Book of the Possible," which supports the idea that fundamental rights can only be required if there are funds available in the financial state. In this regard, urges assert that this principle cannot be used routinely as a way of removing the duty to work the rule of law, because otherwise it will characterize a setback for constitutional and the Brazilian legal system. Thus, it will be demonstrated that the democratic state must protect and ensure at least minimal existential its citizens in order to respect the principle of human dignity, and to effectively and efficiently perform their role to achieve these higher rights. In this context, it is clear in many cases that the judicial power it is essential to ensure the realization of these rights, since the performance of such power away from the inertia of the state and determines that it meets its activities social. Finally, it should be noted that this action of the Judiciary does not constitute violation of the Principle of Separation of Powers, since it's primary task of the judiciary to order the executive branch to comply with its constitutional obligations, and should even, in certain decisions, shifting public funds from secondary sectors, to ensure the implementation of such fundamental rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1 direitos fundamentais. 1.1 conceito. 1.2 classificação dos direitos fundamentais. 1.3 características. 1.4 eficácia e aplicabilidade. 2. Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. 2.1. Conceito do princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2 mínimo existencial. 2.2.1 histórico. 2.2.2 conceito. 2.3 relação entre o princípio da dignidade humana e o mínimo existencial. 3. Reserva do possível. 3.1. Histórico. 3.2 conceito. 3.3 reserva do possível e a efetivação dos direitos fundamentais. 3.3.1 efetividade dos direitos fundamentais e os recursos públicos. 3.4 reserva do possível e o mínimo existencial. 3.5 atuação do poder judiciário e a reserva do possível. 3.5.1 necessidade da intervenção do poder judiciário. 3.5.2 princípio da separação dos poderes. 3.5.3 entendimento jurisprudencial sobre a reserva do possível (atuação do poder judiciário nos casos concretos). conclusão. referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal vigente possui um capítulo específico sobre os Direitos Sociais, qual seja, o capítulo II, do título II, o qual atribui como direitos sociais a educação,

a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Observa-se que todos esses direitos possuem aplicação direta e imediata, consoante estabelece o parágrafo primeiro do artigo 5º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o objeto do presente artigo é justamente demonstrar que o Estado Brasileiro, apesar de prevê em seu texto de lei todos esses direitos e assegurá-los aos cidadãos, ele não está desempenhando seu papel de garantir e resguardar tais direitos. Isso porque, o ente federado justifica sua inércia, na maioria das vezes, pelo mesmo argumento, qual seja, a insuficiência de recursos financeiros e, conseqüentemente, perquire a aplicação do princípio da reserva do possível aos casos concretos, pois esse princípio fundamenta a ausência de verbas públicas para efetivar todos os direitos fundamentais.

Assim, o artigo em tela irá demonstrar que esse princípio da reserva do possível não pode ser utilizado, corriqueiramente, em todos os casos existentes, pois se assim for, estar-se-á diante de uma medida que irá aniquilar os valores e os direitos fundamentais do direito brasileiro, caracterizando um retrocesso na aplicação do Direito Brasileiro.

Seguindo essa linha de raciocínio, outro aspecto que será demonstrado no artigo em análise, consiste na efetivação dos direitos fundamentais através das decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário. Ou seja, o mencionado Poder determina a concretização dos direitos sociais e, garante o mínimo existencial aos cidadãos brasileiros, a fim de se coadunar com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os valores insculpidos no Estado de Direito Democrático. Entretanto, faz-se imprescindível mencionar que o Poder Judiciário, ao proferir tais decisões, deverá atender a certos limites, pois caso contrário configuraria uma afronta ao princípio da separação dos poderes, já que é atribuição do Poder Executivo efetivar e aplicar os Direitos Sociais.

Dessa forma, o cerne do presente artigo consistirá em demonstrar que a cláusula da reserva do possível não poderá ser utilizada em todo e qualquer caso, visto que o Estado terá o dever de, ao menos, garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Assim, surge a indispensabilidade de atuação do Poder Judiciário para efetivar e garantir esses direitos, cumprindo, portanto, as normas constitucionais e o fim maior do Estado Democrático de Direito.

1 DIREITOS FUNDAMENTAS

1.1 Conceito

Os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos das pessoas jurídicas ou naturais, que estão inseridos expressamente na Constituição Federal e, se destinam a

limitar o poder estatal em face da liberdade individual dos cidadãos. Assim, pode-se dizer que os destinatários dos direitos fundamentais são todos os brasileiros natos e naturalizados, bem como as pessoas jurídicas, que estão enquadradas numa ordem jurídica constitucional.

É nesse sentido que o Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins conceituam os direitos fundamentais. A saber:

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Por esse motivo, cada direito fundamental constitui, na definição de Georg Jellinek, um “direito público subjetivo”, isto é um direito individual que vincula o Estado.²⁹³

Além disso, faz-se necessário acrescentar que em todo Estado Democrático de Direito só se justifica quando há a concretização desses direitos fundamentais, uma vez que eles defendem a permanência e a evolução numa sociedade democrática. Ou seja, não há democracia em um Estado que viola a implementação desses direitos. Nesse sentido, acrescenta-se, que o Brasil, Estado Democrático de Direito, portanto, tem o dever de obedecer e garantir os direitos fundamentais que estão inseridos no corpo do texto constitucional a todos os seus cidadãos, quer sejam natos ou naturalizados.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Doutrinariamente, os direitos fundamentais são classificados em gerações, uma vez que a sociedade está em constante transformação e ampliação dos direitos fundamentais para com os cidadãos. Assim, tem-se a primeira, segunda e terceira geração, formuladas por Karel Vazak. Porém, ressalta-se que há doutrinadores, assim como Bobbio, atestando a existência da quarta geração e de outros novos direitos, conforme será demonstrado, sucintamente, a seguir:

²⁹³ 293 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Rodrigo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 123.

a) Direitos Fundamentais de Primeira Geração: são aqueles direitos que versam sobre os direitos civis e políticos. Esses direitos de primeira geração são oponíveis ao Estado e caracterizam-se como faculdades ou atributos dos indivíduos.

Pode-se afirmar que os direitos civis são os direitos de defesa (defesa do indivíduo em face do Estado). Neste período, os direitos fundamentais tinham, apenas, a eficácia vertical, porque eles eram oponíveis apenas ao Estado. Esses direitos civis são direitos de defesa do indivíduo em face do Estado. Pode caracterizá-los como direito à liberdade, igualdade formal, direito à vida.

Já os direitos políticos são direitos de participação. São direitos de participação porque eles permitem a participação do indivíduo na vida política do Estado. Esses direitos políticos eram restritos a determinadas classes, como por exemplo, mulher e escravos não votavam.

b) Direitos Fundamentais de Segunda Geração: São os direitos ligados a igualdade (igualdade material e fática). Esses direitos à igualdade material e fática são os direitos sociais, econômicos e culturais.

Pode-se acrescentar, ainda, que esses direitos sociais, econômicos e culturais de 2ª geração são chamados de direitos prestacionais ou direitos a prestações. Eles são chamados de direitos prestacionais porque não basta a mera abstenção do Estado. O Estado tem que fornecer prestações materiais aos indivíduos.

c) Direitos Fundamentos de Terceira Geração: Caracterizada pelos direitos à fraternidade e à solidariedade. São os direitos ao desenvolvimento ou progresso, direito ao meio ambiente, autodeterminação dos povos, direito ao patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

d) Direitos Fundamentais de Quarta Geração: Classificação apresentada por Paulo Bonavides. O citado autor afirma que são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Outros autores ainda acrescentam o direito à identificação genética do indivíduo.

Essa democracia se dá no sentido de incluir a democracia substancial, a democracia direta e o sufrágio universal.

Já em relação ao direito à informação, abrange os seguintes direitos: direito a informar (artigo 220 ao 224 da Constituição Federal), direito de se informar (artigo 5º, XIV, da Carta Magna), e o direito de ser informado (art 5º, XXXIII, da Carta Magna).

Por último, no que pertine ao direito de pluralismo, o autor afirma que é o direito a um pluralismo ideológico, religioso, cultural e de orientações. Então, um dos fundamentos da República Federativa Brasileira é o de que as diferenças devem ser respeitadas e isso deve ser respeitado pelo Estado, bem como, por todos os particulares.

f) Direitos Fundamentais de Quinta Geração: Paulo Bonavides ainda acrescenta o direito à paz.

A paz é um axioma da democracia participativa e um supremo direito da humanidade.

É sabido que a paz nunca foi alcançada. Então, por isso que o mencionado autor a colocou numa geração distinta, visto que a paz deve ser buscada por toda a humanidade.

1.3 CARACTERÍSTICAS

De forma sucinta, impende destacar as principais características dos direitos fundamentais.

a) Os direitos fundamentais não são absolutos; eles são relativos, já que podem sofrer restrições por meio de lei;

b) Os direitos fundamentais possuem a característica da historicidade, eis que eles vão sendo conquistados e modificados ao longo dos anos;

c) Os direitos fundamentais são irrenunciáveis e intransferíveis;

d) Os direitos fundamentais são imprescritíveis, ou seja, podem ser exigíveis a qualquer tempo, pois não estão sujeitos a normas de prescrição.

e) Os direitos fundamentais possuem a característica da universalidade, pois são aplicáveis a todos aqueles que residem no território brasileiro, sejam estes natos, naturalizados e até aos estrangeiros;

f) Os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

1.4 EFICÁCIA E APLICABILIDADE

A Constituição Federal vigente possui um capítulo específico sobre os Direitos Sociais, qual seja, o capítulo II, do título II, o qual atribui como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Sendo assim, além de garantir todos esses direitos aos cidadãos brasileiros, bem como àqueles que residem no território nacional, o constituinte brasileiro, ainda, determinou, no parágrafo primeiro, do supracitado dispositivo a aplicação imediata e direta desses direitos.

Nesse sentido, em virtude das normas que versam sobre direitos fundamentais terem aplicabilidade imediata e de todas serem dotadas de eficácia, nem que seja a mínima, incumbe ao Estado elaborar métodos e programas, a fim de consagrar e garantir tais direitos, buscando sempre a máxima eficácia dessas normas. Ressalta-se, que no Estado Democrático de Direito faz-se imprescindível a obediência destas normas, sob pena de descaracterizar tal forma de Estado.

A fim de corroborar o exposto acima, transcreve-se o excerto da obra de Ingo Sarlet, sobre o tema em tela:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao artigo 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal do âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art 5ª, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.²⁹⁴

Feitas tais considerações, percebe-se que não há, inicialmente, qualquer medida que inviabilize e condicione a aplicabilidade e eficácia das normas que versem sobre os direitos sociais. Assim, faz-se notório que o Estado possui o dever de respeitá-las e garantir o direito à vida, à saúde, à educação a todos aqueles que abrangem a Carta Federal.

294 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 271.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

2.1. CONCEITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade Humana é um dos fundamentos da Carta da República e, tal princípio afirma que os seres humanos são titulares dos direitos insculpidos na Carta Magna, os quais devem ser resguardados e garantidos pelo Estado. Ou seja, o poder público tem a obrigação de cumprir o seu dever de efetivar as prestações positivas para os cidadãos brasileiros, no sentido de garantir-lhes uma vida digna e de afastar todas e quaisquer medidas que impeçam a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, denota-se que o princípio da dignidade humana está intimamente interligado a um direito à vida, a um direito à saúde e integridade física, no sentido de garantir a sociedade, pelo menos, o mínimo existencial para se viver dignamente.

A fim de corroborar o exposto acima, cita-se o conceito do mencionado princípio, exposto na obra de Ingo Sarlet:

A dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana.²⁹⁵

Tecidas as considerações acima, conclui-se que a partir da Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana tornou-se um valor constitucional supremo, o qual está norteando todo o ordenamento jurídico brasileiro e garantindo todos os direitos da população brasileira.

2.2 MÍNIMO EXISTENCIAL

2.2.1 HISTÓRICO

Doutrinariamente, o publicista Otto Bachof, no início da década de 1950, passou a defender a ideia de um direito subjetivo à garantia dos recursos mínimo para possibilitar a garantir de uma vida com dignidade.

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 323.

Posteriormente, cerca de um ano depois do conceito apresentado por Otto Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), reconheceu um direito subjetivo material por parte do Estado, no qual deveria garantir aos indivíduos, liberdades, vida e dignidade humana, tudo isso pautado no mencionado princípio da dignidade humana. Desta forma, esse Tribunal atestou que o Estado tinha deveres prestacionais positivos e negativos, no sentido de garantir as condições mínimas de existência digna dos cidadãos.

Corroborando o fato esposado acima pela transcrição do excerto da obra de Daniel Sarmiento e Flávio Galdino, a saber:

Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano da sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.²⁹⁶

Finalmente, depois de duas décadas da mencionada decisão do Tribunal Administrativo Federal, o Tribunal Constitucional Federal, outrossim, consagrou um direito fundamental as condições mínimas de existência para uma vida digna.

Assim, tem-se que o conceito do mínimo existencial teve por origem o direito alemão, consoante demonstrado acima.

2.2.2 CONCEITO

O mínimo existencial corresponde à parcela de conjunto de prestações materiais indispensáveis para se viver dignamente, ou seja, é o conjunto de direitos básicos relacionados à vida, à saúde, à integridade física e mental, à segurança, à liberdade, o qual garante a dignidade da pessoa humana. Tais direitos devem ser garantidos necessariamente pelo poder público, o qual deverá criar leis e programas para concretizar esses direitos à população. Resumidamente, pode-se afirmar que o mínimo existencial é o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

²⁹⁶ KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança Jurídica como Direito Fundamental e as Cláusulas Gerais do Novo Código Civil Brasileiro. In: GALDINO, Flávio SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 564.

Nesse sentido, transcreve-se o conceito do mínimo existencial abordado no artigo científico do autor Daniel Wang, senão vejamos:

De acordo com Sarlet e Figueiredo, a garantia do mínimo existencial, que obriga o Estado a prestações que criem condições materiais para uma vida digna dos seus cidadãos, está fundada (1) no princípio da dignidade humana, pois ela não estaria garantida apenas pela proteção das liberdades individuais, mas precisaria também ser protegida “por um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade humana ficaria sacrificada”; (2) no direito à vida e à integridade física, que não é apenas a proibição de sua violação, mas pressupõe uma postura ativa na sua proteção e; (3) no direito geral de liberdade, já que a qualidade de pessoa autônoma e responsável não prescinde da garantia de condições mínimas de existência.²⁹⁷

Ainda sobre o tema em tela, insta acrescentar que não há um conceito único e uniforme do que seja esse mínimo existencial na sociedade, já que tal conceito irá variar em conformidade com a época, sociedade, economia e padrões financeiros. Então, deve-se observar que caberá ao legislador criar normas que garantam esses direitos essenciais à sociedade, e, em caso de omissão do legislador, caberá a intervenção do Poder Judiciário nos casos concretos, a fim de garantir a concretização dessas normas.

Destaca-se que essa inércia do poder público é o que vem acontecendo atualmente na sociedade brasileira, principalmente, no tocante ao direito à saúde, pois o Estado, em inúmeros casos, se nega a fornecer os medicamentos indispensáveis ao tratamento daqueles mais desprovidos de recursos financeiros, sob o argumento de que não há verba pública suficiente. Neste âmbito, é que se faz necessário a intervenção do Poder Judiciário para garantir o padrão mínimo das condições necessárias indispensáveis para a população ter uma vida digna e, concomitantemente, garantir esse mínimo existencial a população brasileira.

Sobre o assunto abordado acima, transcreve-se o trecho do artigo de Daniel Wang:

Dado que o mínimo existencial não possui uma quantificação única e definitiva, como se determinar o padrão existencial mínimo dentro

297 WANG, Daniel Wei Liang.. **Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações**. Disponível em:

<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792009000100001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em 06/01/2013.

de uma dada sociedade em um determinado momento? Os autores entendem que cabe ao legislador “a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc”, mas que caberia aos tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo” nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes. Em seguida, apresentam a ressalva de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite “no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.²⁹⁸

2.3 RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Seguindo a linha de raciocínio exposta acima, insta acrescentar que o conceito do mínimo existencial está intrinsecamente interligado com o princípio da dignidade humana, pois só se pode assegurar que o Estado Democrático de Direito está cumprindo o seu dever quando estiver assegurando a sociedade, pelo menos, um mínimo de uma vida saudável e digna. Ou seja, de acordo com o princípio da dignidade humana, o Estado deve garantir as condições mínimas, a fim de que as pessoas consigam meios propícios para ter uma vida digna.

Ademais, apesar do mínimo existencial não estar previsto expressamente na Constituição Federal, é sabido que ele deve ser garantido e cumprido, uma vez que é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a doutrina reconhece como uma vertente desse mínimo existencial, justamente, os direitos sociais insculpidos na Carta Magna, quais sejam, direito à alimentação, à saúde, à previdência social, à moradia, dentre outros.

Então, deve-se concluir que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar uma vida digna a todos os cidadãos- tem sido caracterizada, por muito doutrinadores, como a parcela dos direitos sociais expressos na Carta Federal, os quais devem ser assegurados pelo Estado Brasileiro.

A fim de confirmar a tese ventilada acima, colaciona-se posicionamento doutrinário sobre a matéria ventilada:

298 WANG, Daniel Wei Liang.. **Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações**. Disponível em:

<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792009000100001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em 06/01/2013.

Dito isso, o que importa, nessa quadra, é a percepção de que a garantia (direito) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, já que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado²⁹⁹

Desta forma, resta demonstrado que a parcela do mínimo existencial deve ser, necessariamente e obrigatoriamente, garantida pelo Estado aos cidadãos. Não há qualquer restrição que possa impedir a concretização desse mínimo existencial.

3. RESERVA DO POSSÍVEL

3.1. HISTÓRICO

A expressão reserva do possível teve origem no direito alemão, especificamente a partir do início dos anos de 1970, no qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, através de jurisprudência, reconheceu que a efetividade dos direitos sociais estava condicionada aos recursos financeiros disponíveis no Estado.

Nesse contexto, pode-se acrescentar que foi num julgamento acerca do direito ao acesso ao ensino superior que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha afirmou que “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”³⁰⁰ e, a partir deste posicionamento, o Tribunal da Alemanha passou a proferir diversos julgamentos neste sentido.

299 KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança Jurídica como Direito Fundamental e as Cláusulas Gerais do Novo Código Civil Brasileiro. In: GALDINO, Flávio SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 572.

300 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direitos fundamentais e o estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 237.

A fim de embasar a presente obra, cita-se um trecho do artigo científico de Silvana Taques sobre o surgimento do conceito da reserva do possível:

A construção teórica da reserva do possível é oriunda da Alemanha, no início dos anos de 1070. Com base na reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado, sendo que os Direitos Fundamentais dependem de prestações financeiras dispostas pelos cofres públicos³⁰¹

Desse modo, percebe-se que, tanto o conceito do mínimo existencial, quanto o conceito da reserva do possível são oriundos do direito alemão, e vem sendo, corriqueiramente, utilizado para embasar as decisões jurisdicionais brasileiras, conforme será demonstrado em momento oportuno.

3.2 CONCEITO

Conforme já afirmado anteriormente, o termo “reserva do possível” é proveniente da Alemanha, o qual seu Tribunal Constitucional afirmou em julgamentos de casos concretos que, as prestações positivas ou negativas em prol da concretização dos direitos sociais só seriam viáveis, caso existisse verbas públicas disponíveis. Assim, há uma condição para a efetividade dos direitos sociais.

Portanto, denota-se que a reserva do possível é um termo utilizado para expressar uma espécie de limite à efetividade dos direitos sociais, porquanto, segundo essa teoria da reserva do possível, tais direitos sociais só seriam implementados caso existissem razoabilidade no caso concreto, bem como, recursos financeiros disponíveis. Com efeito, mesmo o Estado possuindo verbas suficientes para garantir um determinado direito social, de acordo com essa teoria, deve-se verificar se há razoabilidade na aplicação de tal direito. A título de exemplificação, poder-se-ia afirmar que, em conformidade com este conceito, não estaria o Estado obrigado a garantir um benefício previdenciário a determinado cidadão, caso este tenha meios próprios para arcar com as suas despesas; ou, em outro caso, não seria o Estado obrigado a custear um determinado tratamento médico, se não há verbas suficientes nos cofres públicos.

É nesse sentido que Ingo Wolfgang Sarlet conceitua tal teoria, senão vejamos:

301 TAQUES, Silvana. **Reserva do possível no sistema jurídico brasileiro: o (dês) valor da vida e da dignidade humana- uma inversão de valores.** Disponível em: <
<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1985> > Acesso em 13/01/2013.

A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt dês Moglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária quanto para a jurisprudência constitucional da Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.³⁰²

Ainda sobre o conceito da reserva do possível, insta asseverar que Ingo Sarlet traz uma dimensão tríplice sobre esta teoria, dimensão esta que abrange o seguinte:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente, no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade³⁰³.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a reserva do possível consiste numa limitação aos direitos sociais e fundamentais, pois para esta teoria, não adianta haver previsão de tais direitos, se não há recursos para garanti-los.

3.3 RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direitos fundamentais e o estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 237.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

Conforme já salientado no desenvolver do presente artigo, os direitos sociais prestacionais possuem como objeto a criação de bens materiais, distribuição e redistribuição desses bens a população em geral, representando, portanto, que todos os direitos fundamentais possuem uma grande relevância econômica.

Por outro lado, todavia, é sabido que o Estado é dotado de limites no que tange aos recursos financeiros, já que o mesmo se submete a lei orçamentária, a qual é elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo. Sendo assim, denota-se, que é função dos Poderes Legislativos e Executivos elaborar as leis, prevê em quais áreas serão utilizadas as verbas públicas, analisar as prioridades da sociedade e aplicar tais verbas de modo que alcance a grande parte da população. Ou seja, esses Poderes são os responsáveis em concretizar e dar efetividade aos direitos sociais fundamentais.

Em que pese tais afirmações acima, observa-se que não é correto afirmar que a reserva do possível seja um elemento integrador dos Direitos Fundamentais, pois se assim fosse, caracterizaria uma desorganização no sistema jurídico brasileiro e um verdadeiro retrocesso no ordenamento pátrio.

Entretanto, o que ocorre, hodiernamente, em muitos casos no Brasil, é o Estado utilizando-se dessa teoria da reserva do possível para justificar sua inércia na garantia dos direitos fundamentais; ou seja, o Estado Brasileiro invoca a teoria da reserva do possível para se eximir da sua responsabilização na concretização dos direitos fundamentais e, desta forma, não possibilita meios para a sociedade gozar dos direitos à educação, saúde, alimentos, integridade física, dentre outros.

É neste sentido que se posiciona o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente, de cunho social.³⁰⁴

Nesse mesmo sentido, no julgamento da ADPF 45/DF, entende o relator Ministro Celso de Melo:

(...) não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-

304 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direitos fundamentais e o estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 241.

administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência (...) a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, não poderá ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade³⁰⁵.

Desta forma, pode-se afirmar que se a reserva do possível sempre for invocada pelo Estado para justificar a sua omissão em cumprir com a efetivação dos direitos fundamentais, a Carta da República perderá todo o sentido e eficácia, pois estará sendo descumprida corriqueiramente pelo poder público.

As normas programáticas que versam sobre esses direitos sociais fundamentais devem ser cumpridas e garantidas pelo poder público, seja aplicando o princípio da proporcionalidade, seja priorizando os recursos públicos para serem investidos nas áreas de saúde, educação e moradia (áreas que concretizam o já mencionado mínimo existencial), seja criando créditos suplementares ou remanejar outras verbas públicas. Para tanto, portanto, para garantir a eficácia desses direitos fundamentais e respeitar o princípio da dignidade humana será necessária a intervenção do Poder Judiciário, conforme será demonstrado posteriormente.

Assim, se a reserva do possível consistir num obstáculo para a concretização dos direitos sociais fundamentais erigidos na Carta Magna, esta não terá nenhum valor. Então, é fato notório que a Constituição de um país para ser válida e eficaz, e, ainda mais, para caracterizar-se como um Estado Democrático de Direito, será necessário criar mecanismos e meios para concretizar esses direitos fundamentais e assegurar uma vida digna aos cidadãos.

3.3.1 EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS RECURSOS PÚBLICOS

305 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 14 janeiro 2013.

Como já salientado no item acima, a reserva do possível não pode ser invocada para afastar a efetividade dos direitos fundamentais, direitos estes insculpidos na Carta da República como cláusulas pétreas e de aplicabilidade e efetividade imediata.

Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar e garantir as normas estampadas na Carta Magna e, para tanto, será necessário que a Administração estabeleça diversas ações e programas para garantir a efetivação dos diversos serviços e direitos previstos na Constituição Federal. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como “políticas públicas”.

É notório que os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente podem ser garantidos e assegurados através das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado. Por outro lado, é cediço, outrossim, que para concretizar essas políticas públicas, o Estado deve se valer dos recursos financeiros que lhe são disponíveis, recursos estes que são limitados

Nesta linha de raciocínio, como bem já foi afirmado acima, em virtude da limitação dos recursos financeiros, a Administração Pública deverá priorizar determinados setores e escolher a destinação desses recursos. Essa escolha, entretanto, deverá ser priorizada levando em consideração o rol dos direitos constitucionais resguardados pela Carta Maior, e não constitui, portanto, uma escolha livre e arbitrária dos agentes públicos.

Assim é o entendimento apresentado por Ana Paula de Barcellos:

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são as evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação

política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.³⁰⁶

Nesta toada, tendo em vista que a Constituição Federal Brasileira consagra os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, não resta outra alternativa para a Administração Pública, a não ser a de cumpri-las. Então, esse conjunto de normas constitucionais imodificáveis deve ser piamente cumprido pelo administrador público, pois o respeito a tais normas é condição indispensável para caracterizar a democracia em um Estado, como ocorre no Brasil.

Entretanto, ressalta-se que não se deseja afirmar neste presente artigo que não há qualquer margem de escolha para o gestor público escolher onde irá aplicar as verbas públicas. Muito pelo contrário, é exatamente esse gestor público que irá planejar e adotar os programas de aplicação destes recursos. Todavia, essa deliberação está condicionada a certas normas jurídicas constitucionais estampadas na Constituição, eis que a Administração Pública não pode descumprir os direitos fundamentais e deixar a população sem a efetivação desses direitos. Assim, no seu planejamento, caso haja necessidade, o gestor público deverá priorizar certas áreas e, até mesmo, deixar de aplicar recursos em áreas secundárias, a fim de efetivar e garantir esses direitos fundamentais, como a saúde e uma vida digna.

Após todas essas explanações, resta evidente que a reserva do possível não pode constituir um óbice à efetividade dos direitos fundamentais, porquanto, mesmo os recursos públicos sendo limitados, o Administrador Públicos deverá fazer escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio desses recursos. Ou seja, sempre deverá haver uma prioridade em relação a essas normas constitucionais que garante uma vida digna e saudável em relação aos cidadãos brasileiros, pois caso contrário a visão jurídica não estará evoluindo, mas sim retrocedendo.

3.4 RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Já foi apresentado nesta obra o devido conceito do mínimo existencial, o qual, de forma sucinta, pode-se afirmar que está intrinsecamente relacionado com os direitos constitucionais do direito e garantia fundamental do direito à vida e da dignidade da vida humana. Assim, é sabido que só é cabível atestar que uma sociedade tem uma vida saúde

³⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: GALDINO, Flávio SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

quando o Estado garante as condições básicas para a população gozar dos direitos sociais específicos, tais como, direito à saúde, moradia, previdência social, entre outros.

Neste sentido, é incabível invocar a reserva do possível para afastar a concretização desses direitos, denominados pela doutrina como “mínimo existencial”, pois caso contrário o Estado não estaria realizando sua atividade principal, qual seja, resguardar e garantir os direitos sociais fundamentais aos cidadãos. Então, sabe-se que quando o mínimo existencial estiver em causa, é cediço que o direito subjetivo dos cidadãos as prestações materiais indispensáveis para sobreviver são plenamente exigíveis e devem ser garantidas, pois caso contrário os cidadãos poderão se valer das vias jurisdicionais para concretizá-los.

Exemplificando o exposto acima, podem-se citar exemplos em que o Estado, em diversos casos concretos, se esquivava de fornecer medicamentos para certos tipos de tratamento, arguindo a reserva do possível e justificando a sua inércia pela falta de recursos financeiros. Ocorre que, a saúde está no rol dos direitos sociais fundamentais e, ademais, está relacionada diretamente com o direito à vida digna, devendo, pois, o Estado garanti-la e preservá-la. Dessa forma, desde que se comprove que o cidadão não tem recursos próprios para adquirir determinado tipo de medicamento, desde que se comprove a necessidade do que está se pedindo e de que não há meios alternativos de tratamento, não pode o Estado, simplesmente, alegar a reserva do possível e se abster de cumprir com o seu dever, pois neste caso, estaria o Estado negando-se a garantir o mínimo existencial ao cidadão.

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que o mínimo existencial – núcleo do conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna e saudável-, pode ser identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, por isso, está protegido contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. Assim, a reserva do possível não poderá obstaculizar a eficácia do mínimo existencial e, caso isso ocorra, a população deverá se valer dos meios jurisdicionais para inibir qualquer meio que impeça essa eficácia.

3.5 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A RESERVA DO POSSÍVEL

3.5.1 NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Feitas as devidas considerações, surge outra importante questão a respeito do tema em análise, qual seja, a possibilidade do Poder Judiciário afastar o argumento da reserva do possível e, conseqüentemente, garantir a efetividade dos direitos fundamentais (garantir o mínimo existencial aos cidadãos brasileiros).

É certo que a efetividade dos direitos fundamentais está condicionada a certos limites, consoante já foi demonstrado, e, dessa forma, o Estado busca-se de inúmeros

argumentos para descumprir seu dever maior, qual seja, concretizar e garantir esses direitos fundamentais. Quando esse fato ocorre, surge a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, órgão esse dotado de jurisdição, a qual incumbirá analisar nos casos concretos se a inércia do Estado é justificável, ou se existem meios e métodos para cumprir o seu dever.

Assim, é inquestionável que a atuação dos juízes é de suma importância para assegurar a máxima efetividade desses direitos fundamentais. Ou seja, a efetividade desses direitos não pode ficar a margem, apenas, a atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, sem o envolvimento do Judiciário. A realização do Estado Social Democrático e, conseqüentemente a efetividade dos direitos fundamentais está associada à atuação de todos os Poderes da República Federativa do Brasil, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, indistintamente. Desta feita, caso algum desses Poderes fique inerte em relação a essa efetividade, caberá aos demais poderes suprir tal omissão e garantir a aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais decorrentes do texto constitucional.

É nesse sentido que defende Dirley Cunha Júnior sobre o tema em análise:

O Judiciário, portanto, tem o dever de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. É neste contexto que se defende a postura ativa do Poder Judiciário na defesa daquele direito fundamental à efetivação da Constituição, que o legitima, até mesmo, a substituir provisoriamente os demais Poderes, no exercício da jurisdição constitucional, sob pena de perder a justificativa histórica que lhe confere a condição de Poder mediador dos conflitos e do controle da efetividade constitucional.³⁰⁷

Ainda sobre o tema em debate, colaciona-se o pensamento de Paulo Machado Cordeiro:

A ideia é a de que se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas programáticas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática, ou seja, a concretização judicial dos direitos fundamentais, independentemente de mediação

³⁰⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 221.

legislativa é um fator menor em relação ao controle de constitucionalidade³⁰⁸.

Dessa forma, resta evidente que, se a Constituição não for cumprida e se as normas da Lei Maior não forem implementadas, o Judiciário surge como meio idealizador desses direitos e como uma forma alternativa para os cidadãos cobrarem a efetividade dos seus direitos fundamentais.

Ainda sobre o tema em questão, urge acrescentar que o Supremo Tribunal Federal assegurou um nível mínimo de saúde quando a falta de medicamento pudesse comprometer a vida do paciente ou implicar-lhe em uma grande perda. Isso se deu em relação aos pacientes do vírus HIV e ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento de doença que envolvia pacientes desprovidos de recursos para aquisição de coquetéis de medicamento.³⁰⁹

Aproveitando o ensejo, já que se mencionou um posicionamento da Corte Suprema quanto ao direito à saúde, faz-se oportuno transcrever a posição adotada por Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Teves Nunes, no que pertine ao ativismo judicial em matéria de saúde. Eles apresentam importantes questões que demonstram ser imprescindível a atuação do Poder Judiciário para garantir o direito de saúde aos cidadãos:

1- estimula a concretização do direito social previsto no artigo 6º da Constituição, pois determina aos outros Poderes o respeito a direitos de defesa, de prestação ou de participação essenciais para a realização de um mínimo de bem-estar individual e social;

2- desestimula o mau funcionamento do Estado, sobretudo do Poder Legislativo e Executivo nas tarefas que lhe incumbem a fim de concretizar a Constituição (...).

3- coíbe o esvaziamento de investimento no setor de saúde e o respeito às regras previstas no artigo 198 da Constituição, principalmente no nível municipal, em que os recursos são mais escassos – e, por isso, tanto mais importantes para as políticas de

308 CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais: perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais.** Salvador: juspodivm, 2007. p. 81/82.

309 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE (AgRg) 271.286-RS. Relator: Ministro Celso Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 19 janeiro 2013.

saúde – e em que o volume de ilegalidades no tocante ao gasto público é considerável;

4- dificulta o retrocesso social, na medida em que veda ao Estado a criação de situações fáticas em que os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser ignorados.³¹⁰

Outra questão relativa à atuação do Poder Judiciário e a reserva do possível, consiste na possibilidade do Judiciário controlar as opções orçamentárias e legislativas em relação aos gastos públicos em geral. Deste modo, torna-se claro que este Poder, também, tem o condão de minimizar os efeitos da reserva do possível e garantir a eficácia dos direitos fundamentais em prol dos cidadãos.

Deste modo, já entendeu o Ministro Eros Grau ao afirmar o seguinte:

A assim designada reserva do possível não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente que quem ‘governa’ – pelo menos em um Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade do administrador e dos órgãos jurisdicionais.³¹¹

Assim, resta concluir que a atuação do Poder Judiciário, juntamente com outros órgãos da Administração Pública, tais como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, as agências reguladoras, é imprescindível para resguardar e garantir o cumprimento dos deveres estatais e suprir a omissão, tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo. Dessa forma, os cidadãos devem ter consciência de que, ao ter seus direitos fundamentais

³¹⁰MARRARA, Thiago. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs) **Direito à vida e à saúde: impactos judiciários e Judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87.

³¹¹ GRAU, EROS ROBERTO. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coords). **Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.125.

violados e não garantidos, podem se valer do Judiciário, a fim de dar eficácia e efetividade a esses direitos fundamentais.

Exemplificando o caso acima, conforme já foi exposto em relação ao direito à saúde, caberia ao cidadão, ao ter um direito relativo ao fornecimento de um medicamento para um tratamento sido negado pela Administração Pública, buscar o Judiciário e comprovar a indispensabilidade do uso de certo medicamento, bem como, a ausência de recursos financeiros para custear com seus recursos tal remédio. Dessa forma, caberia ao Judiciário analisar no caso concreto a veracidade dessas informações e, com esteio nos artigos constitucionais, assegurar a concretização desse direito e determinar o cumprimento do dever estatal, qual seja, garantir o fornecimento de medicamentos e garantir o direito à saúde e à vida a este cidadão.

Sendo assim, resta comprovado que a atuação do Poder Judiciário é imprescindível para garantir esses direitos fundamentais e afasta um possível retrocesso social, que seria ocasionado pela utilização corriqueira do princípio da reserva do possível para justificar a ineficiência do Estado.

3.5.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Em que pese existirem autores, ainda que minoritários, na doutrina brasileira, que afirmam que a ingerência do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais gera violação ao princípio da separação dos poderes, esse não é o entendimento que prevalece na doutrina e o que será defendido neste presente trabalho.

É sedimentado na Carta Federal a existência de três poderes na República Federativa, os quais possuem autonomia e independência nas suas atribuições. É sedimentado, igualmente, que o Poder Judiciário deverá atuar para resguardar e garantir os direitos insculpidos nas leis brasileiras, quando provocados pelas partes. Assim, não pode o Poder Judiciário deixar de julgar os casos concretos, sob o argumento, nem mesmo, de inexistência de lei no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, urge afirmar que, mais óbvio, ainda, é a necessidade da atuação do Poder Judiciário para garantir e resguardar o princípio da dignidade humana, o mínimo existencial e a concretização dos direitos sociais fundamentais. O Poder Judiciário tem o condão de atuar para realizar a justiça social e fazer valer o real sentido das normas jurídicas brasileiras, sempre atendendo, claro, aos limites impostos por essas normas.

Nesta seara, impende salientar que não pode prosperar o argumento de que a atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais violaria o princípio da separação dos poderes. Isso porque, o Poder Judiciário deve atuar em casos de omissão

do Poder Legislativo e do Poder Executivo, excepcionando-se, assim, esse princípio da separação dos poderes, o qual não é caracterizado como um princípio absoluto.

É nesse sentido que se posiciona Ana Paula de Barcellos:

Nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, pois esses dois subsistemas não justificam a alegada impossibilidade de se reconhecer a eficácia positiva às normas pertinentes à dignidade da pessoa humana em seu aspecto material, sendo assim possível, se reconhecer ao judiciário a legitimidade de sindicarem algum efeito mediante provocação.³¹²

Diante de todo o exposto, conclui-se que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário não faz mais do que a sua função, qual seja, resguardar e concretizar as normas editadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo. Ou seja, ao garantir a eficácia dessas normas, o Poder Judiciário estará garantindo uma vida digna aos cidadãos (coadunando-se, portanto, com o princípio da dignidade humana), bem como, estará dando eficácia às normas constitucionais e fazendo com que prevaleça no Brasil a democracia e o Estado de Direito. Incabível, portanto, com os fundamentos de um Estado de Direito outra tese que se posicione opostamente.

3.5.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL (ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS CASOS CONCRETOS)

Após toda a explanação sobre o tema feita acima, urge demonstrar que os Tribunais Superiores (tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça), já afastaram a aplicação do princípio da reserva do possível e, determinou a concretização dos direitos sociais fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana e da garantia do mínimo existencial.

O primeiro caso a ser demonstrado será o entendimento adotado pela Corte Suprema, no julgamento do ARE 639337 AGR/SP, o qual reconhece o dever da Administração Pública de garantir o direito à educação infantil, e, dessa forma, afastou a reserva do possível, tese adotada pelo Estado para fundamentar a sua ausência de garantir

³¹² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 230.

tal direito. Ressalta-se que a Corte Constitucional asseverou, outrossim, que o Poder Judiciário tem o dever de atuar e garantir a implementação desses direitos, em casos da omissão estatal, não configurando, por sua vez, violação ao princípio da separação dos poderes.

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por

efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência

constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A

noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência” (Original sem grifos)313.

313 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 639337. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em <

Em outro caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal perfilhou o mesmo entendimento:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.- Embora resida, primariamente, nos Poderes

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESERVA+POSS%CDVEL+DIGNIDADE+PESSOA+HUMANA%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 26 janeiro 2013.

Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.314

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça também apresenta o entendimento no sentido de que o Estado deverá garantir os direitos fundamentais, a dignidade da vida humana e o mínimo existencial e, acrescenta, que a reserva do possível não pode ser configurar uma forma de justificar a omissão estatal. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça afirma, ainda, que não há discricionariedade por parte do administrador público em garantir ou não os direitos fundamentais, mas sim, vislumbra um dever constitucional do Estado.

Transcreve-se um julgamento do STJ, o qual garante o direito à saúde aos indivíduos e afirma que o Poder Judiciário deverá garantir a concretização desse direito. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.

2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O

314 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 410715 AGR/SP. 2ª Turma. Relator Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RECURSO+EXTRAORDIN%C1RIO+CRIAN%C7AS+AT%C9%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 26 janeiro 2013.

legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal.

3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido.

4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.

5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (Original sem grifos)³¹⁵

315 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS. 2ª Turma. Brasília, DF, 08 de março de 2012. Disponível em: <

Cita-se outra decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema em análise:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=reserva+poss%EDvel+dignidade+pessoa+humana&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2> >. Acesso em: 26 de janeiro de 2013.

financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido.316

Objetivando corroborar o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito do tema em debate, colaciona-se outro julgado do Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01.02.2007

2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: "(...)O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a

316 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 410715 AgR/SP. 2ª Turma. Brasília, DF, 22 de março de 2012. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=reserva+poss%EDvel+dignidade+pessoa+humana&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2013.

previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art. 6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p.

301/302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.(...) Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in *Direito Constitucional*, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p.1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a

conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e

a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)

3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

4. In casu, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração - nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC 73/93 e art. 6º da Lei 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, Desprovido.317

Essa última jurisprudência colacionada do STJ demonstra, perfeitamente e detalhadamente, o entendimento deste Tribunal a respeito do tema em análise. Nesse sentido, tal jurisprudência demonstra a impossibilidade do poder público, via de regra, utilizar-se da reserva do possível, a fim de exonerar-se das suas obrigações constitucionais. Ou seja, restou evidente que a Administração Pública deverá garantir as condições materiais mínimas de existência aos cidadãos (mínimo existencial) e, por via de consequência, deverá atender o princípio da dignidade da pessoa humana. Além do mais,

317 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811608/RS.. 1ª Turma. Brasília, DF, 04 de julho de 2007. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=reserva+poss%EDvel+dignidade+pessoa+humana&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8> >. Acesso em: 26 de janeiro de 2013.

destaca-se que o STJ utilizou-se de argumentos e teses similares as que foram demonstradas neste artigo.

Diante do exposto, denota-se que o tema objeto deste artigo já foi discutido e analisado pelos Tribunais Superiores. Dessa forma, destaca-se o fato de que esses Tribunais defendem a possibilidade do Poder Judiciário em determinar o cumprimento dos direitos fundamentais, bem como, o dever de garantir o mínimo existencial aos cidadãos, sem se falar, contudo, em violação ao princípio da separação dos poderes.

Assim, percebe-se que foi demonstrando e defendido neste artigo está em consonância com o entendimento das Cortes Superiores do Direito Brasileiro e com a maioria da doutrina brasileira.

Por fim, insta salientar que este tópico foi inserido no presente artigo, a fim de corroborar e demonstrar que o tema em análise vem sendo discutido e aplicado pelos estudiosos do direito e pelos processualistas. Além do mais, o intuito foi confirmar que a Administração Pública vem se furtando dessa tese para afastar o cumprimento dos deveres fundamentais, bem como, de demonstrar a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para afastar essa tese e para garantir o cumprimento das condições mínimas aos cidadãos. Ou seja, o STF e o STJ (órgãos do Poder Judiciário), através de suas decisões, determinam e garantem o cumprimento desses direitos, afastando, por sua vez, o arbítrio e a discricionariedade dos governos públicos.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê uma série de direitos aos indivíduos, incluindo entre eles os direitos sociais fundamentais, a fim de construir uma sociedade justa, solidária e igualitária. Assim, a Carta Magna atual objetiva garantir uma vida digna aos seus cidadãos, através de atividades prestacionais do Estado, já que é através das políticas públicas que o Estado garante esses direitos à população brasileira.

Nesse contexto, em que pese essas normas de direitos fundamentais terem eficácia e aplicabilidade imediata, é sabido que o Estado é regido por leis orçamentárias, sendo, portanto, escassos os recursos financeiros. Essa limitação, muitas vezes, faz com que o Estado não cumpra seu papel essencial, qual seja, garantir e efetivar esses direitos sociais fundamentais.

Dessa maneira, surge o denominado princípio da reserva do possível, o qual justifica que o Estado não pode agir em todo e qualquer caso prática, já que não há recursos financeiros disponíveis para atender todas as demandas sociais. Assim, este

princípio defende que o Estado só teria o dever de atuar, garantindo esses direitos, quando existir verba orçamentária disponível.

Nesta toada, observa-se que o presente artigo defendeu a ideia de que, realmente, existe uma certa limitação nos recursos financeiros, mas essa limitação não pode ser utilizada como uma forma de aniquilar os direitos fundamentais e de influenciar a ausência de prestação material aos indivíduos por parte do Estado. Assim, surge o que a doutrina denomina de mínimo existencial (os direitos materiais mínimos para que os indivíduos adquiram uma vida com dignidade e justiça). Dessa forma, defendeu-se a tese de que não deve existir limite financeiro para que o Estado garanta esse mínimo existencial aos indivíduos, ou seja, esses direitos não estariam condicionados a qualquer limite financeiro, devendo o Estado, se for necessário, deslocar recursos de setores secundários para aplicá-los na concretização desses direitos.

Nesse contexto, resta claro que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana não podem ser restringidos pelo Estado, sob o argumento de limitação de verbas orçamentárias, sob pena de ferir o fim maior do Estado Democrático de Direito e de caracterizar um retrocesso no direito brasileiro. O governo deverá garantir, necessariamente, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, conforme estampado em seu artigo primeiro.

Considerando as informações acima, resta concluir que, neste cenário, surge a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para garantir a efetivação e o cumprimento desses direitos fundamentais, já que este poder tem o dever de dar a máxima efetividade às normas constitucionais. Portanto, incabível qualquer tese que defende a violação da Separação dos Poderes pelo Poder Judiciário ao determinar o cumprimento dos deveres fundamentais, já que este é o dever maior deste órgão. Ou seja, o Poder Judiciário, através das decisões dos casos concretos, deve propiciar o cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais e, conseqüentemente, resguardar os direitos dos indivíduos em caso de omissão dos outros órgãos, ou em caso de violação desses direitos.

Portanto, percebeu-se através das jurisprudências colacionadas neste livro, que a reserva do possível não pode ser um limitador as normas constitucionais e nem mesmo um obstáculo à efetivação dessas normas e da concretização da dignidade da pessoa humana.

Assim, torna-se evidente que os direitos fundamentais sociais devem ser respeitados pelo administrador público, ao menos garantindo o mínimo existencial a população, e garantindo a dignidade humana, a fim de não caracterizar um atraso no Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: GALDINO, Flávio SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLIACHERINE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 14 janeiro 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE (AgRg) 271.286-RS. Relator: Ministro Celso Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 19 janeiro 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 639337. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESERVA+POSS%CDVEL+DIGNIDADE+PESSOA+HUMANA%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 26 janeiro 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 410715 AGR/SP. 2ª Turma. Relator Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RECURSO+EXTRAORDIN%C1RIO+CRIAN%C7AS+AT%C9%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 26 janeiro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS. 2ª Turma. Brasília, DF, 08 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=reserva+poss%EDvel+dignidade>>

[+pessoa+humana&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2](#) >. Acesso em: 26 de janeiro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 410715 AgR/SP. 2ª Turma. Brasília, DF, 22 de março de 2012. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=reserva+poss%EDvel+dignidade+pessoa+humana&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2> >. Acesso em: 26 de janeiro de 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811608/RS.. 1ª Turma. Brasília, DF, 04 de julho de 2007. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=reserva+poss%EDvel+dignidade+pessoa+humana&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8> >. Acesso em: 26 de janeiro de 2013.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais: perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais**. Salvador: juspodivm, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Rodrigo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRAU, EROS ROBERTO. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coords). **Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança Jurídica como Direito Fundamental e as Cláusulas Gerais do Novo Código Civil Brasileiro. In: GALDINO, Flávio SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em: <
http://ww3.lfg.com.br/artigo/20080509123435264_direito-constitucional_-artigos-

[reserva-do-possivel-minimo-existencial-e-direitos-prestacionais--ivja-neves-rabelo-machado.html](#) >. Acesso em 26.01.2013.

MARRARA, Thiago. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs) **Direito à vida e à saúde: impactos judiciais e Judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

PADILHA, Rodrigo. **Breves considerações sobre a dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e reserva do possível**. Disponível em: < http://www.correapadilha.com.br/artigo_01.htm >. Acesso em 26.01.2013.

SANTOS, Maria de Fátima Ramos. **O princípio da reserva do possível e a dignidade da pessoa humana em face à concretização de políticas públicas**. Disponível em: < <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/o-principio-da-reserva-do-possivel-e-a-dignidade-da-pessoa-humana-em-face-a-concretizacao-de-politicas-publicas-de-saude-17581/artigo/> > Acesso em: 26.01.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direitos fundamentais e o estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar. 2006.

SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes de. **Os princípios fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: < <http://www.coladaweb.com/direito/os-principios-fundamentais-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana> >. Acesso em 26.01.2013.

RECH, Silvana Aparecida. **A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3942 > Acesso em: 26.01.2013

TAQUES, Silvana. **Reserva do possível no sistema jurídico brasileiro: o (dês) valor da vida e da dignidade humana- uma inversão de valores**. Disponível em: <

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1985> > Acesso em 13/01/2013.

WANG, Daniel Wei Liang. **Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações.** Disponível em:

<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792009000100001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em 06/01/2013.

O VERDADEIRO RESPONSÁVEL PELO ERRO EM CIRURGIA PLÁSTICA

GUILHERME DE SOUZA BARBOSA:

graduando em Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

ALEX LOPES APPOLONI

(Orientador)

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é estudar a responsabilidade civil decorrente de danos em cirurgia plástica, tendo como foco a legislação brasileira, bem como analisar a prova da culpa, a responsabilidade pessoal do médico e a atual posição da jurisprudência. Considerando que o Brasil é o segundo país do mundo em procedimentos estéticos cirúrgicos (pesquisa realizada pela Sociedade Internacional da Cirurgia Plástica (ISAPS em inglês)) e cresce a cada dia o número de erros médicos, torna-se relevante a apresentação deste trabalho para todos os operadores do direito. A responsabilidade civil do cirurgião plástico na cirurgia estética é objetiva, já que o médico, na execução de sua função, se compromete a entregar o resultado prometido. Entretanto, nos casos de erro médico dessa natureza, o médico será obrigado a indenizar o paciente, não dependendo de culpa, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Com enfoque na área cível, faz-se exposto neste trabalho os tipos de indenizações existentes que a vítima tem direito, as principais causas do erro médico, bem como a falta de conscientização da população e fiscalização do Estado. Além de ressaltar os principais impasses supracitados, foram apresentadas algumas soluções para que estes sejam resolvidos.

Palavras chave: Cirurgia. Plástica. Direito. Indenização. Responsabilidade.

ABSTRACT: The objective of this research is to study civil liability arising from damages in plastic surgery, focusing on Brazilian legislation, as well as analyzing the evidence of guilt, the personal responsibility of the physician and the current position of jurisprudence. Considering that Brazil is the second country in the world in aesthetic surgical procedures and the number of medical errors is growing every day, it is relevant to present this work for all operators of law. The civil liability of the plastic surgeon in aesthetic surgery is objective, since the doctor, in the execution of his function, undertakes to deliver the promised result. However, in cases of medical error of this nature, the doctor will be obliged to indemnify the patient, not depending on fault, as understood by the Distinguished Superior Court of Justice. With a focus on the civil area, this work exposes the types of compensation that the victim is entitled to, the main causes of medical error, as well as the lack of public awareness and State supervision. In addition to highlighting the main impasses mentioned above, some solutions were presented to resolve them.

Keywords: Surgery. Plastic. Right. Indemnity. Responsibility.

INTRODUÇÃO

Infelizmente no Brasil, o erro médico é uma das principais causas de morte, ficando atrás de condições crônicas, como as doenças cardiovasculares. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, em um relatório apresentado em 2019, no mundo, cinco pacientes morrem por minuto em decorrência do erro médico.

No mundo contemporâneo, a ciência e a tecnologia obtiveram avanço, no entanto, as falhas dos médicos persistem no meio social. Nesse sentido, as suas ações estão sendo contestadas e questionadas.

Dissertar sobre o tema é de grande importância, pois a população necessita do conhecimento mínimo a despeito de seus direitos fundamentais. O erro médico põe em risco a vida do paciente e, por isso, neste artigo serão apresentadas normas jurídicas e problemáticas decorrentes do referido ato ilícito praticado pelo profissional da medicina.

No Brasil, segundo o relator, ministro Villas Bôas Cueva, em casos de erro médico, a jurisprudência do tribunal considera que a responsabilidade do médico é subjetiva e fica configurada se demonstrada a culpa, nos termos do CDC, pois sua atividade é obrigação de meio: o profissional de saúde não tem condições de assegurar o melhor resultado, isto é, a cura (CUEVA, 2021).

A Responsabilidade civil tem suas origens antigas e remontam à Lei de Talião, até chegar a Roma antiga, com a *Lex aquila*, como uma forma de culpabilização daquele que comete crime. Nota-se que a responsabilidade civil ainda encontra respaldo na teoria da culpa, ou seja, na responsabilidade civil subjetiva (DOELLE, 2019).

Acerca da responsabilidade civil, é possível notar que o médico tem o dever de reparar o dano ou prejuízo causado ao paciente na consumação de sua ação. Vale mencionar que a responsabilidade médica está conceituada como culpa civil. O profissional deve ressarcir, reparar e indenizar a vítima conforme a gravidade do erro. De acordo com Oliveira (2008, n. p.):

A idéia de responsabilidade civil vem do princípio de que aquele que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano.

O objetivo específico deste trabalho é apontar a responsabilidade civil do médico cirurgião-plástico diante da legislação vigente, esclarecendo a posição atual da

jurisprudência e o entendimento doutrinário, além de analisar a possibilidade dos profissionais da saúde especializados em cirurgia estética de receberem uma condenação por deixarem de agir com as suas obrigações perante seus pacientes.

O Código de Defesa do Consumidor serve de amparo para a relação entre o médico e o paciente, já que não se espera que o profissional venha agir com dolo, sendo necessário comprovar a conduta negligente, imprudente ou imperita dele.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1997).

Será apresentado a seguir um trabalho científico seguindo a metodologia da pesquisa bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, onde o objetivo é alcançar uma resposta para a sociedade que é amparada pela Lei e, para os operadores do direito, de maneira que satisfaça a necessidade de se obter mais informações sobre o tema apresentado.

2.O QUE CARACTERIZA O ERRO MÉDICO?

O erro médico tem como conceito todo ato que resulta em malefício ao paciente na assistência prestada pelo profissional durante o desempenho da sua função. Vale ressaltar que nem todo ato pode ser considerado como tal, visto que a ação ilícita deve estar relacionada à imprudência, negligência ou imperícia.

Para definir o erro médico, deve-se considerar a materialidade e a autoria do ato. A materialidade refere-se à consumação da prática do médico seguida de dano à vida ou à saúde do paciente. Quanto à autoria, diz respeito ao indivíduo ocasionador do dano. Sendo assim, a causalidade obrigatoriamente tem que abranger a má prática do médico interligada ao evento do dano.

Na análise de Lobo (2016, n. p.), a definição de erro médico, segundo o Conselho Federal de Medicina:

A falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no

pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposo.

a) Imprudência

A imprudência baseia-se na falta de cuidado e atenção com o paciente, não se preocupando com as consequências dos seus atos, agindo de forma precipitada, gerando um resultado que deveria ser previsto, mas não foi.

b) Negligência

A negligência ocorre quando o profissional realiza uma ação de modo omissivo, com total desinteresse em cumprir suas obrigações com o paciente, não conseguindo trazer a realidade do que deveria ser feito.

c) Imperícia

A imperícia é caracterizada pela falta de conhecimento técnico e teórico no exercício de sua função, colocando em prática habilidades das quais não tem o devido conhecimento.

3. DISPOSIÇÕES LEGAIS

O Código Civil, em seu artigo 186, conceitua que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por conseguinte, o artigo 927 dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O parágrafo único deste último artigo define:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002, n. p.)

À vista disso, o profissional, por sua conduta culposa, também responderá pelo artigo 949 do Código Civil, que diz que “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao

fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. No mesmo sentido, o artigo 951 dispõe que:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002, n. p.)

A clínica hospitalar será responsabilizada igualmente pelo erro médico, se for comprovada a culpa do profissional, como dispõe o artigo 932, inciso III, que prevê que “são também responsáveis pela reparação civil: (...) o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Alguns dos fatores que fazem com que este ato ilícito se consuma estão tipificados no Código Penal Brasileiro, previstos no artigo 18, inciso II, que conceitua a imprudência, negligência e imperícia, classificando a culpa.

Caso a má prática do médico tiver como resultado a morte do paciente, o artigo 121, parágrafo 3º, do Código Penal, é aplicável. Se as ações do profissional em questão resultarem em lesão corporal, a tipificação cabível está disposta no artigo 129, parágrafo 6º, que classifica a lesão corporal de conduta culposa.

O artigo 133 do Código Penal tipifica a conduta de “abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”, ou seja, se o médico for negligente, poderá responder criminalmente. Ademais, o artigo 135 estabelece:

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. (BRASIL, 1940, n. p.)

Somado a isso, o parágrafo único define que a pena é aumentada a metade se da omissão resultar em lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resultar em morte.

Em relação ao Código de Defesa do Consumidor, ao erro médico é cabível o artigo 14:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990, n. p.)

O parágrafo 4º do mesmo artigo estabelece que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, se este profissional exercer sua função em clínicas particulares.

É importante frisar que o Supremo Tribunal Federal, na Súmula 341 determina que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Também entende que, comprovada a culpa do médico, o hospital poderá ser responsabilizado. Entretanto, *a priori*, a culpa do médico tem que ser provada.

O Código de Ética Médica é de suma importância para que o profissional exerça a sua função da maneira mais eficiente possível. Nesse sentido, de acordo com esta norma, em seu capítulo III, artigo 1º, é vedado ao médico “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

4. PRINCIPAIS CAUSAS DO ERRO MÉDICO

Analisando a carga horária abusiva que os profissionais da saúde exercem, observa-se que a prática de plantões excessivos gera cansaço, fadiga e mau desempenho das suas atividades.

É evidente que os médicos visam os plantões como forma de obter uma renda acrescida no seu salário, bem como demonstrar competência e disposição aos seus superiores hierárquicos. Faz-se válido mencionar que, com o mercado de trabalho superfaturado, fazer uma jornada de trabalho alternativa é uma forma de se inserir no mercado e se promover como profissional da área da saúde.

O MEC (Ministério da Educação) quer impedir a criação de novos cursos de medicina, pois prefere a qualidade no ensino ao invés de um alto número de universidades.

O Brasil tem hoje 291 cursos de medicina - 30% deles abertos a partir de 2013, graças à nova legislação. Com os cursos recém-abertos, o Brasil saltou de um patamar de 17.267 novos médicos formados em 2012 para um potencial de formar 29.996 profissionais por ano - o que, para as entidades médicas, não é um crescimento sustentável. (GUIMARÃES, 2017, n. p.)

O aumento das faculdades de medicina tem como uma das justificativas o interesse em obter uma renda constantemente exacerbada. Outro fator que contribui para a deformidade do ensino é a formação insuficiente de professores. Na tentativa de evitar o acúmulo de profissionais no mercado de trabalho, o Poder Público poderia implantar uma prova para comprovar o conhecimento do formando e certificar que está hábil para assumir a profissão, assim como ocorre com os advogados.

Somado a isso, a falta de investimento do estado no SUS (Sistema Único de Saúde) é uma das principais causas de erro médico. Faltam profissionais, leitos, remédios e outros recursos necessários para um atendimento de qualidade, além da corrupção cometida pelo próprio Estado, contribuindo, assim, para um mau procedimento.

É irrefutável que as clínicas clandestinas são muito procuradas por aqueles que querem fazer um determinado procedimento com baixo custo financeiro ou que não é autorizado por lei. Esses ambientes tendem a ser escassos de higienização, além do profissional, muitas vezes, não possuir a credencial de médico, ou seja, nem ao menos cursou a faculdade de medicina. Em consequência disso, os indivíduos que ali não morrem, sofrem com graves sequelas no corpo.

5.DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MÉDICO

Existem contraposições entre os doutrinadores sobre a natureza do contrato celebrado entre as partes (médico e paciente), na qual, uma parte dos doutrinadores defendem que o contrato é *sui generis*, ou seja, único gênero, especial e exclusivo, enquanto outros defendem ser este contrato apenas de prestação de serviços.

Porém, essa divergência em relação a natureza jurídica do contrato, não interfere na responsabilidade do médico para com seu paciente, pois ao se tratar de responsabilidade contratual, o que mais importa saber é se a obrigação gerada é de meio ou de resultado, pois se na obrigação de resultado temos a culpa presumida, na obrigação de meio ela deve ser provada por quem alega.

Mesmo a responsabilidade médica sendo contratual, ela é subjetiva e com culpa provada. Logo, se a obrigação é de meio, os médicos não tem a obrigação de garantir o resultado esperado pelo paciente, pois não há como garantir resultado quando a cirurgia realizada é para tentar uma cura de grave doença.

A responsabilidade do médico não é pequena e deve ser apurada com riqueza de detalhes para que se chegue a um denominador comum, ou seja, comprovar se tem ou não o médico responsabilidade pela lesão que seu paciente sofreu.

A responsabilidade pessoal do médico começa no seu consultório a partir do momento em que o paciente agenda uma consulta para tirar dúvidas sobre a cirurgia, nesse momento essa responsabilidade terá um peso maior, pois ele deverá fornecer todas as informações de maneira clara e correta, uma vez que será através dessas informações que o paciente vai decidir se fará ou não a cirurgia. Além de prestar esclarecimentos ao paciente sobre tudo o que ocorrerá na cirurgia, o médico deve ainda exercer sua função da melhor maneira possível, dentro de seus conhecimentos técnicos, científicos e práticos, zelando por uma cirurgia segura e eficiente e principalmente pela vida e pelo bem-estar do paciente.

O cirurgião plástico no exercício de sua atividade pode ser responsabilizado também por danos causados por equipamentos, materiais e substâncias que venha a utilizar no paciente. Fica, nestes casos, caracterizada a responsabilidade civil do cirurgião-plástico pelo fato da coisa.

6. POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Tendo em vista o tema abordado no presente artigo, existem muitas doutrinas que em sua minoria, entendem ser a obrigação do médico cirurgião plástico ao realizar uma cirurgia estética, de meio, já a corrente majoritária entende ser essa obrigação, de resultado, acompanhando o posicionamento jurisprudencial, que inclusive, permite a indenização pelo dano moral e estético, uma vez que, segundo o Tribunal, o dano moral aplica-se em decorrência da vítima ter suportado a dor, a angústia e a frustração por não ter alcançado o objetivo almejado. Logo, o dano estético aplica-se pela deformação do corpo causado por uma cirurgia mal realizada, pela vergonha que a vítima passa perante a sociedade ao ter uma aparência pior do que antes. Ainda que existam doutrinas que criticam a cumulação pelo dano moral e estético, para o Tribunal não há dúvidas, pois é possível distinguir os danos, um afeta a aparência e o outro a alma.

Com isso, cabe destacar o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) em relação à matéria, conforme se comprova através dos julgados, transcreve-se as seguintes ementas ao Tribunal, Resp. 1180815/MG e Resp. 98588/SP:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os

eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO

A posição da Ministra Nancy Andrighi que compõe a terceira turma do tribunal ao julgar e dar o seu voto no recurso especial, não deixou margem à dúvida sobre o entendimento do tribunal em relação à obrigação do médico cirurgião-plástico que atua na área estética ser de resultado.

Merece destaque ainda diante do tema, a posição do Ministro Luiz Felipe Salomão que compõe a 4ª turma do STJ, ao julgar o seguinte recurso especial:

Ementa: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. O requisito do pré-questionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

Há ainda muitos julgados do STJ não só punindo o cirurgião-plástico por erro médico, como também reconhecendo e aplicando o dano estético e moral na mesma demanda, principalmente em casos graves, pois entendem que estes dois atingem bens jurídicos diversos e, por isso, entendem que deve haver a cumulação. Nesse contexto, Teresa Lopes de Magalhães salienta que:

Dessa forma, não só é possível, mas principalmente justa, a cumulação do dano estético com o dano moral por serem dois tipos de danos morais à pessoa, ou seja, atingem bens jurídicos diferentes. O dano estético (dano físico) é dano moral objetivo que ofende um dos direitos da personalidade, o direito à integridade física. Não precisa ser provado, é o dano *damnum in re ipsa* o sofrimento e a dor integram esse tipo de dano. O dano moral é o dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação, ao complexo de inferioridade na convivência humana.

Ao mostrar seu posicionamento a favor da cumulação entre o dano moral e estético, Teresa Magalhães não passa uma posição diferente do que vem sendo sacramentado nas jurisprudências e em algumas doutrinas, a cumulação dos danos estético e moral vem sendo aplicado nos tribunais fazendo com que a parte autora logre êxito na demanda, principalmente em casos que não se é possível reverter o dano estético com outra cirurgia.

CONCLUSÕES

Inicialmente este artigo procurou abordar sobre o erro médico na cirurgia plástica, que tem sido refúgio para as pessoas que desejam melhorar suas aparências. Com o crescimento dessa procura, a discussão sobre a obrigação e a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico aumentou, pois o número de casos levados ao poder judiciário denunciando os erros médicos tem aumentado absurdamente.

Através desse estudo, foi possível compreender que o médico cirurgião plástico que realiza cirurgias embelezadoras é responsável pelo resultado segundo o posicionamento da legislação vigente, tendo ele, a obrigação de garantir o resultado final, pois o paciente deposita toda sua confiança na capacidade do médico e na evolução da medicina.

Contudo quando ocorre o erro médico em uma cirurgia que se deseja melhorar a aparência, não estamos diante somente da dor da alma, do abalo psicológico e moral, mas como também da lesão física, da auto estima destruída, da vaidade pela beleza que se frustrou, pois ninguém quer se olhar no espelho e se assustar com que se vê, mas o desejo após a cirurgia é, se olhar no espelho e se agradar com a nova aparência, sentindo-se

satisfeito com o resultado, pois ao tomar a decisão de fazer uma cirurgia a pessoa mostra-se corajosa diante de tantos erros médicos que tem-se tomado conhecimento, e por mais que essa cirurgia seja um sonho, é sempre arriscado essa decisão, mas a vaidade e o desejo de ficar com uma melhor aparência tem vencido o medo e por isso a procura pela cirurgia estética não para só cresce a cada dia.

Destarte, percebe-se uma grande defasagem em estabelecimentos médicos, o que compromete a vida e o cotidiano do paciente, gerando insatisfação com os serviços prestados, visto que “a cada 5 minutos, 3 brasileiros morrem em hospitais por falhas” (BARONI, 2017, n.p.).

Por fim, diante do exposto, é importante frisar que os médicos são humanos e, justamente por isso, cometem erros. Contudo, faz-se necessário, por parte dos profissionais, reparar o dano, ter mais atenção e reconhecer suas falhas. Por intermédio deste estudo, nota-se que este assunto deve ser tratado com mais atenção e direcionamento.

REFERÊNCIAS

ADADEM. **China discute lei do “erro médico” e adesão a seguro obrigatório.** Disponível em: <<https://anadem.org.br/site/china-discute-lei-do-seguro-obrigatorio-em-casos-de-erro-medico/>>.

ASSIS VIDEIRA. **Entenda o que é imperícia, imprudência e negligência médica.** Disponível em: <<https://www.assisvideira.com.br/blog/entenda-o-que-e-impericia-imprudencia-e-negligencia-medica/>>.

ASSIS VIDEIRA. **O que diz o código de ética médica sobre o erro médico.** Disponível em: <<https://www.assisvideira.com.br/blog/o-que-diz-o-codigo-de-etica-medica-sobre-o-erro-medico/>>.

BARONI, L. L. **A cada 5 minutos, 3 brasileiros morrem em hospitais por falhas.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/11/22/a-cada-5-minutos-3-brasileiros-morrem-em-hospitais-por-falhas.htm>>.

BARROS, J. F. L. **Responsabilidade civil do médico.** Disponível em: <<https://joaofilipebarros.jusbrasil.com.br/artigos/192596133/responsabilidade-civil-do-medico>>.

BENEZ, K. **Responsabilidade Civil do Estado por Erro Médico.** Disponível em: <http://www.oabsantana.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=680>.

BUENO, N. D. S. **Dano Moral x Danos Psicológicos**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36588/dano-moral-x-dano-psicologicos>>.

BRASIL. Código de Ética Médica. Resolução nº 1.931 de 2009. Disponível em www.portal.cfm.org.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.180.815/MG. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 26-08-2010. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 25 de Maio de 2013. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 985.888/SP. 4ª Turma. Relator Min. Luiz Felipe Salomão. Julgado em: 13-03-2012. Disponível em www.jusbrasil.com.br.

<https://valor.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2022/08/05/brasil-ocupa-o-segundo-lugar-no-ranking-de-paises-que-mais-realiza-cirurgias-plastica.ghtml>

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/29072021-Mantida-condenacao-de-medico-que-negligenciou-preenchimento-de-prontuario-de-gestante.aspx>

JUSBRASIL. **Art. 951 do Código Civil - Lei 10406/02**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10676488/artigo-951-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>.

JUSBRASIL. **Art. 949 do Código Civil - Lei 10406/02**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10676624/artigo-949-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>.

LOBO, H. **Erro médico**: definição e repercussões éticas, cíveis, penais e do consumidor. Disponível em: <<https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/342486608/erro-medico-definicao-e-repercussoes-eticas-civeis-penais-e-do-consumidor>>.

OLIVEIRA, C. et. al. **Nexo de causalidade e estado anterior na avaliação médico-legal do dano corporal**. 1. ed. Coimbra: Imprensa da universidade de Coimbra, 2017. 179 p.

APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

MARCOS GUILHERME DE CARVALHO MUNIZ:

graduando em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

*“Somos o que repetidamente fazemos.
A excelência, portanto, não é um feito,
mas um hábito” (ARISTÓTELES)*

RESUMO: O presente estudo refere-se a reflexão da efetiva aplicabilidade dos direitos humanos no processo de execução penal. A garantia dos direitos humanos é fundamental em todos os aspectos do sistema da justiça criminal, incluindo a fase de execução. A liberdade é reconhecida como uma das maiores aspirações da pessoa humana, de modo que a pena privativa de liberdade possui a finalidade de causar no sentenciado o sentimento de reparação dos danos causado a outrem, aplicada pelo Representante do Estado, com a aplicação do princípio da individualização da pena e o respeito aos direitos humanos. O objetivo é o de integrar, socialmente, o condenado, e não buscando apenas a sua prevenção, mas também a humanização. Esta dignidade da pessoa humana não possui valoração, trata-se de um valor absoluto, dispondo de uma qualidade intrínseca que a coloca em sobreposição de qualquer medida de fixação de valoração. Há um conjunto de fatores que dificultam a indispensável e humanitária reinserção do detento ao convívio social, seja para ingressar ao mercado de trabalho, seja pelo preconceito da sociedade. Com isso, desenvolve-se de forma direta o aumento da criminalidade, deixando de lado a principal característica da pena, a sua ressocialização.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Execução da Pena. Ressocialização.

ABSTRACT: The present study refers to the reflection of the effective applicability of human rights in the process of criminal execution. Ensuring human rights is fundamental in all aspects of the criminal justice system, including the enforcement phase. Freedom is recognized as one of the greatest aspirations of the human person, so that the deprivation of liberty has the purpose of causing in the sentenced person the feeling of repairing the damage caused to others, applied by the State Representative, with the application of the principle of individualization of punishment and respect for human rights. The objective is to socially integrate the convict, not only seeking prevention, but also humanization. This dignity of the human person does not have valuation, it is an absolute value, having an

intrinsic quality that places it in superimposition of any measure of valuation fixation. There are a number of factors that hinder the indispensable and humanitarian reintegration of the detainee into social life, either to enter the labor market or due to society's prejudice. With this, the increase in criminality develops directly, leaving aside the main characteristic of the penalty, its resocialization.

Keywords: Human Dignity. Execution of the Sentence. Resocialization.

1 INTRODUÇÃO

Ao proferir a sentença e aplicar a pena, o Magistrado, considerando a culpabilidade do agente, determina a sanção que julga necessária e suficiente ao réu para sua ressocialização. Na Execução Penal, a permanência indevida ou superior ao tempo estabelecido na sentença (e na lei), evidencia abuso por parte dos representantes estaduais.

A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) é o principal instituto que oferece assistência garantida aos presos, como forma de proteção à dignidade dentro dos presídios e de oferecer condições de retorno ao convívio social (ressocialização). O Estado possui o dever de ofertar condições mínimas de existência àqueles que cumprem suas penas.

Predispõe a Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, *caput*, que as disposições da sentença ou de uma decisão criminal, deve proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Vejamos:

Art. 1º 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. (BRASIL, 1984).

Nesse sentido, têm-se que:

Considerando a pretensão expressa no art. 1º da LEP, a execução deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, porquanto adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar. (MARCAO, 2023, p.36)

A Constituição Federal de 1988, ao inserir em seus dispositivos os direitos humanos, conduziu o Brasil entre os países que possuem as mais avançadas legislações sobre o tão importante tema. No entanto, é de se observar na prática que, em nosso sistema penitenciário, são retirados dos encarcerados os resquícios de humanidade, fundadas nas

condições sub-humanas a que estão sujeitos, e pelo descaso das autoridades estaduais, em desrespeito à Lei de Execução Penal. A própria Constituição Federal da República Federativa do Brasil/88 já declara como fundamental, no seu art. 5., inciso XLIX:

“É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”
(BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 5).

A execução Penal necessita iniciar pela individualização da pena, lastreada na Constituição Federal da República Federativa do Brasil/88 e na Legislação Penal. Por intermédio de um devido processo legal, não deve ser conduzida com vistas ao passado do condenado, mas sim o seu retorno à sociedade.

2 EXECUÇÃO PENAL COMO JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA

Por meio da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), os órgãos judiciários adquiriram a competência para administrar o processo de execução, com a previsão expressa de um recurso próprio (Agravo em Execução – art. 197, *caput*, da Lei de Execução Penal) ao juiz competente para a resolução das questões que venham a ocorrer ao cumprimento da pena.

No entanto, é importante destacar a incidência dos órgãos administrativos, que são essenciais, inclusive com competência na condução de alguns atos, como é o caso da remoção de presos entre os estabelecimentos penais de um mesmo estado ou da permissão para o trabalho externo.

Pois bem, "A execução penal brasileira é eminentemente judicial. O processo é conduzido pelo Judiciário, dentro dos ditames do devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais referentes a um processo penal, como a ampla defesa, o contraditório, presunção de inocência etc. Também é de competência do juiz a resolução dos incidentes e demais questões que sobrevenham à execução da pena. Nem mesmo a direção dos estabelecimentos penais por uma autoridade administrativa elide o caráter jurisdicional das decisões sobre os rumos da execução. O juiz, a todo momento, é chamado a exercer plenamente sua função jurisdicional." (BRITO, 2022, p.49).

A execução penal desenvolve um plano jurisdicional e administrativo, visto que quanto ao plano jurisdicional, potencializa a efetiva sanção penal por meio de um processo de execução, e quanto ao plano administrativo, a aplicação concreta da pena, em observância ao cumprimento da pena dentro dos ditames de um Estado Democrático de Direito, visando a efetiva ressocialização do condenado.

3 A BUSCA DA RESSOCIALIZAÇÃO

A ressocialização é entendida como um processo que visa a reinserção do indivíduo na sociedade após o cumprimento de uma pena privativa de liberdade. O objetivo principal é que o condenado por um crime possa retomar sua vida de forma produtiva, e sem cometer novos crimes.

Para que a ressocialização seja efetiva, é necessário que o sistema prisional ofereça condições adequadas para o cumprimento da pena, dentre estas como assistência médica, psicológica, jurídica e educacional. Além disso, é imprescindível que haja oportunidades de trabalho e de estudo dentro do sistema carcerário, para que o indivíduo possa adquirir novas habilidades e competências.

Ademais, a pessoa que foi condenada em uma sentença transitada em julgado, na sua execução, como já bem salientado, deve ter sua dignidade respeitada. O que vale dizer que, ao receber o seu tratamento que é de direito constitucional garantido, estará dando condições aos presos de uma ressocialização digna.

No entanto, a ressocialização na execução penal é um desafio complexo, que envolve não apenas o sistema carcerário, mas também a sociedade como um todo. É necessário que haja políticas públicas efetivas de prevenção ao cometimento de crimes, para que reduza a demanda por vagas no sistema prisional, e que a sociedade esteja preparada para receber de volta os indivíduos que cumpriram suas penas.

A sociedade possui enorme importância na reintegração do preso ao convívio social. Diversos são os obstáculos que são enfrentados pelos detentos após adquirirem a tão sonhada liberdade. Vê-se que a sociedade, diante da violência e da criminalidade, se deixa levar pelo preconceito e pelo sensacionalismo.

Conforme destaca Greco (2011, p. 443): “Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade”.

O “bom tratamento penal” não se restringe àquele na qual se abstém de uma violência física ou que garanta condições adequadas ao indivíduo quanto ao cumprimento de pena. Deve ser suportada diante da superação de conflitos por meio de seus direitos constitucionais garantidos e da recomposição de vínculos com a sociedade como um todo.

4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AO CONDENADO

O Estado possui o dever de executar e fiscalizar a pena, de acordo com os limites que constam na sentença condenatória penal, devendo o condenado ser submetido ao seu devido cumprimento. Ao dever do condenado em cumprir a pena em que foi imposta pelo agente estadual, ele possui o direito de não sofrer, ou seja, de não ter que cumprir

pena q seja quantitativamente ou qualitativamente em discordância com o que foi determinado na sentença.

A Constituição da República Federativa do Brasil/88 já declara como direito fundamental a liberdade de locomoção, sendo:

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; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 5).

Com isso, após a decisão que supre a liberdade do indivíduo, o Estado tem o dever de se atentar ao cumprimento da pena, de forma que ofereça uma dignidade mínima para a sobrevivência perante o cárcere. A razão de ter cometido uma atitude caracterizada como ilegal no ordenamento jurídico brasileiro e tido a culpabilidade comprovada no processo, não perde os seus direitos humanos garantidos em lei, devendo, tão somente, afastar o direito de ir e vir, nos termos da aplicação da sentença condenatória.

Na esfera da execução penal, é importante destacar o direito de viver em dignidade no cumprimento da pena. Sobre a questão, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 43) elucida: “todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes inclusive consigo mesmos”.

Assim, no que se refere à pena a ser aplicada, a Constituição Federal/88 expressa legalmente o princípio da legalidade, da humanização, da pessoalidade, e da individualização da pena. De maneira implícita, permite a extração de outros princípios, quais sejam, da proporcionalidade, necessidade e ressocialização.

De tal modo, José Cirilo de Vargas (2002, p. 46) salienta que a proclamação dos direitos não basta, sendo necessário que haja efetivação para o exercício dos direitos previstos em lei, sendo que “para desfrutá-los, para afastar a ideia de mero complexo de princípios filosóficos e generosos, sem eficácia executória”.

Cabe ao ordenamento jurídico a integração de todos os sistemas que condizem com a realidade da sociedade e o que está expresso na Carta Magna de 1988, caracterizando uma verdadeira junção. Pois, o Direito Constitucional é tratado como o centro de todos os ramos do direito, e aqui, inclui a execução penal, zelando pela dignidade da pessoa humana, esta, sendo um direito fundamental a todos os indivíduos.

5 SISTEMA PRISIONAL EM FACE DA REALIDADE CARCERÁRIA

O sistema carcerário brasileiro funciona à margem de regras internas. No entanto, há um enorme e inadmissível afastamento entre o modelo normativo ideal e a realidade prática quanto ao estabelecimento penal adequado, desde a superlotação até a falta de recursos para a reabilitação dos detentos.

A falta de estabelecimento penal adequado é um enorme obstáculo para a ressocialização dos presos.

Sobre a questão, Renato Flávio Marcão (2023, p. 403) elucida: "Avultam as deficiências, que passam pelo despreparo do pessoal penitenciário e culminam com a reinante ausência de vagas em estabelecimentos adequados. Bem por isso a execução não tem proporcionado o alcance de algumas das finalidades da pena privativa de liberdade defendidas pela doutrina, notadamente a ressocialização."

Além disso, a ausência de vagas no sistema prisional adequado configura descaso do Estado-Administrador, e o encargo não pode ser debitado àquele que cumpre sua pena, que possui direito líquido e certo de resgatar a sua ressocialização conforme provimento jurisdicional, devendo o conflito ser solucionado a seu favor.

De modo a pacificar o entendimento acima referido, no dia 29 de junho de 2016 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 56, que possui o seguinte enunciado: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320."

Vê-se que sem um ambiente adequado, os presos ficam expostos a condições insalubres e perigosas, o que pode contribuir para ocasionar problemas de saúde física e mental. Por outro lado, um estabelecimento penal que oferece condições adequadas contribui para a ressocialização do preso, o que oferece oportunidades de trabalho, aprendizado e convívio social.

6 EXAME CRIMINOLÓGICO

O objetivo principal do exame criminológico é avaliar o perfil do preso e determinar se ele apresenta condições de ser reintegrado à sociedade de forma segura, ou se ainda representa um risco para a comunidade. Para isso, são realizadas entrevistas, análises de documentos e, em alguns casos, testes psicológicos e psiquiátricos. É um parecer técnico que pode ser utilizado pelo magistrado na tomada de decisão sobre a concessão de benefícios ao preso. Sendo este favorável, indicando que o preso apresenta condições de ser reintegrado à sociedade, ou desfavorável, indicando que o preso apresenta risco para a comunidade.

No sentido de se esmiuçar a importância do diagnóstico e do prognóstico no exame criminológico, disserta Alvino Augusto de Sá:

Pelo diagnóstico, a natureza do exame criminológico, tecnicamente falando, consiste em avaliar todo o contexto complexo do preso, a saber, suas condições pessoais, orgânicas e psicológicas, familiares, sociais e ambientais em geral, que estarão associadas a sua conduta criminosa e nos dariam subsídios para compreender tal conduta. Tal natureza, assim definida, não pressupõe, necessariamente, nenhuma concepção ontológica do crime. (SÁ, 2010, p.191)

É impossível que o Juiz da varra de Execução Penal tenha conhecimento de cada processo, a característica dos indivíduos, de suas famílias e de suas condições psicológicas e sociais. Para tanto, é importante submeter os presos, no início do cumprimento de pena, ao exame criminológico, garantindo a individualização da pena.

Garantir a exata individualização da pena através do exame criminológico é uma forma de analisar as características pessoais do preso e a sua evolução diante do sistema prisional, sendo mais seguro conceder os benefícios ao preso que demonstrou estar apto para o convívio em sociedade ao longo do processo.

Ademais, se os benefícios devem ser concedidos aos condenados, por meio de atestado de bom comportamento carcerário, não altera o entendimento que o exame criminológico se faz necessário, tomando as devidas cautelas de modo que não ocorra novos crimes ou que o preso possa cumprir a totalidade da pena e saia do sistema prisional ressocializado.

No entanto, é importante destacar que o exame criminológico não é a única medida para avaliar a ressocialização do preso e, muitas vezes, outros fatores como a oferta de trabalho, educação de qualidade e capacitação profissional, além de um ambiente saudável e acolhedor, também são importantes para que o indivíduo possa ser reintegrado à sociedade de forma positiva e segura.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo contexto explanado, se faz necessário a reavaliação do ordenamento jurídico legal da execução da pena, em que o cumprimento da pena privativa de liberdade deve prezar o respeito e a dignidade aos direitos humanos, inerentes a todos, e em conformidade ao que estabelece o Estado Democrático de Direito.

Vê-se que o sistema carcerário brasileiro não fornece condições mínimas para o cumprimento da pena pelo sentenciado, por fatores relacionados à frágil atuação estatal. O sistema penitenciário não possui condições de impor a finalidade pela lei, sendo a ressocialização e reinserção do condenado à sociedade, fazendo necessário a execução penal e o seu cumprimento estar de acordo com os textos legislativos em vigor, respeitando a dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos são fundamentais para garantir que todas as pessoas sejam tratadas com dignidade e respeito, independentemente de sua condição social, econômica ou jurídica. Adotar medidas que assegurem a transparência, a imparcialidade e a independência do sistema judicial, garante que os sentenciados tenham acesso a assistência jurídica adequada e a condições humanas de detenção ao cárcere.

É notável que a privação da liberdade exclusivamente não favorece a ressocialização do condenado. No entanto, a educação, a dignidade, e o respeito prisional, favorece a reintegração do indivíduo na sociedade, na medida em que oferece outras possibilidades referenciais para a construção de sua identidade e o resgate de uma vida digna, fora do sistema prisional.

O verdadeiro objetivo da aplicação penal é demonstrar que a pena possui uma função social, o que significa entregar aos encarcerados subsídios para se afastarem do mundo crime, expondo a eles que os dispositivos legais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil/88 e na Lei de Execução Penal servem para a sua ressocialização, e não como um instrumento de vingança aplicado pelo agente do Estado. Com isso, não se deve tirar do preso a sua dignidade, mas tão somente a sua liberdade para cumprimento da pena imposta.

Portanto, a aplicação dos direitos humanos na execução penal é fundamental para a proteção da dignidade da pessoa humana e para a promoção da justiça e da paz social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de outubro de 2022

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Rideel, 2022.

BRITO, Alexis Couto. **Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

JÚLIO, José Renato. **A Execução Penal e a Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2018/05/artigo13.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2022.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

PALUMBO, Livia Pelli. **A Execução da Pena e a Cidadania: Os Direitos Humanos no Estado Democrático de Direito e a Proteção à Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: [file:///C:/Users/Guilherme/Downloads/juvenicio,+A+EXECUC3%87%C3%83O+DA+PENA+E+A+CIDADANIA...%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Guilherme/Downloads/juvenicio,+A+EXECUC3%87%C3%83O+DA+PENA+E+A+CIDADANIA...%20(3).pdf). Acesso em: 28 de outubro de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Alessandra Coutinho. **Sistema Penitenciário Brasileiro**. Monografia. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/sistema-penitenciario-brasileiro-ressocializacao-do-preso-no-brasil.htm#:~:text=Mas%20al%C3%A9m%20das%20viola%C3%A7%C3%B5es%20de,e%20acabam%20retornando%20a%20pris%C3%A3o>. Acesso em: 28 de outubro de 2022

VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e Garantias individuais no processo penal**. 1ª. Ed. Forense, 2002.

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA - CONSEQUÊNCIAS DE UM RELACIONAMENTO ABUSIVO

MARCELA DE SOUZA BRITO:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil³¹⁸.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto de estudo a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, a qual elenca medidas de apoio e proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Em especial visa falar sobre a violência psicológica, que é mais comumente sofrida nos relacionamentos afetivos (abusivo), elencando assim suas consequências para a saúde da violentada, sendo essa uma das muitas formas de violência que a Lei Maria da Penha trata. Vê-se também as formas de apoio e tratamento para tais consequências ocasionadas por tal violência.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência. Mulher.

ABSTRACT: The present work has as object of study Law nº 11.340, of August 07, 2006, popularly known as Maria da Penha Law, which lists support and protection measures for women victims of domestic and family violence. In particular, it aims to talk about psychological violence, which is more commonly suffered in affective relationships (abusive), thus listing its consequences for the health of the victim, which is one of the many forms of violence that the Maria da Penha Law deals with. It is also seen the forms of support and treatment for such consequences caused by such violence.

Keywords: Maria da Penha Law. Violence. Woman.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a contribuição significativa na esfera jurídica e nos estudos sobre a violência contra a mulher e das implicações desta para o mundo social e íntimo da vítima.

Dentre os principais pontos de estudo, está a Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, e especificamente seu artigo 7º, que trata as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, artigo esse que elenca uma série de condutas, ações, causas, consequências e meios, de forma não taxativa, na medida em que admite, por

318 E-mail: marcelabritto1@hotmail.com

exemplo, “qualquer conduta” ou “qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde física, psicológica e à autodeterminação”. E é exatamente pela sua relevância, que ao estudar o inciso II do mencionado artigo, o presente trabalho visa mencionar as causas e consequências envolvendo a violência psicológica, violência esta em que, ao contrário da física, cuja prova muitas vezes é evidente, a mulher pode não conseguir externar o que viveu ou sequer ter consciência de que está sendo vítima de tal ação. A violência psicológica pode ser um anúncio da violência física, mas, sendo ou não um prenúncio desta, pode gerar consequências tão ou mais graves.

A violência contra a mulher é uma realidade tanto no Brasil, como no mundo, sendo resultado de uma complexa relação entre cultura, indivíduo e sociedade, e está presente nas mais diversas esferas da vida da mulher, como, por exemplo, em casa com a família, no trabalho, na saúde, na política, entre outras. (ALMEIDA et al., 2020, p. 11).

Para este fim, a metodologia deste artigo consistiu em um estudo desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica e exploratória. Bibliográfica, pois foi realizado a partir de explicações baseadas em doutrinas e Leis pertinentes ao tema analisado. E exploratória por ter a intenção de tornar o problema mais explícito, de modo a fornecer informações para uma investigação mais precisa.

O intuito é que as vítimas, a partir do estudo, consigam se expressar e entender que a violência existe, mas que não pode ser costumeira nas relações cotidianas e por isso possuem direitos e amparo judicial para tal situação. Tem o intuito também de deixar clara a existência de normas e leis que condenam crimes contra a integridade corporal e/ou à saúde da vítima, além de benefícios como à medida protetiva de distanciamento entre vítima e agressor.

Reconhecer um caso de violência e saber onde buscar ajuda são requisitos essenciais para combater uma situação de abuso, visando explicar o contexto histórico de desigualdades entre homens e mulheres, necessário para compreender a naturalização da violência ao longo dos anos, apresentando assim, os avanços trazidos pela Lei para mudar essa realidade. (ALMEIDA et al., 2020, p. 11).

2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA SOCIEDADE

Desde o início dos tempos, nascer com sexo feminino já molda o ser humano em perspectivas de mundo diferentes, a começar pelo modo como essa pessoa irá interagir com a sociedade, até as regras e afazeres diferentes dos outros. Vemos isso com clareza ao escutar aquela simples e repetida frase “que lugar de mulher é na cozinha”, ou “que o homem é o provedor da casa”, entre outras, com isso, surge a interferência no modo de se relacionar com as pessoas, e até na forma em como enxergar o mundo em que se vive.

A violência contra a mulher, como qualquer outra forma de violência, é resultado de uma complexa relação entre cultura, indivíduo, relacionamento, contexto, sociedade e estrutura social familiar. Desde muito cedo os papéis exercido pelas mulheres são diferenciados do papel dos homens, tanto dentro da sociedade, quanto dentro de um relacionamento, e mesmo após tantas mudanças, há quem ainda paute suas ações dentro dessa cultura hierárquica, um tanto quanto antiga para diversas sociedades, inclusive a brasileira. (ALMEIDA et al., 2020, p. 15).

Desse modo, observa-se que a história do Brasil é marcada por profundas desigualdades sociais, e o País continua sendo um dos maiores concentradores de renda do mundo, com formas de dominação exercida sobre as mulheres, os negros e os pobres (SAFFIOTI, 2019). Para tanto, essa forma de dominação muitas vezes se caracteriza em violência:

[...] em seu sentido mais amplo, é usar coerção física, psicológica ou intelectual para forçar outra pessoa a fazer algo que ela não quer fazer; é coagir outra pessoa, privando-a de sua liberdade, impedindo-a de expressar seu desejo e vontade sob pena de graves ameaças, incluindo espancamentos, ferimentos ou morte. É um meio de coerção, de submeter outra pessoa ao seu próprio domínio; é uma violação dos direitos humanos fundamentais. (CUNHA e PINTO 2021).

No contexto interno do País, a Constituição Brasileira de 1.988 dispõe, expressamente, em seu artigo 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana, bem como estabelece no rol dos direitos e garantias fundamentais que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III). Nessa mesma linha de proteção, o artigo 226, parágrafo 8º, define, por sua vez, como dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

É possível ver que as mulheres sofrem diversos tipos de violência, começando pelas formas mais silenciosas, como a situação social em que ela vive que a leva, de forma geral, até hoje a ter invisibilidade em seu trabalho, seus direitos civis limitados, sua sexualidade explorada e sua autonomia desconsiderada, até chegar ao estágio de agressão física, o que já é de se esperar de uma sequência de fatos violentos, seja no âmbito físico ou psicológico.

2.1 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA, LEI Nº 11.340/2006

A violência doméstica é algo histórico, social e cultural, como já citado, e que ainda hoje é a realidade de vida de muitas mulheres, atingindo milhares delas de forma silenciosa e dissimulada, levando a consequências inimagináveis e das mais variadas formas.

Não tem como falar sobre a violência doméstica e não começar ressaltando as palavras de Kofi ANNAN, ex-Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, a respeito do assunto:

A violência doméstica contra as mulheres é talvez a mais vergonhosa violação dos direitos humanos. Não conhece fronteiras geográficas culturais ou de riqueza. Enquanto se mantiver, não podemos afirmar que fizemos verdadeiros progressos em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz. (CUNHA e PINTO, 2021).

A violência doméstica e familiar atinge mulheres de todas as idades, classes sociais e níveis de escolaridade, sendo jovem, idosa, negra, branca, pobre, rica, indígena, com deficiência, do campo ou da cidade. Mas existem alguns fatores que aumentam o risco de a mulher entrar nessa situação, são eles: isolamento social; ausência de rede de serviços de saúde e proteção social bem estruturada e integrada; pouca consciência de direitos; histórico de violência familiar; transtornos mentais; uso abusivo de bebidas e drogas; dependência afetiva e econômica; presença de padrões de comportamento muito rígidos; exclusão do mercado de trabalho; deficiências; vulnerabilidades relacionadas a faixas etárias, raça/etnia e escolaridade. Ao mesmo tempo, podemos encontrar alguns fatores que diminuem esse risco: bom relacionamento familiar e fortes vínculos afetivos; apoio e suporte social de pessoas e instituições; atitude de buscar ajuda de outras pessoas ou de profissionais competentes na área; perseverança para enfrentar obstáculos; autoestima elevada; capacidade de sustentar a si mesma e à sua família; relações de trabalho harmoniosas; e consciência de direitos.

Grande parte das mulheres não conseguem externar o que vivem e sofrem dentro do âmbito doméstico e familiar, em particular cita-se o vínculo íntimo conjugal, onde se começa a maioria das agressões, sendo praticada pelo companheiro, marido, namorado, contra a sua atual ou até mesmo ex-parceira, e que muitas vezes são agressões invisíveis como, por exemplo, os insultos, pressão psicológica e privação de liberdade, que geram um desgaste emocional, aflorando cada vez mais um comportamento marcado por medos.

São várias as formas elencadas de violência contra as mulheres, e vemos que toda situação de violência possui um início, que pode se apresentar tanto no começo de um relacionamento afetivo, quanto alguns anos após, e geralmente começa de forma lenta e silenciosa, progredindo em intensidade e consequências. Muitas vezes não começa diretamente com agressões físicas, mas sim, pela privação de liberdade individual da

mulher – por exemplo, impedindo que ela saia de casa com determinada roupa ou vá a algum lugar sem o companheiro - e situações de humilhação, xingamentos e constrangimentos, tendo assim sua autoestima e dignidade enfraquecidas, o que facilita que ela passe a tolerar as agressões e o agressor se sinta cada vez mais possuidor da situação em que vivem. (ALMEIDA et al., 2020, p. 60).

A violência física pode ser descrita como a ação intencional que coloca em risco ou causa dano à integridade física de uma pessoa, com ou sem o uso de armas brancas ou de fogo. Sendo a forma de violência contra a mulher de maior visibilidade social, pois há uma menor predisposição em aceitar esse tipo de agressão, mesmo se levando em consideração que a mulher não é mais o “sexo frágil”, ainda assim não é aceitável tal acontecimento. (ALMEIDA et al., 2020, p. 51).

Com isso, em 07 de agosto de 2006, foi publicada, após anos de muito sofrimento e esforços, a Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica em decorrência das duas tentativas de homicídio por parte de seu marido à época do caso, e que após os casos de agressão ir a julgamento e ele sair ileso, Maria da Penha conseguiu denunciar seu caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - CIDH/OEA, que oficiou o estado brasileiro para que elaborasse uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Não há como negar que a Lei surgiu como importante instrumento na luta para coibir, prevenir e repreender qualquer tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher. Não foram poucas as mudanças estabelecidas pela Lei, tanto na tipificação dos crimes de violência doméstica contra a mulher, que passaram a ser enquadrados como violação dos direitos humanos (artigo 6º da Constituição Federal do Brasil), quanto nos procedimentos judiciais e da autoridade policial, permitindo que o agressor tenha sua prisão preventiva decretada, quando ameaçar a integridade física ou psicológica da mulher, além da possibilidade de adoção de medidas de proteção, tais como o afastamento do agressor do domicílio e a proibição de sua aproximação física da mulher e dos filhos. O propósito instrumentalizador da Lei nº 11.340/2006 já se revela no artigo 1º, ao se afirmar que a lei cria mecanismos para “coibir e prevenir” a violência doméstica e familiar contra a mulher.

No texto da Lei nº 11.340/2006, cita-se de acordo com o artigo 5º, que:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente

agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Não resta dúvida de que o sujeito protegido pela Lei citada seja a mulher, com a ressalva de que ao se falar em violência doméstica, a questão não se restringe apenas às relações conjugais, tampouco há a exigência de que o agressor seja um homem, podendo ser outra mulher, nos casos de relação homossexual entre mulheres. Há casos também em que a vítima é, por exemplo, a mãe viúva, explorada ou maltratada pelos filhos, ainda que não resida na companhia deles. Nesse sentido a lei também define que a violência doméstica pode decorrer de uma ação ou omissão, como no caso, por exemplo, da mãe idosa que não recebe os devidos cuidados e atenção dos filhos, provocando dano moral, psicológico e até sofrimento físico. (HERMANN, 2012, p. 100).

A psicóloga norte-americana Lenore Walker que trabalha com esse tipo de violência há mais de quarenta anos, cita em seus estudos que as vítimas não são agredidas o tempo todo e nem da mesma maneira, e com isso gerou uma teoria que desenvolveu sobre o ciclo da violência, que é composto por três fases: sendo a primeira, descrevendo um aumento gradativo da tensão, com hostilidade e ofensas verbais por parte do agressor; a segunda, em que ocorrem os atos de violência física em si; e a terceira, na qual o agressor demonstra arrependimento pelos comportamentos das fases anteriores. As três fases citadas, repetem-se sucessivamente, sendo que, com o passar do tempo, a fase de tensão começa a ser mais recorrente e a fase de arrependimento, mais rara. A repetição das fases ocorre até que a mulher consiga romper o ciclo ou que haja uma agressão fatal. No Brasil, esse comportamento se enquadra dentro da Lei Maria da Penha, como violência psicológica e possibilita a adoção de medidas protetivas de urgência e a busca por serviços de aconselhamento psicológico. (ALMEIDA et al., 2020, p. 60).

Já são dezessete anos de Lei Maria da Penha e nos últimos anos a lei passou por alterações que fortaleceram o aparato legal, veremos algumas a seguir:

- Em maio de 2019, a Lei nº 13.827/19 permitiu à aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, a mulher em situação de violência doméstica e familiar ou a seus dependentes. O dispositivo também determinou que o registro da medida protetiva de urgência seja feito em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ);

- Em junho do mesmo ano, a Lei nº 13.836/19 tornou obrigatório informar quando a mulher vítima de agressão doméstica ou familiar é pessoa com deficiência.

- Em setembro, a Lei nº 13.871/19 determinou a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados;

- No mês de outubro, as Leis nº 13.882/19 e 13.880/19 abrangeram, respectivamente, a garantia de matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio; e a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica;

- Ainda em outubro, entre as disposições, a Lei nº 13.894/19 previu a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável. A norma também estabeleceu a prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar;

- Já em 2.020, a Lei nº 13.984/20 estabeleceu obrigatoriedade referente ao agressor, que deve frequentar centros de educação e reabilitação e fazer acompanhamento psicossocial;

- Em julho de 2.021, a Lei nº 14.188/21 definiu o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher; modificou a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino; e criou o tipo penal de violência psicológica contra a mulher;

- E em 2.022, a Lei nº 14.310/22 determinou o registro imediato, pela autoridade judicial, das medidas protetivas de urgência em favor da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes.

Com isso, vemos que a Lei em seu texto faz todo o papel de amparo à mulher vítima de agressão doméstica e familiar, mas nem sempre foi assim.

3 A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA, NOS TERMOS DO ARTIGO 7, INCISO II, DA LEI Nº 11.340/2006

Conceituada a violência doméstica e familiar, resta agora falar sobre as formas de violência previstas no artigo 7º da Lei Maria da Penha, que assim dispõe:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Como dito anteriormente, no presente trabalho, o enfoque será sobre a violência psicológica, também conhecida como “agressão emocional”, dentro do âmbito familiar, ou seja, no relacionamento conjugal afetivo da vítima. Violência esta que, segundo a doutrina majoritária e o entendimento de profissionais atuantes na área, é sem dúvida a modalidade mais frequente, como ressalta DIAS (2012, p. 67), embora talvez seja a menos denunciada, por razões que vão desde o desconhecimento de que a conduta praticada pelo agressor seja criminosa, até o interesse em manter a família, ou por dependência econômica, e também por medo de represálias ou de piorar a situação que estão vivendo.

Pode-se dizer que os abusos psicológicos são muitas vezes invisíveis, BRASIL (2020). A princípio, pode ser confundido com afeto excessivo, levando a mulher a acreditar que o

abusador se preocupa com ela, mas com o tempo, a situação se agrava: insultos, humilhação, ameaças e manipulação para desacreditar a percepção e a saúde mental da vítima.

A complexidade em identificar a violência psicológica dentro de um relacionamento é o que dificulta sua exposição à denúncia. Uma relação abusiva é a soma de vários sofrimentos emocionais ao longo do tempo, existindo assim uma constância nas ações. Não sendo fácil identificar, pois não é determinada por uma ação isolada, mas sim por um conjunto de ações de desgaste emocional, sendo um adoecimento psicológico gradual e progressivo, onde a vítima se encontra envolta de afeto e ao mesmo tempo vivendo momentos de desgaste com brigas e insultos, e com tais atitudes não consegue entender o que realmente tem acontecido na relação, ou seja, se o parceiro gosta ou não dela, e com isso vai criando a chamada "dependência emocional", a qual vai aumentando a dificuldade na aceitação de que esta sofre agressões pelo parceiro.

"Geralmente a violência psicológica é a primeira a ocorrer e perdurar por todo o ciclo de violência". (ALMEIDA et al., 2020). Ela começa nos primeiros momentos em que a violentada não entende ainda o que está acontecendo em seu íntimo, mas já se percebe uma distorção em sua personalidade, além de comprometer sua autoestima, levando a uma percepção de si de forma mínima a realidade existente.

O crime de dano emocional à mulher é previsto pelo artigo 147-B do Código Penal, incluído pela Lei nº 14.188/2021, conhecida como programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, e digamos que a principal melhoria na referida lei foi a sua inserção no referido Código, ressaltando assim o crime de violência psicológica, como assim se segue:

Violência psicológica é toda e qualquer conduta que cause danos emocionais e diminuição na autoestima da mulher, que prejudiquem seu pleno desenvolvimento ou que visem a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação.

Esse tipo de violência é mais comum em relacionamentos afetivos, e são motivados pelas mais variadas atitudes, que para muitos são colocados como atitudes comuns e normais, mas para o abusador é sinônimo de culpa. Estes que muitas vezes agriem pelo simples fato de se sentir possuidor da "coisa", ter o sentimento de grandeza ao desestabilizar psicologicamente o outro e se mostrar superior e dono da situação.

A vítima desse tipo de violência por muitas vezes se sente inferior ao parceiro, se culpa pelas agressões, que com o tempo passam de verbais até chegar em agressões físicas, acabam acreditando que estão ficando loucas, convicção essa imposta pelos agressores, chegando ao ponto de viverem amedrontadas e envergonhadas por não conseguir ser ouvida e respeitada pelo seu parceiro, experimentando sentimentos de impotência e desespero, em um relacionamento que era para ser de amor e carinho, e não de medo.

Estudos mostram que as mulheres em situação de violência psicológica “[...] muitas vezes negam a situação, encobrem, escondem, não demonstram em público, ficam reclusas, não saem de casa, limitam-se socialmente, vivendo praticamente em condições de confinamento” (LUCENA, 2016, p.139-146). Podemos dizer que essa pessoa vive em cárcere privado dentro do próprio relacionamento afetivo, e isso se dá porque muitas vezes o parceiro se mostra uma boa pessoa para os outros ou mesmo de início para a companheira. Além disso, desculpas e promessas são ações comuns após episódios de violência sofrida.

Essa confusão perceptiva e as oscilações entre momentos de alegria e tristeza são alguns dos fatores que explicam por que o ciclo violento perdura por tantos anos, e como as agressões são muitas vezes consideradas por muitos como eventos normais na vida de um casal, o que não deve ser aceito como comum. Sendo o maior problema com esta modalidade, como mencionado, continua sendo a identificação da violência, já que os atos e comportamentos do agressor muitas vezes parecem não estar relacionados com o conceito de violência (SILVA; COELHO; CAPONI, 2017).

De fato, é inegável que no caso de abuso psicológico, a capacidade da vítima de resistir a qualquer violência diminui gradualmente, enquanto ela se torna suscetível a outros tipos de violência (FIORELLI; MANGINI, 2020). Assim, deixar um relacionamento abusivo é um processo longo e doloroso, que requer da vítima um conhecimento dos seus direitos e a aceitação de que tal situação acontece em seu meio familiar, e mais exatamente com ela. Infelizmente, esta é uma realidade que persiste até hoje, e embora a Lei Maria da Penha tenha feito progressos na luta contra a violência doméstica contra a mulher e suas várias modalidades, ainda assim, os índices de agressão às mulheres pelo próprio parceiro no País se mostram altos.

Em todos esses comportamentos, o ponto comum é o desejo de controle sobre a parceira. O agressor sempre tenta se impor e anular a companheira, mesmo que o faça de forma sutil, na verdade, o abusador não precisa gritar ou dizer palavrões para se envolver nessas formas de abuso. (BRASIL, 2020). Segundo HERMANN (2012, p. 106), a destruição da autoestima mina a capacidade de resistência da vítima e seu desejo de buscar auxílio.

“Privação de autoestima é condição psicologicamente patológica, imobilizante e configura, portanto, em subtração de liberdade.” Por sua vez, esse imobilismo e incapacidade de reação da vítima retira-lhe a mais expressiva manifestação da liberdade individual, qual seja a autodeterminação, assim entendida a autonomia, a capacidade de pensar por si próprio, de expressar opiniões.

Tal violência pode começar como um elogio distorcido, por exemplo, o parceiro elogia o corpo da parceira, dizendo que ela é tão bonita, que poderia vestir roupas mais ousadas, a vítima não notará de imediato que essa fala pode ser abusiva, pelo contrário, pode até parecer um elogio, mas não é, é uma depreciação disfarçada de elogio, uma interferência em suas escolhas. Esse tipo de crítica é tão sutil que parece imperceptível em uma análise desatenta, mas olhando com mais atenção, isso acontece como um adestramento, se a mulher fizer o que o abusador quer, ganha elogios e aprovação, se não o fizer, não ganha recompensas. (ALMEIDA et al., 2020)

Em síntese, a violência psicológica por sua natureza e peculiaridades, pode ser tão ou mais devastadora do que a violência física. No livro “Mas ele diz que me ama”, a autora PENFOLD (2006, p. 4/8), uma mulher de 35 (trinta e cinco) anos de idade, que relata ter passado de profissional bem sucedida à esposa maltratada, usa a história em quadrinho para contar o seu duro caminho na retomada da própria vida e na recuperação da autoestima, após um relacionamento de 10 (dez) anos com um homem ciumento e obsessivo. Os quadrinhos, que vão desde afirmações a si mesma tais como “talvez ele melhore”, “eu não deveria perdoar?”, “sei que ele não fez de propósito”, “ele pediu desculpa”, até a reflexão da culpa: “onde foi que eu errei?”, “como posso abandonar as crianças?”, mostram o eterno conflito psicológico em que vive a mulher vítima da violência doméstica psicológica ou física.

Na Lei Maria da Penha, vemos também a violência moral, na qual a lei define como “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”, que é um tipo de violência muito próximo da violência psicológica e, por isso, muitas vezes pode ser difícil distinguir uma da outra também.

4 CONSEQUÊNCIAS DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

Já vimos que a violência psicológica é uma forma de agressão caracterizada por constrangimentos, ameaças, humilhação, manipulação, chantagem, isolamento, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outra situação que cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação da vítima. (RODRIGUES, 2022).

Podemos perceber que a violência contra a mulher ainda é comum e está enraizada em todas as esferas, como por exemplo, no mercado de trabalho, nas relações amorosas, no cotidiano e na convivência feminina, gerando, sobretudo, severas consequências para

a saúde, como seqüela pós-traumática que podem afetar de tal forma a vítima que já se tornou um problema de saúde pública no Brasil e no mundo. (PSI U, 2022)

Com isso é normal que além dos aspectos físicos, a vítima desencadeie problemas como depressão, ansiedade, transtornos alimentares, distúrbios sexuais e de humor e ter toda a sua saúde impactada, apresentando também em muitos casos dificuldades para manter-se em um emprego e ter uma vida social ativa e feliz. Os danos desse trauma para o bem-estar feminino são ainda piores do que a violência das grandes cidades em que toda a população está sujeita, pois envolve a dor física da violência – muitas das vezes – e a dor psicológica da agressão, pois se torna ainda mais dolorida quando é praticada por alguém próximo da vítima, e por mais que a mulher sinta um sofrimento emocional, na maior parte das vezes, ela não consegue associar tal situação ao relacionamento amoroso. (PSI U, 2022).

Neste segmento, é necessário também enfatizar que este tipo de violência afeta não apenas a vítima, mas também os filhos e sua família em geral. As crianças podem ser severamente afetadas, pois testemunham constantemente o abuso, internalizam o comportamento e reproduzindo-os, podendo vir a desenvolver medos, replicar atitudes de violência, ter problemas no avanço escolar e ter disfunções no desenvolvimento, como fazer xixi na cama, ter medo de ficar sozinho, querer fugir de casa, entre outros problemas. Assim, para a sociedade como um todo os filhos são criados com pensamentos e comportamentos machistas e não há fim à vista para este problema de saúde pública (RODRIGUES; ARAÚJO, 2019).

Existem formas de identificar os sinais que podem indicar que uma mulher esta sendo vítima de violência psicológica, lembrando que a violência física não necessariamente ocorre após um ato de insulto, e nem sempre um depende do outro para acontecer, como por exemplo, perceber se a mulher se sente incapaz de ter sucesso na vida, ter dúvidas sobre sua capacidade intelectual, se sentir inferior ao companheiro, sentimento de estar sendo oprimida, perda do ânimo diante da vida, sentir culpa pelas discussões e pelos problemas na relação, esconder de amigos e parentes ou justificar certos tipos de comportamentos do parceiro.

Sofrer esse tipo de abuso é uma experiência devastadora para qualquer ser humano e deixa sempre vestígios difíceis ou, em alguns casos, impossíveis de apagar. Quando se trata de uma situação de abuso vinda do parceiro, as consequências psicológicas geralmente são muito profundas, especialmente por se tratar de alguém que você tenha afeto. Nunca é fácil enfrentar o fato de que a pessoa que convivemos também é uma fonte de problemas e que talvez a única saída seja deixá-la. Tudo isso faz parte da dinâmica perversa de um relacionamento abusivo.

Cunha e Pinto (2021) mencionam que na concepção psicológica, e esta é talvez a mais grave, as sequelas são:

Insônia, isolamento social, seja forçada quando o agressor proíbe a mulher de sair, ou voluntária, quando a mulher escolhe não sair porque sabe que se ela sair com seus amigos ou família, seu parceiro encontrará um motivo para discutir e, para evitar provocar novos conflitos no casal, ela escolhe voluntariamente não sair, um sentimento de vazio. Dificuldade em estabelecer confiança e laços saudáveis em um relacionamento que pode durar a vida inteira, transtornos alimentares, depressão, sensação de não conseguir a independência econômica, pois muitas são forçadas a deixar sua renda para o abusador, medo constante; baixa autoestima, ansiedade, altos níveis de estresse síndrome do pânico, culpa, problemas com álcool e drogas, transtorno de estresse pós-traumático, comportamento codependente, etc.

Em detalhes a sequela psicológica tem a ver principalmente com os danos à autoestima. Na verdade, quem tem pouca autoestima apresenta maior risco de cair nas mãos do agressor. Surgem sentimentos de culpa e desamparo, bem como estados de ansiedade e depressão. As sequelas físicas mais frequentes são problemas de sono, distúrbios digestivos, dores de cabeça, hipertensão e distúrbios respiratórios. Já nas sequelas sociais, na maioria das vezes, a vítima de abuso se isola, ela começa a deixar de ver seus amigos e, posteriormente, sua família, pois se sente indigno e envergonhado, além disso, é claro, para não incomodar seu parceiro, que costuma desconfiar desses encontros. (BRASIL, 2020).

Portanto, é justo ressaltar que todas estas consequências podem levar a duas situações fatais: o suicídio, quando a vítima não vê saída para seu sofrimento, e o feminicídio, quando degenera em violência física levando à morte. (BRASIL, 2020).

5 APOIO MULTIDISCIPLINAR ÀS VÍTIMAS

Reconhecer um caso de violência e saber onde buscar ajuda é requisito essencial para combater uma situação de abuso.

Nessa mesma linha, "prevenir" revela a preocupação com ações educativas, informativas e sociais, tais como as elencadas no artigo 8º da Lei nº 11.340/2006, por exemplo: promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral (inciso V); e a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia (inciso VIII).

Além disso, a lei prevê também a criação de serviços especializados para acompanhar casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, tais como: centros de apoio à mulher; abrigos; núcleos de defesa pública; serviços de saúde especializados e centros forenses, centros de justiça de defesa pública, centros de assistência social; centros de assistência social para vítimas de violência doméstica, Centros de educação e reabilitação de espancadores, Centros para o julgamento e educação de espancadores (todos no Artigo 35) e tribunais de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006, Artigo 29).

Hoje em dia é possível ainda comprovar a violência psicológica utilizando a tecnologia a seu favor. Qualquer evidência das ameaças e manipulações, como capturas de tela rápida de mensagens, por exemplo, servem como prova. Gravar conversas, ter testemunhas e laudos de profissionais para atestar as consequências dos abusos também influenciam no processo. (RODRIGUES, 2022).

Também é possível solicitar uma medida protetiva contra o autor. Essa medida protetiva de urgência entra em vigor quando há solicitação da vítima, sem necessidade de comprovar os atos. Neste caso, a palavra da mulher basta, até porque é um crime praticado em quatro paredes e as estatísticas mostram que a violência existe, então entende-se que a probabilidade de ser verdade é muito grande. (RODRIGUES, 2022).

A vítima também pode buscar apoio nos núcleos de Atendimento à Mulher nas Defensorias Públicas, Centros de Referência em Assistência Social, Centros de Referência de Assistência em Saúde ou nas Casas da Mulher Brasileira. Uma das inovações da Lei Maria da Penha é a possibilidade de apoio de equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais das áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Outra novidade é que a Lei Maria da Penha, autoriza a aplicação da lei às mulheres transexuais e também nas relações homoafetivas entre mulheres, como citado no artigo 5º, parágrafo único, da referida lei, estabelece que as relações independem de orientação sexual.

CONCLUSÃO

Desse modo, vemos que, a violência doméstica e psicológica contra a mulher não é algo novo dentro do ambiente familiar, mas sim uma situação que foi herdada de uma cultura patriarcal, junto ainda com uma sociedade machista, mas que com a criação de leis e unidades de apoio já temos um grande passo alcançado para tal situação, que já se tornou um problema de saúde pública.

Tivemos como objetivo de estudo, ver a relação entre a violência psicológica e as consequências geradas nas vítimas de um relacionamento abusivo, levando em

consideração que tal fato advém do parceiro íntimo da mulher, e em como é importante saber identificar uma relação abusiva psicológica, sendo essa identificação um tanto quanto complexa, muitas vezes.

Partindo do princípio de que as agressões vêm sendo criminalizadas e as formas de denúncia do autor tidas com maior facilidade, amparando assim a mulher e toda a família que sofre os abusos em questão, chega-se a conclusão que as leis trazidas com o passar dos anos é a principal forma de ajuda a vítima.

Nesse contexto é fácil que surja o seguinte questionamento a cerca do por que a mulher não vai embora? E a resposta vem como que instantânea, pois a vítima está tão envolvida na relação de violência, e encharcada por um meio social violento também, que naturaliza tal ação, não conseguindo assim se desgrudar fisicamente e emocionalmente do agressor e de sua família, muitas vezes por necessidades internas.

As mulheres não podem continuar sendo tidas como objeto de uso pessoal do parceiro, ou até mesmo da família. Elas precisam crescer conhecendo seus direitos e deveres dentro da sociedade – o que muitas vezes não é possível - para assim se posicionarem dentro do convívio social como iguais, ter seus direitos mantidos e exercidos, ter coragem de denunciar abusos e não se silenciar, só assim é possível romper essas tradições “antigas”.

Precisamos também levar em consideração de que, a criação de normas legais e os princípios nela contidos, não serão efetivados por si só, é necessário que a lei “saia do papel” e que a sociedade individual e coletiva seja educada para tal mudança de atitude, tanto no convívio familiar, quanto no social com outros indivíduos. É preciso continuar com os grupos de apoio, incentivando homens e mulheres a participarem desse aprendizado sobre gêneros, igualdade e respeito com o próximo, para assim se tornar mais eficaz as políticas públicas contra a violência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega de; *et al.* **Violência contra a Mulher: Lei Fácil**. Brasília: Edições Câmara, 2020. Disponível em: <<https://livraria.camara.leg.br/violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL, **Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha)**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 maio 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 maio 2023.

BRASIL, Destaques Psicologias do. **As consequências psicológicas de um relacionamento abusivo**. Psicologias do Brasil. 23/08/2020. Disponível em: <<https://www.psicologiasdobrasil.com.br/as-consequencias-psicologicas-de-um-relacionamento-abusivo/>>. Acesso em: 05 maio 2023.

CICLO da Violência: **saiba identificar as três principais fases do ciclo e entenda como ele funciona**. Instituto Maria da Penha, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>>. Acesso em: 02 abr 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça – A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar – Considerações à Lei nº 11.340/2006, comentada artigo por artigo**. Campinas: Servanda, 2012.

LUCENA, Kerle Dayana Tavares de; *et al.* **Análise do ciclo da violência doméstica contra a mulher**. Journal of Human Growth and Development, São Paulo, v.26, n.2, 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822016000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 03 abr 2023.

PENFOLD, Rosalind. **Mas ele diz que me ama**. Graphic novel de uma relação violenta. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

PSI U. **As consequências psicológicas da violência contra a mulher**. PsiU !, 22/02/2022. Disponível em: <<https://psicologassjc.com.br/as-consequencias-psicologicas-da-violencia-contra-a-mulher/>>. Acesso em: 13 maio de 2023.

RODRIGUES, Ana Luzia. **Violência Psicológica: O que é e como provar este tipo de crime?**. Rede Jornal Contábil, 20/04/2022. Disponível

em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/violencia-psicologica-o-que-e-e-como-provar-este-tipo-de-crime/>>. Acesso em: 12 maio de 2023.

RODRIGUEZ, Will; ARAÚJO, Fernanda. **Psicóloga explica como identificar e lidar com uma relação abusiva.** F5 News, 06/05/2019. Disponível em: <https://www.f5news.com.br/cotidiano/psicologa-explica-como-identificar-e-lidar-com-uma-relacao-abusiva-_55394/>. Acesso em: 01 maio de 2023.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência.** 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de; **Violência silenciosa:** violência psicológica como condição da violência física doméstica. In: Interface – Comunicação, Saúde, Educação, v.11, n. 21, jan/abril 39 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/icse/a/9SG5zGMVt4VFDZtzbX97MkP/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 01 dez 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Morais da. **Violência doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006.

COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

PAULO HEURISON XIMENES DE AQUINO GUEDES:
Acadêmico em Direito na Universidade Federal do Amazonas (UFAM) ³¹⁹

LUCAS NUNES DO VALE QUEIROZ ³²⁰

(coautor)

RESUMO: O presente artigo trata acerca da coisa julgada em matéria tributária. A coisa julgada é uma garantia fundamental do ordenamento jurídico, que visa assegurar a estabilidade das decisões judiciais e a segurança jurídica das relações sociais. O escopo, portanto, desse projeto é elucidar como se dá a obrigação tributária de trato sucessivo em face da coisa julgada se o Supremo Tribunal Federal declare constitucional a norma que era favorável ao contribuinte. O método de pesquisa se deu através de decisões do STF e de acordo com o posicionamento doutrinário a respeito da coisa julgada. Método dedutivo-indutivo.

Palavras-chave: Norma tributária. Coisa julgada. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA; 3. COISA JULGADA; 3.1. Coisa material; 3.2. Limites objetivos da coisa julgada; 3.3. Limites subjetivos da coisa julgada; 4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por escopo analisar os efeitos, bem como os limites objetivos e temporais da coisa julgada em matéria tributária nas relações de trato sucessivo, especialmente, em situações de posterior posicionamento da Corte Suprema do Brasil em sentido contrário do já estabelecido no âmbito da coisa julgada, em sede de controle abstrato.

Em recentes decisões do STF abordaram a coisa julgada material no que tange, notadamente, à matéria tributária, RE 949297 (Tema 881) e RE 955227 (Tema 885). Portanto, suscita pertinência científica se os conteúdos desses temas estão alinhados com

319 E-mail: paulo.heurison@gmail.com

320 Acadêmico em Direito na Universidade Federal do Amazonas (UFAM), inscrito respectivamente sob a matrícula n.º 21854998. Graduanda do 10º Período – 2022/1º Semestre (2023).

a Constituição Federal de 1988, especialmente, quanto aos direitos fundamentais do contribuinte.

Para o referido exame serão estudados se as relações jurídicas tributárias de trato sucessivo têm a possibilidade de serem modificadas embora haja decisão a favor do contribuinte. Portanto, verificará a natureza jurídica das normas, o tipo de obrigação e a natureza do aspecto da formação da coisa julgada e se os fatos amoldam para imutabilidade.

Portanto, a coisa julgada é um instituto do direito processual que garante a segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais, impedindo a revisão de decisões já transitadas em julgado. No entanto, em se tratando de obrigações de trato sucessivo, a coisa julgada pode ter limites objetivos e temporais, conforme decisão do STF de repercussão geral nº 885, que abordou a matéria tributária.

2. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Antes de termos em mente como se dará a coisa julgada nas relações de trato sucessivo, deve-se, antes de tudo, trazer à baila as razões de se aperfeiçoar a obrigação, o lançamento e posterior a discordância em ação judicial a fim de declarar a inexistência da relação jurídica tributária.

Nesse diapasão, a relação jurídica tributária se dá entre Estado-fisco e contribuinte em que este, no mundo dos fatos, encaixa a sua conduta em uma hipótese de incidência criada por aquele. Ou seja, vislumbra-se uma situação descrita em lei (hipótese de incidência), recortada pelo legislador entre diversos fatos, a qual, uma vez concretizada no fato gerador, - pelo contribuinte - enseja o surgimento da obrigação principal.

Essa relação emerge por dois fatores: a hipótese de incidência e o fato gerador. O primeiro se liga a que está descrito na lei e o segundo consiste numa conduta do contribuinte encaixada na figura típica tributária. Este, aliás, é o posicionamento de Eduardo Sabbag³²¹, que primeiramente conceitua HI: "Caracteriza-se pela abstração, que se opõe à concretude fática, definindo-se pela escolha feita pelo legislador de fatos quaisquer do mundo fenomênico, propensos a ensejar o nascimento do episódio jurídico-tributário" e posteriormente, o FG "é a materialização da hipótese de incidência, representando o momento concreto de sua realização, que se opõe à abstração do paradigma legal que o antecede."

³²¹ Sabbag, Eduardo Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 949.

Nessa estrutura surge a obrigação tributária que nada mais é que a coligação desses dois fatores para o nascimento posterior do lançamento tributário.

Prosseguindo, faz-se necessário fazer um recorte sobre obrigação. É cediço que a definição de obrigação, em matéria tributária, extrai-se do direito civil, posto que, a doutrina dominante diz que o direito tributário é um sobredireito em que outros ramos se entrelaçam para subsidiar a interpretação e aplicação do direito tributário.

Nesse sentido, verifica-se conceituação civilista de obrigação, conforme preleciona Washington de Barros Monteiro, na qual consiste numa:

“a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio” (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1979. v. IV, p. 8)

Outro doutrinador segue a mesma linha, tal como Álvaro Villaça Azevedo que

“a obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para a satisfação de seu interesse”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 31).

Portanto, a obrigação se perfez numa relação jurídica de cunho pessoal transitória econômica na qual se estabelece entre credor e devedor, em que este retira o quinhão do seu patrimônio para adimplir com aquele.

Umbilicalmente ligado a essa conceituação emerge a obrigação tributária que se dá entre o Estado, sujeito ativo, e Contribuinte, sujeito passivo, o qual se obriga a pagar determinada quantia para aquele por motivo de sua conduta se amoldar a lei.

Inclusive, esse é o posicionamento de Kiyoshi Harada em que:

“obrigação tributária como uma relação jurídica que decorre da lei descritiva do fato pela qual o sujeito ativo (União, Estados, DF ou Município) impõe ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável tributário) uma prestação consistente em pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, § 1º, do CTN), ou prática ou

abstenção de ato no interesse da arrecadação ou da fiscalização tributária (art. 113, § 2º, do CTN). " (HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário – 27. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 663).

Ante a necessidade de se derivar, no que se refere à relação jurídica de trato sucessivo, do civilista Carlos Roberto diz que

“tem-se uma obrigação de trato sucessivo, que é aquela cuja prestação se renova em prestações singulares sucessivas, em períodos consecutivos, como sucede na compra e venda a prazo, no pagamento mensal do aluguel pelo locatário e do consumidor de água ou de energia elétrica” (Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil 1 : esquematizado® : parte geral : obrigações e contratos / Carlos Roberto Gonçalves. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza) p.548)

Nessa toada, pode-se dizer que a obrigação de trato sucessivo em matéria tributária é aquela que se renova ao longo do tempo, exigindo do contribuinte o cumprimento de uma obrigação de forma continuada e periódica enquanto a sua conduta se enquadra na hipótese de incidência, tal como Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL).

Esse conceito será abordado quanto aos efeitos temporais da coisa julgada se os fatos declarados pela existência ou inexistência serão prospectivos, haja vista a imutabilidade deste instituto.

3. COISA JULGADA

A coisa julgada é um instituto jurídico que garante a segurança e a estabilidade das decisões judiciais, impedindo que uma mesma questão seja novamente discutida nos tribunais. Dessa forma, a coisa julgada pode ser definida como a imutabilidade e a indiscutibilidade de uma decisão judicial, após esgotados todos os recursos previstos em lei, bem como o escoamento do prazo de impugnação autônoma.

Isso conforme conceituado por diversos doutrinadores, entre eles o jurista Nelson Nery Júnior³²². De acordo com ele a coisa julgada é a imutabilidade da decisão judicial proferida com trânsito em julgado, isto é, aquela que não pode mais ser modificada por qualquer meio processual.

³²²Junior e Nery, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade - Código de Processo Civil Comentado a 17.^a edição Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters. 2018, p. 1202

Portanto, a coisa julgada é uma característica dos efeitos da sentença ou decisão interlocutória de mérito que a torna imutável após o esgotamento de todos os recursos previstos em lei. Ela portanto, não é um efeito em si, como a condenação, declaração ou constituição, mas, sim, uma qualidade desses efeitos, que confere a eles a imutabilidade. Em outras palavras, a coisa julgada é a garantia de que a decisão proferida pelo juiz será definitiva e não poderá mais ser questionada ou modificada³²³.

A proteção desse instituto jurídico se extrai da Constituição Federal de 1988 que garante o direito à coisa julgada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", garantindo a imutabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado. (citação da cf/88).

Dessa forma, é uma aplicação prática do princípio da segurança jurídica, uma vez que encerra de maneira definitiva a controvérsia acerca de uma determinada situação jurídica, estabelecendo um direito adquirido reconhecido judicialmente. Por sua vez, pode apreender um aspecto objetivo de preservação da segurança jurídica que está ligado à coisa julgada: a intangibilidade da coisa julgada pela legislação ou por decisão contrária posteriormente.

A inviolabilidade da coisa julgada pela legislação subsequente é considerada um direito fundamental, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Inclusive pode-se inferir que na coisa julgada a proteção é total, visto que a Carta Federal de 1988 não distingue a formal e a material, tais como se pode depreender: o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. A partir desse pensamento, falar-se em coisa julgada formal e material.

A coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe nas palavras de Couture, quando à condição de inexpugnável no mesmo

323 Gonçalves, Marcus Vinicius Rios Processo de conhecimento e procedimentos especiais / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. - Curso de direito processual civil vol. 2 – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.p 147

processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior (Fundamentos do direito processual civil).

Já para Wilson de Souza Campos Batalha³²⁴, coisa julgada formal significa sentença transitada em julgado, isto é, preclusão de todas as impugnações e coisa julgada material, por sua vez, significa o bem da vida, reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se a proteção assegurada pela Lei Maior é atribuída tão somente à coisa julgada material ou também à formal. O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas.

3.1. Coisa material

Antes de abordar sobre a coisa julgada material, deve-se, antes de tudo, fazer diferenciação da coisa julgada formal com aquela. Nesse sentido, infere-se que a formal é condição em que uma sentença torna-se inalterável e não pode ser mais contestada no decorrer do processo em que foi emitida, ou seja, os efeitos são endoprocessual precluindo, portanto, o direito de recorrer. Por sua vez, a outra estende para além do processo que foi prolatada a decisão judicial.

Veja o que diz a melhor doutrina:

“coisa julgada formal se refere à indiscutibilidade e à imutabilidade de uma decisão no âmbito do processo em que proferida. É uma estabilidade endoprocessual da decisão e, por isso, distingue-se da coisa julgada propriamente dita (chamada de coisa julgada material), que se projeta para fora do processo em que produzida.” (Didier Jr, Oliveira, Braga, Fredie, Curso de Direito Processual Civil 2, ed. Salvador, março de 2015.)

Prosseguindo, agora, a coisa julgada material se vincula às decisões que analisam o mérito da causa e se refere à permanência imutável não apenas da sentença em si, mas também dos seus efeitos. Esse efeito é extensivo além do processo em que a decisão foi proferida, impedindo que a mesma pretensão seja reexaminada em um novo julgamento, com os mesmos fundamentos. (Gonçalves, Marcus Vinicius Rios Processo de conhecimento e procedimentos especiais / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. - Curso de direito processual civil vol. 2 – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p 148)

324 BASTOS, Celso. Dicionário... Op. cit. p. 20

Essa digressão tem como fundamento legal o art. 502, no CPC/15: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Aliás, o mestre Humberto Theodoro Júnior³²⁵ explica que de acordo com o CPC, a coisa julgada material se restringe somente às decisões que analisam o mérito da causa, não se aplicando a sentenças terminativas que não se debruçam sobre o mérito da questão. Portanto, sentenças que anulam o processo ou que o extinguem sem julgar a procedência ou improcedência do pedido não geram coisa julgada material, mas apenas formal.

3.2 Limites objetivos da coisa julgada

O limite objetivo da coisa julgada se refere à imunização de ulteriores discussões, tornando-se imutável e indiscutível. Ou seja, eficácias da decisão judicial transitada em julgado, de forma restringem-lhe ao objeto litigioso e aos vícios formais ou materiais passíveis de serem corrigidos na própria ação ou recurso.

Nessa linha, de acordo com os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior³²⁶, refere-se aos efeitos da decisão judicial que se estendem apenas às questões efetivamente decididas pelo órgão jurisdicional. Isso significa que a coisa julgada produz seus efeitos de forma limitada, abrangendo somente os pontos que foram decididos na sentença, não podendo ser estendida a outros pontos não abordados na decisão.

Em outras palavras, a coisa julgada tem um alcance limitado às questões que foram expressamente decididas pelo juiz na sentença, não abrangendo assuntos não discutidos no processo ou que não foi objeto de decisão na sentença. Isso decorre do princípio da congruência, que determina que a decisão judicial deva estar em conformidade com o que foi pleiteado pelas partes, delimitando o objeto da lide.

Nesse sentido, Flávio de Sá Munhoz³²⁷, em sua dissertação de mestrado, diz que o exemplo clássico é a execução fiscal que limita o período de lançamento tributário objeto da controvérsia discutida.

³²⁵ Theodoro Júnior, Humberto, Curso de direito processual civil. 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1124)

³²⁶ Theodoro Júnior, Humberto, Curso de direito processual civil. 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1132)

³²⁷ Munhoz, Flávio de Sá. Coisa julgada em matéria tributária, 2019. p. 56.

Seguindo, a Súmula 239 do STF possui o conteúdo de “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Que se pode inferir, através dessa súmula, é a não conservação dos efeitos da coisa julgada para lançamentos posterior que não seja aquele objeto de discutida do atual processo.

Cassio Scarpinella Bueno³²⁸, diz que essa súmula deve ser afastada para os casos de relações jurídicas de trato sucessivo, ou seja, quando a condição da relação outrora discutida se mantenha inalterada – matéria de fato e de direito -. “relação jurídica permanente (...) enquanto não houver alteração de fato e de direito levadas à conta na decisão transitada em julgada”.

No entanto, não é isso que o STF, em recente decisão, assentou em seu entendimento, pois conforme haja a declaração de constitucionalidade concentrado e difuso de repercussão geral, em que pese haja decisão com trânsito em julgado favorecendo o contribuinte inalteradas as matérias de fato e de direito, o fisco pode se valer desta decisão e cobrar valores pretéritos que estavam sob o manto da coisa julgada sem a necessidade de se utilizar dos instrumentos processuais para sua desconstituição. Portanto, verifica-se a quebra da segurança jurídica, principalmente, do postulado da confiança legítima das decisões judiciais.

3.3 Limites subjetivos da coisa julgada

De acordo com Fredie Didier Jr.³²⁹, os limites subjetivos da coisa julgada referem-se às pessoas ou partes envolvidas na demanda e que são afetadas pelos efeitos da decisão judicial. Em outras palavras, a coisa julgada só produz efeitos em relação às partes que participaram do processo e que foram diretamente afetadas pela decisão.

Isso significa que, uma vez proferida a sentença, ela produz efeitos apenas entre as partes envolvidas no processo, não podendo ser estendida a terceiros não participantes.

Pode-se fazer um comparativo, por exemplo, no caso da decisão judicial transitada em julgada que declara a inexistência sobre determinado IPVA em favor do contribuinte A que possui uma peculiaridade. Posteriormente, A aliena esse móvel a B. Nesse caso, não obstante possa dizer que decisão judicial possa ser passa albergada pelo

³²⁸ Bueno, Cassio Scarpinella. Coisa julgada em matéria tributária e o CPC de 2015: considerações sobre a súmula 239 do STF cit., 310.

³²⁹ (Didier Jr, Oliveira, Braga, Fredie, Curso de Direito Processual Civil 2, ed. Salvador, março de 2015.p. 542)

B, isso não é verdade, posto que as condições de fato se modificaram. Logo, a coisa julgada subjetiva atrela-se apenas ao sujeito da relação jurídica tributária originária.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de compatibilidade entre a norma superior (Constituição) e norma inferior (infraconstitucional). Dessa forma, infere-se que as normas de baixa escalação retiram sua validade e existência da Constituição Federal.

Alinhando a esse pensamento o autor Uadi Lammêgo Bulos³³⁰ diz que o controle de constitucionalidade é uma técnica jurídica destinada a verificar a adequação das normas inferiores (leis, decretos, regulamentos) à Constituição Federal, que é a norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

O doutrinador Pedro Lenza³³¹, ainda, diz que o controle de constitucionalidade é um mecanismo de proteção da Constituição, que tem como objetivo verificar a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais.

O controle de constitucionalidade é fundamental para a garantia da supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais. Além disso, ressalta-se que esse controle pode ser exercido de duas formas principais: pelo controle difuso e pelo controle concentrado.

No controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode verificar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em um caso concreto, sendo que a decisão produzirá efeitos apenas para as partes envolvidas no processo em regra. Por seu turno, o controle concentrado é exercido por um órgão específico, o Supremo Tribunal Federal (STF), e a decisão produz efeitos gerais e abstratos para toda a sociedade.

Por fim, de forma genérica a Constituição Federal de 1988 prevê diversos instrumentos de controle de constitucionalidade, tais como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o mandado de segurança coletivo, entre outros.

³³⁰ Bulos, Uadi Lammêgo Curso de direito constitucional. - 8. cd. rcv. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 -Seio Paulo: Saraiva, 2014. p., 186

³³¹ Lenza, Pedro Direito constitucional esquematizado® / Pedro Lenza. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado ®), p., 334

Deve merecer destaque os efeitos da decisão, tanto os efeitos de controle abstrato e difuso. O primeiro se relaciona a ser *erga omnes* e retroativos, exceto se a maioria absoluta da Corte Suprema entender que motivos excepcionais como econômicos, políticos e jurídicos fazem com que sejam prospectivos os efeitos, de acordo com art. 54 da Lei 9.784/99.

Enquanto, aos feitos do controle difuso é inter partes, exceto se houver Repercussão Geral.

Vale ressaltar, a possibilidade haver Repercussão Geral em controle de constitucionalidade. Faz-se necessária uma breve explanação deste instituto processual que foi inserido na Constituição por meio da EC nº 45/2004, com intuito de aperfeiçoamento da justiça no Brasil. Assim, a repercussão geral é prevista no art. 102, § 3º da Constituição Federal e no art. 1.035 do Código de Processo Civil.

Os requisitos para surgimento dela é, primeiramente:

Apresente um debate constitucional³³² relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, pois seu caráter é público e que o julgamento da matéria é relevante não apenas às partes do processo, mas que os efeitos da decisão afetam mais pessoas do que aquelas envolvidas na demanda (CPC. art. 1,035, § 1.)

A existência da Repercussão Geral somente pode ser constatada pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se, aqui, de uma competência absoluta, que estando presente, segue-se a análise do mérito do recurso (CPC. art. 1.035, § 2.)

O recurso obtiver a intenção de combater acórdão (decisão do órgão colegiado de um tribunal) que seja contrário a súmulas (entendimento pacífico de um tema) ou jurisprudência (decisões recorrentes no mesmo sentido) do STF ou se esse acórdão tiver reconhecido uma Lei Federal ou Tratado internacional que seja inconstitucional (a Lei ou o tratado são contrários a Constituição Federal).

Portanto, é possível que aquela controvérsia surgida em primeiro grau, desde que haja prequestionamento, seja apreciada pelo STF para declarar a inconstitucionalidade ou não da norma.

Por derradeiro, faz-se necessário abordar a coisa julgada no controle de constitucionalidade. Nesse sentido, os mecanismos para que determinada norma seja

332 (CPC. Art. 1.035, § 3º) (<https://www.politize.com.br/repercussao-geral-stf/#:~:text=A%20Repercuss%C3%A3o%20Geral%20para%20o,Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e%20no%20art.>)

declarada inconstitucional antes ou depois da coisa julgada tem essa possibilidade, pelo menos, no CPC/15, no art. (§ 8º do artigo 535, do CPC).

Esse dispositivo legal traz duas possibilidades:

O primeiro caso, é quando o STF declara a inconstitucionalidade da norma a favor do contribuinte antes da coisa julgada e, neste caso, o fisco deve impugnar na fase de execução que é inexigível a cobrança, pois ela está pautada em norma jurídica inexistente.

O segundo caso é quando o STF declara a inconstitucionalidade da norma a favor do contribuinte depois de transitar em coisa julgada e, neste caso, o Fisco fica impossibilitado de impugnar no cumprimento de sentença restando a ele ação rescisória a qual é contada a partir da última decisão do processo, conforme previsto no art. 975 do CPC e apregoa que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

Outro ponto que merece destaque é referente à relação de trato sucessivo, porquanto na forma do artigo 505, I, do CPC, diz que não se conservarão os feitos da coisa julgada caso haja a inalterabilidade do estado de fato e de direito. E de direito pode-se inferir, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade.

Confira-se a propósito a lição de Antônio do Passo Cabral:

“(…) Modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica de trato continuado (e o próprio direito) e que legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir e novo pedido), a chamada ação de revisão ou ação de modificação. A coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado (a eficácia preclusiva só atinge aquilo que foi deduzido ou poderia ter sido deduzido pela parte à época da decisão).

(…)

Ao deparar-se com a ação de revisão, o juiz estará julgando uma demanda diferente, pautada em nova causa de pedir (composta por fatos/direito novos) e em novo pedido. Com isso, gerará uma nova decisão uma nova coisa julgada, sobre esta nova situação, que não

desrespeitará, em nada, a coisa julgada formada para a situação anterior.

(...)

A nova decisão, proferida em ação de revisão, não desconhece nem contraria a anterior. Trata-se de uma nova decisão, proferida para uma nova situação – cujos pressupostos e elementos constitutivos já variaram com o passar o tempo. Na verdade, a decisão proferida em tais situações contém em si variação da cláusula rebus sic stantibus, que permite sua adaptação ao estado de fato e ao direito supervenientes.” (CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo. (coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil - 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 771)

Interessante mencionar que a doutrina é uníssona quanto aos efeitos dessa declaração, isto é, a ciência do direito assenta que deve ser *ex nunc*, pois a relação jurídica albergada pela coisa julgada ultrapassada o prazo de dois anos da ação rescisória, bem como o direito já adquirido pelo contribuinte, não deve ser vilipendiado mesmo pelo controle abstrato ou por recurso extraordinário de repercussão geral que reconheça a constitucionalidade da norma tributária.

Vejo pensamento do Heleno Torres:

“Neste sentido, distingue-se a coisa julgada garantidora de fatos jurídicos perfeitos (oponível ad preteritum), cuja imutabilidade deve ser preservada como efeito de direito fundamental, à qual não se opõe qualquer possibilidade de resistência ou revisão (i); da coisa julgada garantidora de direito in abstracto (ad futurum), que decorre de decisão em ação declaratória como ato jurisdicional prescritivo, no qual a coisa julgada deve adequar-se à unicidade do sistema constitucional (evitar discriminação, garantir equilíbrio de concorrência etc.), ao que se impõe a cessão dos seus efeitos caso sobrevenha decisão do STF em sentido contrário (ii). Em nenhuma hipótese, porém, deve-se admitir a retroatividade desconstitutiva da coisa julgada em relação aos fatos passados, submetidos ao regime assentado na respectiva sentença judicial.”(<https://www.conjur.com.br/2019-abr-03/consultor-tributario-limites-revisao-coisa-julgada-decisao-supremo>)

A par de toda explanação feita em recente decisão do Supremo Tribunal Federal³³³ a respeito da relação continuada no que refere a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) assentou que uma decisão definitiva, a chamada “coisa julgada”, perde seus efeitos caso a Corte se pronuncie em sentido contrário. Isso porque, de acordo com Egrégio Tribunal, uma decisão, mesmo transitada em julgado, produz os seus efeitos enquanto perdurar o quadro fático e jurídico que a justificou. Havendo alteração, os efeitos da decisão anterior podem deixar de se produzir. Nesse sentido, mitigou-se ainda mais os efeitos da decisão.

O ponto que merece observação que, nos dizeres do Ministro Barraso³³⁴ “A insegurança jurídica não foi criada pela decisão do Supremo. A insegurança jurídica foi criada pela decisão de, mesmo depois da orientação do Supremo de que era devido, continuar a não pagar e a não provisionar. (...) Se você for num cassino e fizer uma aposta você está num quadro de insegurança jurídica e pode ganhar ou perder. De modo que a partir do momento em que o Supremo diz que o tributo é devido, quem não pagou ou provisionou fez uma aposta”, ou seja, não houve modulação dos efeitos da decisão prospectivos. Portanto, aqueles que desde 2007 não pagaram o referido tributo terão que recolher os últimos 5 (cinco) anos, bem como reconheceu a repercussão geral da decisão.

Confira a tese fixada no julgamento:

“1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.

2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

333 <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502140&ori=1>

334 <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502140&ori=1>

A coisa julgada em matéria tributária é uma instituição fundamental do Direito que confere estabilidade e segurança jurídica às decisões judiciais. No entanto, essa estabilidade não é absoluta, sujeita-se aos limites objetivo e temporal.

Entre os limites objetivos da coisa julgada em matéria tributária, destacamos o erro material, a fraude à lei, o vício de consentimento e a inconstitucionalidade. Já entre os limites temporais, destacamos o prazo prescricional, a decadência e a modificação da jurisprudência.

É importante ressaltar que a análise da coisa julgada em matéria tributária deve ser realizada com base em uma análise criteriosa das circunstâncias do caso concreto, levando em consideração os princípios do Direito Tributário, como a legalidade, a isonomia, capacidade contributiva e a irretroatividade.

Em recente posicionamento, o STF inovou sobre a relativização da coisa julgada, porquanto basta que haja decisão em controle de constitucionalidade abstrato e difuso – de Repercussão Geral – que a eficácia daquele instituto seja desconstituída automaticamente bastando a publicação do acórdão exarado ao contrário do sentido da sentença favorável ao contribuinte, sem a necessidade de a fazenda pública utilizar de meios processuais autônomos.

Esse precedente traz uma perigosa transgressão às garantias do contribuinte, posto que a inovação do STF macula todo o sistema jurídico de proteção a uma possível ilegalidade e inconstitucionalidade de exação que, embora o poder judiciário nas instâncias ordinárias dê procedência a favor do contribuinte sem a possibilidade de recurso e de impugnação, é possível que seja cobrada posteriormente o tributo mesmo que esteja inalteradas as matérias de fato e de direito acobertas pela coisa julgada.

É fundamental que os operadores do Direito, tanto na esfera pública quanto na privada, tenham consciência desses limites e os apliquem de forma adequada, a fim de garantir a justiça e a segurança jurídica no sistema tributário.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Coisa julgada em matéria tributária e o CPC de 2015: considerações sobre a súmula 239 do STF**. Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/028.pdf>. Acesso em: 13/04/2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. – 8ª ed. rcv. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 -Seio Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo. (coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil - 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 771

DIDIER JR, Oliveira, Braga, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Salvador, 2015.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 1 : esquematizado: parte geral : obrigações e contratos** / Carlos Roberto Gonçalves. – 8ª ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza).

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Processo de conhecimento e procedimentos especiais** / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. - Curso de direito processual civil vol. 2 – 16ª Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário** – 27ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**/ Pedro Lenza. – 23ª ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizada)

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1979. Vol. I

MUNHOZ, Flávio de Sá. **Coisa julgada em matéria tributária**, 2019.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário** / Eduardo Sabbag. – 9ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de direito processual civil**. 59ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. Limites à revisão de coisa julgada após decisão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-03/consultor-tributario-limites-revisao-coisa-julgada-decisao-supremo>. Acesso em: 15/04/2023.

Sem autor: Entenda a decisão sobre “coisa julgada” na área tributária tomada pelo STF. Supremo Tribunal Federal. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502140&ori=1>. Acesso em: 12/02/2023.

A CONTRIBUIÇÃO DOS FILÓSOFOS DA ANTIGUIDADE NA EDUCAÇÃO E DIDÁTICA DO ENSINO SUPERIOR NA ATUALIDADE E A DEFICIÊNCIA DA CONTINUIDADE NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA METODOLOGIA DIDÁTICA DA DOCÊNCIA DO ENSINO SUPERIOR.

ALESSANDRA CRISTINA SANTANA PICANÇO LIMA:

Pós-graduada em Direito pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI ³³⁵

RESUMO - Este trabalho é um breve passeio pelos pensadores da antiguidade, fatos que influenciaram a educação e a metodologia utilizada hoje em instituições de ensino ao redor do mundo. Discute a influência do processo sofrido pelos grandes filósofos, que buscavam principalmente a liberdade de pensamento e sua difusão nos mais diversos estratos sociais. A evidente influência de todos os níveis de ensino, a necessidade de inovações relacionadas à didática na atualidade no que diz respeito ao grande avanço da tecnologia da informação. Tendo em vista os avanços tecnológicos, é importante destacar o aumento das modalidades de ensino a distância. No entanto, mostra a necessidade de educação continuada para acompanhar as mudanças educacionais e não distorcer fatos históricos no campo da pedagogia, bem como mesclar o uso de ferramentas existentes neste campo e aprimorar cada vez mais ferramentas no campo de ensino, resultando em uma didática constante e atualizada. Na Antiguidade, ocorreram mudanças fundamentais em nossa cultura, tornando-a cada vez mais científica, diferenciada e especializada, tanto em termos de objetivos quanto de métodos.

Palavras-chaves: Educação. Didática. Inovação. Metodologia.

ABSTRACT - This work is a brief tour of the thinkers, facts that influenced education and the methodology used today in educational institutions around the world. It discusses the influence of the process suffered by the great philosophers, who mainly sought freedom of thought and its diffusion in the most diverse social strata. The evident influence of all levels of education, the need for innovations related to teaching today with regard to the great advances in information technology. In view of technological advances, it is important to highlight the increase in distance learning modalities. However, it shows the need for continuing education to keep up with educational changes and not distort historical facts in the field of pedagogy, as well as merge the use of existing tools in this field and improve more and more tools in the field of teaching, resulting in constant didactics. and updated. In antiquity, fundamental changes took place in our culture, making it increasingly scientific, differentiated and specialized, both in terms of goals and methods.

335 E-mail alessandrapicano5@hotmail.com

Keywords: Education. Didactics. Innovation. Methodology.

1. Introdução

Breve relato, de acordo com o período a que corresponde e a localização geográfica na antiguidade.

Abecedarian é a eclosão da escrita e do Estado na antiguidade oriental; A Egípcia Este povo desenvolve a escrita a partir de 3500 a.C. em hieróglifos, a Arte Egípcia 3.000a.C., representa o dia-a-dia da civilização, marcada por diferentes momentos históricos. A Babilônia Predomina o poder da classe sacerdotal, estes possuem bibliotecas, percepção de astrologia, procuram a prestância prática do sapiência, a Índia é uma civilização marcada pela divisão social em castas. A Educação acontece de forma preconceituosa, a China a Educação é conservadora mantendo-se até recentemente voltada à propagação, apoiada nos livros explanatórios de Lao Tsé e Confúcio que datam do terceiro milênio a.C., a de Hebreus sua educação é marcada pela devoção, as propostas pedagógicas Orientais da antiguidade baseiam-se nos livros divinizados, possuem o objetivo da educação moral de acordo com a vida religiosa, impostos por cada civilização. Essas transformações são primordiais para o surgimento do pensamento filosófico, considera-se como período clássico (séculos V e IV a.C.). Neste período, launch a ideia pedagógica associada à formação do cidadão, este modelo prestigiou toda a educação do Ocidente.

2.Desenvolvimento

2.1. As Contribuição dos filósofos

Sócrates - Através do método que valorize a crítica e o pensamento autônomo do aluno, Sócrates contribui para o desenvolvimento de novas metodologias na educação, buscando uma formação mais humanitária e libertadora para os seus alunos. É necessário, segundo Sócrates, uma reflexão sobre a vida e a qualidade de vida.

Aristóteles - acreditava que educar para a austeridade era também um modo de educar para viver bem Aristóteles sugere uma educação inicia-se na infância, quando a criança recebe as primeiras lições de sua família. Isso vale também para os jovens, que devem receber educação pública e também ser educados na polis. Este molde de educação está interligado ao longo da vida de um cidadão adulto.

2.2. Métodos didáticos utilizado na antiguidade pelo filosofo Aristóteles.

Já se passaram mais de 2.300 anos desde o último dia da período aristotélica na Grécia antiga, mas a pesquisa e o trabalho de Aristóteles permanecem tão influentes hoje quanto sempre. Alguns deles são: - A lógica do silogismo categórico - Essas premissas

sempre têm um termo comum ou médio para associá-las, mas esse termo de ligação está ausente na conclusão. Essas proposições ou premissas foram fornecidas como fatos ou simplesmente tomadas como suposições. Essas duas premissas podem ser concluídas como "Sócrates é mortal"; - Classificação de Seres Vivos - Em seu livro, *Historia Animalium* ou *História dos Animais*, Aristóteles Ele usou traços que são comuns entre certos animais para classificá-los em grupos semelhantes; - Fundador da Zoologia - Como é evidente a partir de sua classificação dos seres vivos, todos zilches seus procedimentos de classificação e vários outros tratados envolveram primariamente diferentes espécies do reino beast. No entanto, ele escreveu uma série de tratados que giravam em torno de diferentes aspectos da zoologia também; - Contribuições em Física - É verdade que, enquanto Aristóteles estabeleceu novas fronteiras no down das ciências da vida, seus empreendimentos na física não são comparáveis. Seus estudos em física parecem ter sido altamente influenciados por idéias pré-estabelecidas de pensadores gregos contemporâneos e anteriores. Da mesma forma, Aristóteles acreditava que qualquer tipo de mudança significava que algo estava em movimento; - Influências na História da Psicologia - Aristóteles foi o primeiro a escrever um livro que tratava das especificidades da psicologia *De Anima* ou *On the Soul*. Talvez o destaque de suas observações psicológicas tenha sido a delicada conexão que liga a psicologia humana à fisiologia humana. Suas contribuições foram um salto gigantesco da psicologia da período pré-científica que o antecedeu e nos levaram a uma período de análises qualitativas e quantitativas muito mais precisas; - Ética - Um ensaio de sintetizar zilches pecuniosos articularidades da ética aristotélica dentro dos limites de um par de parágrafos não fará justiça a ela. A ética nichoqueana evidencia-se como um vultoso destaque das interpretações de Aristóteles. A ética aristotélica delineia as diferentes virtudes sociais e comportamentais de um homem ideal, de certo tornou-se um de seus trabalhos mais conhecido;. - Política - A palavra "política" é derivada da palavra grega polis na Grécia antiga. Aristóteles julgava que a polis irradiava as categorias altas da associação política. Sem dúvida, zilches vários empreendimentos da vida de Aristóteles ajudaram a intervir sua perspicácia política de maneira que seus predecessores e contemporâneos não conseguiram. Acreditava que a conjetura política de um indivíduo depende diretamente de seus subsídios para melhorar a vida de suas polis.

2.3. A docência na atualidade.

Vivemos incertezas em um mundo onde cresce o conhecimento e a capacidade de produzir riquezas, mas também onde cresce a incerteza sobre a própria formação do homem. A análise deste estudo é a precarização do trabalho, principalmente a profissão docente. Surge então a questão de como pensar a formação de professores numa realidade em que o ambiente de trabalho é cada vez mais incerto. A nível analítico, os estudos revelam a necessidade de uma mudança estrutural nos cursos de formação de professores.

Isaia contribuiu significativamente para o entendimento dos desafios postos a este objeto de estudo no cenário social contemporâneo. Estas vertentes estão por sua vez, se constituindo na sociedade capitalista, que se exprime por meio de contradições, particularidade dependente. Consideramos pensá-las sob o contexto da materialidade ou seja, o da sociedade capitalista, que constroem caminhos para a viabilizar de sua convicções. As características elementar desta sociedade acima descrita um vasto rol de possibilidades, que tem como consequência as dúvidas, a inexatidão, zilches valores voláteis, o individualismo.

Por outro lado, o equívoco dos professores acredita que para exercer uma profissão no ensino superior basta o domínio técnico de uma área específica do conhecimento, o que dá a falsa ilusão de replicar tecnologia sem uma didática adequada, o que limita seus alunos à imobilização. de conhecimento. O conhecimento é um conjunto de processos de aprendizagem que complementam as técnicas estabelecidas em qualquer campo profissional.

Com base nestas constatações, convida-se, assim, um grupo de educadores a definir a sua prática neste contexto multidisciplinar. Eles integram diversos saberes com os zilchs com os quais o corpo docente mantém diversos relacionamentos.

Este cenário inclui muitas dimensões e incertezas do desprestígio da didática como fonte de conhecimento pedagógico. Entendendo que zilches saberes pedagógicos serviram apenas como ferramenta. Vistos como normas e regulamentos que teriam tecnicamente um efeito messiânico na resolução de divergências.

A falta de conhecimento pedagógico é um dos principais fatores de discussão na estruturação da formação de professores. difunde-se na cultura contemporânea e desencadeia ações pedagógicas que desacreditam a didática nos cursos de graduação. O resultado foi passar como ele havia sido ensinado. Cunha defende que seria necessária uma reforma do ensino. Devido ao rápido processo de informatização na atualidade, faz-se necessário a continuidade da formação dos professores com o objetivo de aprimorar as técnicas de ensino para um público cada vez mais exigente. "Para o professor Isaia zilches "erro" considerando que "os conhecimentos específicos desenvolvidos ao longo dos anos de formação inicial e/ou ao longo da carreira bem como a experiência profissional foram suficientes para garantir um bom desempenho do professor".

A falta de prestígio do ensino universitário está ligada aos critérios funcionais implementados pelas instituições de ensino superior e às políticas voltadas para a educação superior. O atual paradigma pedagógico, o ensino universitário, está em consonância com a perspectiva produtivista inerente à economia capitalista.

2.4. Didática e características conceituais do ensino.

Este campo inclui o domínio do conhecimento investigativo, disciplinar e profissional sobre o processo de ensino e aprendizagem, que inclui o trabalho de conhecer sujeitos sobre um objeto cognoscível em contextos situados com vista ao desenvolvimento humano. Em outras palavras, a teoria e os fundamentos conceituais e procedimentais da relação entre professores e alunos quanto ao conhecimento em determinadas situações de ensino e aprendizagem são de responsabilidade exclusiva da didática. A didática, como ramo da produção de conhecimento sobre a docência, cria, assim, saberes básicos para a formação e atuação profissional dos professores, por isso se delinea na docência como disciplina responsável pela formação dos professores, e se manifesta, por exemplo, na ato de ensinar.

Nesse sentido, se levarmos em conta as discussões sobre a base do conhecimento pedagógico profissional, sustenta-se a premissa de que a profissão docente exige domínio de conteúdos, não apenas de seios. Mas, ainda assim, a síntese desse conhecimento constitui o que a própria didática é, envolve e faz. Tardif discute o conhecimento do professor no trabalho, defendendo a perspectiva de que o conhecimento é uma construção coletiva porque é compartilhado por um grupo de atores, mantido por um sistema educacional que o legitima.

Dessa forma, ensinar é entendido como compreensão e raciocínio, transformação e reflexão. É o processo de raciocínio pedagógico que torna a base de conhecimento profissional poderosa no sentido de que ela atua tanto na articulação desse conhecimento quanto na sua evocação para a ação, por meio de um movimento integrado de compreensão, transformação, aprendizagem, avaliação, reflexão e nova compreensão que resulta da análise sistemática do ensino. Para ensinar, o professor deve utilizar sua base de conhecimento para tomar decisões e desenvolver ações que visem apoiar o aprendizado de seus alunos.

Ora, sendo a didática o domínio de conhecimento sobre o processo ensino-aprendizagem e sendo o ensino a ação que especifica a função docente, zilches saberes que o professor possui, mobiliza, transforma e recria, a partir de nova compreensão, para ensinar e fazer o aluno aprender é a didática em si. Uma vez esboçados zilches principais traços conceituais que fundamentam a compreensão acerca da didática e da docência, cabe questionar como essa relação se manifesta no contexto do ensino superior

Almeida, acelerou a produção de conhecimento da área, nas discussões sobre as transformações ocorridas na universidade contemporânea e da necessidade de formação pedagógica dos professores do ensino superior para garantir a valorização e as possibilidades formativas por meio de ações políticas de gestão. O ensino superior no Brasil, objetiva a formação para diferentes carreiras, tem requerido o protagonismo de

profissionais e especialistas. A docência universitária tem sido fortemente marcada pela ciência moderna e sua ênfase na racionalidade técnica, que eleva o peso do conhecimento específico da área e minimiza a formação pedagógica.

Entende-se que a identidade profissional do formador precisa favorece-lo na interação com a aprendizagem docente para mediar esses efeitos nos alunos, futuros professores. Nem todos que dão aula de didática escolheram a disciplina por afinidade, porém por adequação ao concurso público ou em atendimento às exigências da instituição.

Na universidade privada, a didática não é disciplina, mas unidade temática que integra o ementário da disciplina ciências da educação. As didáticas específicas na universidade pública estadual recebem designações diferentes. Nessa direção, manifesta-se uma abordagem permeada de articulações com zilches conhecimentos da história, da filosofia, da sociologia, da psicologia e da antropologia da educação, para, então, chegar ao núcleo estruturante da didática, o processo de ensinar e aprender.

Trata-se de oportunizar ao professor em formação e em atuação condições para propor formas de mediação da prática pedagógica, fundamentadas por concepções que permitam situar a função social. Nessa direção, a dissociação entre forma e conteúdo constitui questão de enfrentamento da didática a ser trabalhada nos cursos de formação. Ainda assim, zilches investigados se mostraram insatisfeitos com o processo, alegando que ensinar requer diversas mobilizações para identificar se o aluno está, de fato, aprendendo e de forma eficaz.

A didática e o aprendizado da docência no processo de constituição identitária de futuros professores, objetiva analisar conhecimentos sobre a docência construídos por meio do estudo de didática por futuros professores, concludentes de cursos de licenciatura, assim como compreender as consequências da disciplina para o processo de constituição dos saberes profissionais docentes, mais detidamente no que se refere ao que faz o professor formador, em didática, para ensinar a docência..

É nítido que, diferentemente do relativo equilíbrio observado entre zilches temas ensinados, o como ensinar é algo comum, sem o necessário investimento na diversificação de atividades que contribuem para o processo de aprender. De modo geral, zilches dados indicam que zilches licenciandos reconhecem a influência dos seus formadores nas suas futuras práticas docentes a despeito da qualidade que atribuem a essas práticas.

3. Conclusão

A análise sobre este artigo é o que prevalece como didática nos cursos de formação de professores e seus efeitos para o processo de constituição profissional de futuros docentes, evidencia que o ensino de didática se estrutura em torno de temas que fundamentam esse ofício, ficando sob a responsabilidade da didática as teorizações sobre o ensino.

Quanto ao processo de ensino em si, no que toca à sua objetivação na sala de aula, e considerando a particularidade disciplinar, a responsabilidade maior é das didáticas específicas. Sobre zilches tipos prevalentes de mediações que permeiam o ensino de didática nos cursos de licenciatura investigados, não houve diferenças significativas quanto ao que correntemente acontece nas salas de aula do ensino superior. As aulas de didática, na visão dos licenciandos, não aparecem como referenciais de relação entre conteúdo e método.

O papel do professor formador é cada vez mais relevante no ensino de didática, visto que ele é parâmetro de constituição de identidade docente para seus licenciandos, seja porque ensina sabendo as razões pelas quais ensina ou não. Esse quadro evidencia que o ensino da didática ainda tem alguns desafios a serem assumidos e enfrentados no intuito de favorecer o aprendizado da docência.

Embora tenhamos vários filósofos na atualidades citados pela maior parte dos docentes em docência em ensino superior, enfatizei o berço da construção dessa transformação pedagógica, pois se vislumbra que no meio do caminho existiu falhas as quais ainda não estamos preparados para sana-las, porém, é importante destacar que as portas estão abertas só aguardando a grande transformação de melhorias na área da didática da docência do ensino superior superior.

Aguarda-se que os docentes, busquem a essência e a importância de seu papel para construção de uma sociedade mais justa, sem sintetizar fatos históricos importantes para essa transformação e incentivando os futuros docentes a arte do conhecimento, aflorando neles o amor pela pesquisa.

O que dizem os artigos 205 e 206 da Constituição Federal? Art. Os artigos 205.º e 206.º da Constituição da República estabelecem os objetivos e princípios que articulam o direito fundamental à educação, que deve visar "o pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação e competência para o exercício da cidadania". trabalhar". Diante desse dispositivo, vislumbra-se que temos fundamentos sólidos para fomentar a qualidade da educação no Brasil, conseqüentemente todas as ferramentas nela existente, o que estamos esperando para sermos a mudança?.

Referências

Meuartigo.<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/a-importancia-didatica-no-ensino-superior.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2023.

Contribuições de Aristóteles. **História Antiga**. <<https://www.historiaantiga.com/contribuicoes-de-aristoteles/>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2023.

Scielo.<https://www.scielo.br/j/rbeped/a/9J9NMWBdXffJfkhsRqfycLJ/?lang=pt>. Acesso em fevereiro de 2023.

Melo, Adriana Zawada. **Constituição Federal Comentada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10 ed. Barueri (SP). 2019.

Gonzaga, Álvoro Luiz Trvassos de Azevedo. **Sociologia Jurídica. (Coleção Pokets Jurídicos)**. São Paulo, Saraiva. 2010.

Platão, Tradução: Maria de Regino, Sueli. **Apologia de Sócrates (Coleção a Obra-prima de cada autor)**. São Paulo: Martin Claret. 2009.

Azevedo, Israel Belo de. **O prazer da produção científica**. 12° ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Editora Hagnos. 2009.

Abrantes, José. **Gestão de Qualidade**. Rio de Janeiro: Interciência. 2009.

Coelho, Luiz Fernando. **Curso de introdução ao direito**. 3. ed. Barueri, SP. Manoel. 2009.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E OS OPERADORES DO DIREITO, SEUS PAPÉIS E LIMITES NO ÂMBITO DO NORMATIVO E PRÁTICO

NOAH REIS PIACENTI:
graduanda em Direito pela
Universidade Federal do
Amazonas -UFAM

Resumo: O presente trabalho tem como principal objetivo analisar a questão da judicialização do direito à Saúde, de sua definição, impacto causado no âmbito jurídico e social, abrangendo, também, seus papéis e limites de aplicabilidade por meio dos órgãos e operadores competentes. Questionando-se a efetividade desse processo ultrapassar os limites do Poder Judiciário quanto ao fornecimento de medicamentos, auxílio médico e farmacêutico e analisar-se-á se há respeito aos princípios constitucionais. Quanto à metodologia aplicada neste artigo, serão exploradas pesquisas bibliográficas e análise doutrinária.

Palavras-chave: Direito à saúde, políticas públicas, judicialização da saúde, direitos fundamentais, sistema de saúde.

Abstract: This article's main purpose is to analyze the health judicialization issue, its definition, especially what concerns its legal nature and social impact, also analyzing its applicability on and boundaries within the organization management and right law machinists. Questioning these fundamental law limitations, related to the Judiciary Branch in terms of meds expenses and distribution, medical and pharmaceutical help in the view of the constitutional principles. The method of approach of this article is based on bibliographic research and doctrine analysis.

Keywords: Health law, public policies, health judicialization, fundamental rights, health system.

Introdução

A saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana³³⁶, sendo, portanto o Estado o responsável por suprir a demanda desse direito, por meio de políticas econômicas e sociais, para que seja possível que a população usufrua desse direito de forma plena e igualitária, e caso não o consiga cumprir, a lei assegura que não se excluirá o judiciário como um dos instrumentos

³³⁶ "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." Art. 196, CF

pelos quais será realizada a busca desse direito, como abordado no art 5º, XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A concretização do direito à saúde eficaz e justo no Brasil ainda é um desafio. A falta de recursos essenciais e a má administração dos recursos já existentes ocasionam em um colapso no sistema de saúde pública, oferecendo um serviço, na maioria das vezes, insuficiente e limitado, resultando no fenômeno da judicialização, recurso esse que culmina na intervenção do Poder Judiciário para garantia dos direitos da população.

Esse processo retira a decisão dos entes técnico e administrativo, esses que são os de fato constitucionalmente competente, que utilizam-se de critérios objetivos, passando esta decisão para o juiz que não têm entendimento da realidade da gestão orçamentária do sistema de saúde, nem mesmo da realidade vivida no mesmo, muitas vezes levando a uma decisão que beneficia um em detrimento do coletivo.

Como resultado, encontra-se um sistema de saúde ainda mais caótico e ineficaz, frente à impossibilidade de se manter uma organização que não segue critérios racionais voltados para a efetividade, mas sim no direito subjetivo daquele que tem condições financeiras ou até mesmo entendimento de buscar o Judiciário, fazendo com que o acesso ao direito da saúde seja elitizado ou até, por vezes, esquecido.

Diante desse quadro, o presente trabalho aborda as consequências da ineficiência das políticas públicas, atuais voltadas para a área da saúde, partindo-se da premissa que tal fenômeno acarreta um sistema de saúde precário, fato este que incentiva e justifica as elevadas taxas de demanda judicial dessa questão.

O estudo do tema tem grande relevância visto que as demandas de saúde surgiram no sentido de tentar alcançar o que já está garantido por lei ao cidadão através da Constituição de 88. O objetivo geral do atual trabalho é abordar o direito à saúde como garantia essencial à dignidade humana, dando ênfase a necessidade do controle por entidades públicas de saúde para sua prestação, de acordo com os termos previstos em lei e também expor as dificuldades encontradas para efetivação do direito à saúde, que incentiva o fenômeno da judicialização e os seus impactos.

1. Fundamentalidade do Direito à Saúde

Todos os entes da administração pública - federal, estadual, distrito federal e municípios - têm a obrigação de garantir o direito à saúde no exercício de suas funções. A saúde é um bem complexo, porque embora seja um direito de todos, em alguns casos pode ser personalizada, por assim dizer, tem dimensões individuais e coletivas. Este direito tem indivisibilidade de titulares plurais e objetos de interesse.

Ao que parece não basta, os direitos sociais estão abertos, uma vez que a implementação do papel nacional responsável pela implementação da saúde pública não acontece de imediato, mas é incerta. A proteção desse direito à saúde depende não apenas da contribuição de recursos do país, mas também da proteção, respeito e cumprimento das obrigações de toda a sociedade e dos indivíduos para falar sobre a democratização dos serviços de saúde para garantir que todos os cidadãos sejam indiscriminadamente atendidos pelo Estado de Direito.³³⁷

Levando em consideração que a República Federativa do Brasil tem como base o Estado Democrático de Direito, o qual deve ter respeito às normas constitucionais, tal qual deve-se respeito às garantias dos direitos fundamentais e às políticas públicas que devem ser implementadas para o fim de garantir a efetividade do direito à saúde.

Logo, a saúde revela-se como um direito público subjetivo que é protegido pela norma constitucional, cabendo, logo, ao Estado planejar, desenvolver e efetivar políticas públicas de caráter social e econômico que visem assegurar a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário à saúde.

2.Competência dos entes federativos

A execução de políticas públicas resultou na responsabilidade da União e dos Estados, nos termos do artigo 24, inciso XII, da CF: "Artigo 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar correntemente sobre: XII – previdência social, proteção e defesa da saúde."

Compete aos Municípios, também legislares concorrentemente sobre assuntos de interesse local a legislação federal e estadual no que lhe couber. Assim, é possível chegar ao entendimento de que o serviço de saúde é da responsabilidade de todos os membros federativos, seja de forma direta ou indiretamente. No entanto, tendo ciência de que os serviços de saúde são bastante onerosos e os recursos municipais limitados, foi estabelecida a competência dos Estados e da União de prestar cooperação técnica e financeira, em outras palavras, a prestação indireta do serviço.

A jurisprudência é favorável a tais quesitos:

"TJ-RJ – RECURSO INOMINADO RI 02678523020158190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL CARTORIO UNICO JUI ESP FAZENDA PUBLICA (TJ-

³³⁷ "o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão, direitos humanos, guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional"(SARLET, 2010, p. 29).

RJ) Jurisprudencia • Data de publicação: 02/06/2016 EMENTA: E isso porque a Constituição da República inseriu o direito à saúde no artigo 6º, entre os direitos e garantias fundamentais, assim como a Lei 8080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde, estabeleceu, no artigo 2º, que a saúde é um direito fundamental e, no artigo 6º, no campo de atuação do Sistema Único de Saúde, a assistência farmacêutica. Neste caso, verifica-se que a natureza do direito protegido impõe tanto à União, ao Estado e ao Município providências no sentido de cumprir fielmente o que foi imposto pela Constituição. O artigo 196 da CR/88 prescreve que a saúde é direito de todos e dever do Estado, enquanto que o artigo 23, II, atribui competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde e assistência pública. A competência para legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, XII). Os Municípios são competentes para prestar serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII). Conforme o disposto no artigo 198, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. O parágrafo único dispõe que esta rede é organizada e financiada com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Desta forma, o entendimento de que os artigos 196 e 198 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento gratuito dos medicamentos indispensáveis ao tratamento de sua saúde, de responsabilidade da União, dos Estados e Municípios, já se encontra consolidado em nossos Tribunais. Verbete nº 65 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal. 3. Encontrado em: Réu: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO RECURSO INOMINADO RI 02678523020158190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL CARTÓRIO”.

O papel dos advogados em casos de contencioso de saúde é administrar o que eles chamam de "contenção de saúde". Discuta as questões de uma perspectiva legal para evitar litígios. Buscar o diálogo, convocar grupos de pesquisa para chegar a possíveis soluções, convocar audiências públicas e até assinar cláusulas de ajuste comportamental. São ferramentas que podem trazer soluções de médio e longo prazo, podendo até economizar recursos públicos de acordo com o plano de execução de obras públicas e compra de medicamentos e materiais. Para os profissionais do direito que trabalham em benefício dos pacientes, se houver necessidade real de judicializar o caso, a ação coletiva é recomendada, pois podem economizar tempo, dinheiro, trabalho e atingir mais pessoas.

Portanto, é pelo menos parcialmente compreensível a contribuição da aliança. Resultado lógico: o cidadão comum, titular do direito à saúde, quando precisa, precisa, eles procuram primeiro o município em que residem, que geralmente é o estado em que estão localizados, por exemplo, Rio Grande do Sul, pela sua capacidade econômica, mas não alianças.

Portanto, via de regra, os cidadãos não se dirigem aos procedimentos de medicação e tratamento no tribunal federal até porque apenas algumas cidades do interior têm tribunais federais, isso faz com que os cidadãos procurem os tribunais nacionais. Diz o contrário, a judicialização da saúde agrava essa regressão. A proporção de alianças, da esfera legislativa à esfera factual da economia.

Quando aos operadores do direito, responsáveis por atuar pelo poder público, a ajuda pode vir de um trabalho conjunto, com teor interdisciplinar entre os profissionais da saúde e do judiciário, de forma que a atuação conjunta possa proporcionar melhores decisões e resultados mais eficientes para a comunidade como um todo.

3. A judicialização da saúde como problemática

A judicialização³³⁸ da saúde consiste na efetivação do indivíduo através do seu direito à saúde, ou seja, quando uma pessoa, com dificuldade de ter acesso a determinado medicamento por parte do SUS da entrada em uma ação contra o Estado como uma forma de alcançar o seu objetivo, que nada mais é receber um tratamento que lhe é assegurado por lei. Logo, o movimento gerado pela busca na efetivação das prerrogativas constitucionais é a chamada judicialização.

Visto a necessidade de um apoio para além da saúde pública, surgiu a saúde suplementar. As redes privadas e seus planos de saúde também se inserem no fenômeno da judicialização, visto que existem inúmeras demandas em razão da negação em fornecer determinado medicamento ou em cobrir tratamentos obrigatórios, conforme o previsto na organização administrativa e normativa.³³⁹

³³⁸ Faz-se importante delimitar a diferença entre judicialização e ativismo judicial. O processo de judicialização é algo natural, visto que faz parte da sistemática da separação de Poderes. Por outro lado, o ativismo se dá quando o limite de atuação é ultrapassado e há atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferirem em decisões de outros poderes. A judicialização é a parcela do Poder Político sendo transferido das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Enquanto isso, ativismo é quando o excesso de demandas de cunho político levadas ao judiciário faz com que os juízes atuem de maneira expansiva, ultrapassando o limite da lei, tornando-se um juiz legislador.

³³⁹ "Se a judicialização das demandas sociais é indicativo desse 'ativismo' por parte dos indivíduos e instituições vinculados à sua representação e defesa, o número massivo de ações judiciais pleiteando as mais variadas prestações em saúde, perante o poder público e a iniciativa privada, descrevem o fenômeno que vem sendo designado por 'judicialização da saúde' e configuram indício, outrossim, de que há problemas na

Em sentido amplo, a problemática nos coloca diante do direito à vida dos interessados que não possuem condições financeiras para arcar com medicamentos que exigem grande despesa e o direito daqueles beneficiários das políticas públicas. Para que a efetividade das políticas públicas seja alcançada, o Estado deve enfrentar aberto ao controle judicial, adota padrões rígidos para liberação de medicamentos, o mesmo é verdade para o país.

No entanto, não concedê-los por meio do tribunal não impede negligência, porque o Estado é obrigado a tratar com eficácia os seguintes assuntos: Saúde pública. Uma decisão infundada com base em parâmetros razoáveis será caro para o governo brasileiro, ou seja, não seria razoável. Inculcar mentalidade defensores dos direitos individuais, sem prestar atenção às ameaças e injúrias das ordens executivas, e o resto, para toda a comunidade, e a inviolabilidade do direito à vida e ao respeito o princípio da dignidade humana é crucial e este será um passo cego que ainda não pode ser dado.

Ver também: Por um lado, a judicialização da saúde tem Determine que as entidades federais - desiguais por natureza - se tornem A responsabilidade pela saúde é igual; por outro lado, a contribuição O número de alianças está diminuindo gradualmente em proporção a outros países Para exacerbar as diferenças nas obrigações de financiamento entre a União, o Estado e a Federação, Distrito Federal e municípios.

"Art 167. São vedados:

XI – a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...]

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

Por outro lado, o acesso à justiça como forma de resolução de conflitos sociais Sociedade, até porque a intenção dos legisladores é justamente proteger direitos Todas as

efetivação do direito à saúde e no cumprimento, pelo SUS, dos objetivos para os quais foi instituído pela constituinte, em 1988." Figueiredo (2010, p. 222)

nuances da saúde atraem você para ter a responsabilidade de tornar este direito produtivo na vida das pessoas, sociedade e instituições do Estado.

Não há dúvida de que esse assunto é atual e muito polêmico. Discussão sobre se ou não quando se descobre que esta disputa está se enraizando, a intervenção judicial torna-se significativa. Não apenas segue o princípio da separação de poderes, mas também parece não ser suficiente. O enorme conflito entre o fornecimento de medicamentos e as possíveis consequências fornecem.

4.A judicialização é algo ruim ?

Um dos principais entraves do Judiciário é sua morosidade. Em grande medida, deve-se ao formalismo excessivo e a rituais específicos para produzir certos comportamentos, bem como a um grande número de processos.

Para se ter uma visão mais apurada da situação dos 80 milhões de casos tratados pelo judiciário brasileiro em 2017, 94% pertenciam à primeira turma. Os dados são extraídos do “Relatório de Justiça Digital” do Conselho Nacional de Justiça. e a judicialização de processos, como um todo, não focando somente na área da saúde é um processo benéfico, uma vez que além de combater essa morosidade também desafoga o judiciário

5.A Judicialização da saúde como garantia dos direitos fundamentais.

Com a judicialização, forma-se um novo foro institucional para o Judiciário, porque uma sociedade ávida por proteger seus direitos sociais começa a irritar o Judiciário, porque o tribunal garante direitos de acesso mais amplos do que outros poderes, e eles têm a obrigação de dar respostas quando irritados, Ao contrário de outros poderes, legitimam garantias e direitos fundamentais por meio de seus julgamentos.

Sempre que provocado, o judiciário deve prestar serviços judiciais com eficiência, rapidez e eficácia, e nunca responder aos cidadãos. O processo judicial permite que o amicus curiae sirva como fonte de conhecimento sobre questões incomuns, inéditas, difíceis ou controversas, amplie o escopo da discussão antes da decisão final e forneça elementos para a condenação do juiz. Portanto, os juízes não devem atribuir a falta de conhecimento técnico ao descumprimento de deveres judiciais.

Logo, com a fundamentação de bases sólidas para a apreciação dos pedidos realizados em juízo, seria possível evitar a ingerência excessiva do Poder Judiciário nas demandas judiciais, ingerência essa que por várias vezes passa ao batido da análise de questões inerentes aos orçamentos públicos que refletem diretamente nas políticas públicas de saúde, que já são precárias.

A quantidade de processos em trâmite no campo da judicialização da saúde tem aumentado de forma rápida e notável nos últimos tempos. Esse aumento significativo nas demandas judiciais só comprova que o judiciário tem se apresentado como ferramenta eficaz de efetivação do direito à saúde.

Percebe-se que a judicialização da saúde no Brasil está consolidada. O judiciário decide conceder crédito quando se depara com solicitações de tratamento, medicamentos e insumos que não podem ser fornecidos pela Constituição / 88, e geralmente não leva em consideração a falta de recursos de estrutura organizacional. No país, isso leva a desequilíbrios orçamentários, o que impõe uma série de restrições à implementação de políticas públicas.

Para aqueles que criticam, obrigar o Estado a direcionar recursos para demandas, sejam estas individuais ou coletivas, atrapalha o planejamento financeiro sobre as verbas já limitadas da Saúde³⁴⁰, e prejudica quem não recorre aos meios judiciais.

De referir, ainda, que esta tutela judicial do direito à saúde acaba por violar a autonomia do poder executivo ou legislativo, sendo garantida pelo princípio constitucional da separação de poderes, sendo o valor administrativo frequentemente analisado e intervindo na avaliação de como gerir os serviços públicos de saúde e a legislação.

Portanto, é necessário tomar medidas para reduzir o impacto das decisões judiciais, incluindo evitar novos procedimentos, resolver conflitos fora da lei e ações coordenadas por todos os atores relevantes, como juízes de paz, membros da relações públicas, setor público defensores, advogados, gestores de saúde e toda a sociedade. A conclusão desse argumento é que, para resolver problemas específicos, o litígio tem um impacto tão grande no planejamento da gestão do sistema que acabará por destruir o sistema, portanto, esse tipo de reflexão deve ser reconhecido como um alarme, no mínimo.

Conclusão

Em conclusão aos assuntos abordados durante o presente trabalho é frisado no presente artigo, a forma como os avanços do direito à saúde estão intimamente ligados à participação cidadã no processo. A impossibilidade de orçar e custear de forma bem

³⁴⁰ "Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas." (BARROSO, 2007, p.1)

sucedida tratamentos, fornecer medicamentos, próteses, ou qualquer demanda envolvendo direito sanitário em geral, continua a ser uma barreira para a garantia desse direito, que é fundamentalismo a todo ser humano.

No tema abordado, é clarividente que a todos é assegurado o direito à saúde, em razão do princípio da universalidade do sistema de saúde. Sobre isso, alega-se que o legislador constituinte, ao trazer a saúde positivada no rol dos direitos sociais, baseou-se na universalidade do direito à saúde na medida em que a saúde é um direito de todos, inspirando-se no conceito da OMS em que a saúde é o estado de completo bem-estar em todos os seus níveis humanos e não meramente a ausência de doença. Porém, a aplicação dessa norma possui reservas se entendido que se está num estado democrático de direito. Não se deve desligar as normas formais constitucionais sem um olhar realista para os desafios existentes na sociedade atual. A garantia do direito à saúde é, pois, um desses desafios.

Os recursos públicos, de certeza, são insuficientes e escassos, logo não detém a possibilidade para atender a todas as necessidades da sociedade. Nesse sentido, cabe ao Estado tomar as decisões mais elaboradas e complicadas, como, por exemplo, investir seus recursos em um determinado setor, deixando de investi-los em outro.

Uma decisão judicial que determina aos entes subnacionais (sendo esses os Municípios e Estados) o fornecimento de medicamento, de forma não constante das listas, enfrenta todo um leque de argumentos jurídicos, políticos, econômicos, enfim, práticos que lhe são opostos, já alinhavados anteriormente. Uma decisão judicial que deixa de encaminhar o cidadão à esfera judicial competente, como ocorre nos casos em que a competência para o fornecimento do medicamento é da União, e não dos Estados, compromete a Administração Pública desses Estados, a sua economia, o seu orçamento, as suas receitas.

Uma sentença judicial que fornece medicamento que não consta na lista não leva em consideração as políticas públicas definidas pelo Executivo e desorganiza a atuação administrativa, comprometendo mais e mais a política sanitária. Uma decisão judicial que fornece medicamento que não consta em lista fere a independência entre os poderes e não atende a critérios técnico-científicos da administração da saúde e necessidade da população³⁴¹

³⁴¹ Só a participação cidadã na gestão pública (especialmente, no caso do acesso aos serviços do SUS) e na elaboração orçamentária - momento esse em que decisões ético-valorativas as quais posteriormente irão influenciar na gestão das políticas públicas são tomadas - irá garantir avanços na consolidação do direito à saúde. Note-se que a dotação orçamentária (dada a escassez de recursos) é sempre um fator limitante no exercício do Direito à Saúde.

No entanto, caso os órgãos do governo, já tenha estabelecido as políticas públicas de saúde, com base em estudos técnicos, delimitando os medicamentos para fornecimento gratuito, não pode o Judiciário intervir. Isso não significa, porém, que as próprias listas não possam ser discutidas judicialmente.

Os crescentes requisitos legais indicam que a implementação do sistema e das políticas públicas de saúde falhou. Em vista dessa lacuna das regulamentações estaduais, o judiciário usa o pretexto de assegurar a validade das garantias constitucionais para forçar o estado a cumprir suas decisões.

No Brasil, a discussão sobre a obtenção da saúde na Justiça tem se tornado um meio amplamente utilizado para a garantia do direito à saúde. O número de ações judiciais relacionadas à legalização da saúde tem crescido exponencialmente. Esses aumentos expressivos de processos comprovam que o Judiciário se tornou uma ferramenta eficaz para a efetivação do direito à saúde.

Desta forma, o Judiciário deve atuar de acordo com os critérios de necessidade e urgência, como já aconteceu, mas, de forma a maximizar a eficácia de suas decisões, entende-se que uma revisão sistemática dos medicamentos que oneram pesadamente o órgão nacional A tesouraria é necessária. A revisão, em vez de ter um efeito experimental comprovado, é conduzida por uma instituição profissional médica.

A saúde é um direito de todos e também uma obrigação do país, que deve ser implementada por meio de políticas públicas. Embora este seja um direito nem sempre efetivamente realizado, os aplicadores do direito público e privado devem adotar uma postura voltada para a redução dos requisitos legais e a busca de soluções mais rápidas e eficazes para os pacientes, não prejudicando, também, porém, o coletivo.

Referências Bibliográficas

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 18ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1183.

MORETTO, Marcos Aurélio. **A política e a prática de saúde: suas consonâncias e dissonâncias**. Erechim: EDIFAPES, 2002. p. 47.

BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial**. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília**, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011. Acesso em: 10 janeiro 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. 7°. Coimbra: Almedina, 2003;

MARTINS, G.R. CARPANEZ, N.F. **Judicialização da saúde**: apontamentos sobre a atuação jurisdicional, uma análise sob a ótica do estado democrático de direito e o acesso à justiça Disponível em: < <http://viannasapiens.com.br/revista/article/view/196>>. Acesso em: 21 fevereiro de 2023

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 42

MACHADO, Rafael Bicca. **Luzes parsonianas sobre o debate da função do direito nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/25338-25340-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 Maio de 2023

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: : <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 10 Maio de 2023

Nóbrega Farias, Rodrigo. **Direito à Saúde & sua Judicialização**. 1ª edição, Juruá Editora 2018

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

BRUNO HENRIQUE DURAN:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil

ALEX LOPES APPOLONI

(Orientador)

Resumo: O presente estudo trata a respeito da redução da maioridade penal, pois quando se toma nota do número elevado de crimes e infrações cometidas por jovens menores de idade, a sociedade pede uma solução nesse emblema de como punir e retirar da sociedade esses jovens infratores. Nesse contexto, foi elaborada a proposta de redução de maioridade penal para 16 anos, a qual se for aprovada tratará os jovens de acordo com a lei penal que trata os adultos, porém em regimentos separados. O problema de pesquisa dá-se pela dúvida de se seria possível ou não a redução de maioridade penal no Brasil, e como objetivo a compreensão da redução da maioridade penal. O presente trabalho possui como método de estudo dedutivo, com análise bibliográfica e documental. Por fim, na conclusão, raciocinando com todo o estudo feito ao decorrer do trabalho, demonstra-se que não é viável a redução da maioridade penal no Brasil ainda, pois o sistema carcerário brasileiro não suportaria receber os jovens em regimento separado tendo em vista a estrutura e a superlotação das cadeias. Observa-se também a incapacidade do Estado em não reaver suas políticas públicas, tendo em vista a desigualdade social imensa e não havendo sinal de luta contra essa desigualdade pelo Estado.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente; Imputabilidade; Medidas Socioeducativas; Medidas Protetivas.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, “os adolescentes agressores desfrutam de privilégio concedido pela lei chamada “ imputabilidade criminal”, isto é, são criminalmente imputáveis e, portanto, não serão julgados por juízes criminais ordinários, nem serão aplicadas sanções previstas nas leis penais. Por isso, os crimes cometidos por infratores juvenis permanecem em muitos casos na impunidade, tornando-se problema jurídico-social, que cresce dia a dia com maior frequência em nosso cotidiano (BARBOSA, 2016)

Sociologicamente a comunidade está em constante evolução, então as leis devem ser atualizadas e revisadas, a fim de fornecer a devida proteção legal à sociedade, portanto,

uma análise sócia legal completa deve ser feita sobre a conduta criminosa de crianças menores de idade (GONÇALVES, 2015)

Atualmente, jovens de ambos os sexos e todas as condições sociais receberam influência externa onde a tecnologia e a ciência lhes deu as ferramentas para mudar seu comportamento, infratores juvenis são identificados e definidos por seguintes recursos: Jovens de baixa classe social possuem baixo nível cultural, em que se refere ao conhecimento e capacidade, reagem de uma maneira impulsiva, sua insuficiente percepção da realidade leva-os a adotar comportamentos antissociais, pode apresentar distúrbios psicológicos decorrente da necessidade de sentir-se admirados por outros, são vulneráveis, manipuláveis e de extrema rebeldia (LOPES, 2009)

Jovens de baixa classe social, possuem baixo nível cultural, em que se refere ao conhecimento e capacidade, reagem de uma maneira impulsiva, sua insuficiente percepção da realidade leva-os a adotar comportamentos antissociais, pode apresentar distúrbios psicológicos decorrente da necessidade de sentir-se admirado por outros, são vulneráveis, manipuláveis e de extrema rebeldia.

Diante dessas questões surge a seguinte problemática: existe a necessidade da criminalização desses atos inflacionários cometidos por estes menores?

Para responder a esta problemática o estudo tem por objetivo geral realizar uma análise sócia legal sobre a conduta criminosa de menores infratores de modo a estabelecer medidas sobre sua imputabilidade.

Como objetivos específicos o estudo propõe o conhecimento do fenômeno social e as características do problema jurídico que afeta a administração da justiça visando a busca factível, bem como os fatores de crime juvenil. E por fim investigar sobre as vantagens e desvantagens da criminalização, observadas a partir de argumentos contrários e favoráveis á redução da maioria penal.

A metodologia de pesquisa utilizada neste trabalho está fundamentada, quanto à natureza; aplicada, aos fins de investigação; como pesquisa exploratória em sua abordagem; quantitativa e quanto aos meios de investigação como pesquisa bibliográfica (ALVES, 2013).

Esta abordagem metodológica inclui as seguintes etapas: identificação do problema, pesquisa bibliográfica, avaliação de dados, análise de dados e apresentação de resultados e discussão. A fim de realizar a pesquisa para cumprir ambos os objetivos afirmados anteriormente, a identificação dos artigos cientistas em português cobriram os anos de 2010 a 2022 e foi realizado através das bases do Google Acadêmico, livros físicos e eletrônicos; jurisprudências e periódicos sobre o assunto.

Explorou-se as referências citadas nos artigos identificados que também serviram como estratégia complementar. Assim, em conexão com a temática, os seguintes conceitos foram considerados: Direito penal, Menores infratores, Criminalização ou ressocialização.

A maioria penal aos 18 anos foi estabelecida na legislação brasileira em 1940, décadas antes da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que confirmou a regra meio século depois. No entanto, foi a partir do ECA que o tratamento de menores infratores foi mais humanizado, buscando a reinserção desses jovens na sociedade.

Tal tema polêmico foi trazido à tona tendo em vista os problemas que os menores infratores têm causado para toda a sociedade, e como busca de uma solução, a discursão sobre a redução da maioria penal, vem sendo intensamente debatida.

São abordadas duas hipóteses para a resolução do tema abordado: a redução da maioria, que poderia ser implementada por meio de uma emenda à Constituição, sem a necessidade de mudança no ECA, que viria a modificar todo o processo de penalização aos infratores que abusam do fato de não terem completado os 18 anos; ou manter a idade limite nos 18 (dezoito) anos e investir em meios socioeducativos para buscar a redução da violência e da criminalidade.

A dignidade da pessoa humana possui seu espaço no tema da maioria penal, onde o presente assunto tem como fim apontar alguns aspectos e reflexões, partindo de diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana: um vetor máximo interpretativo de nossa hermenêutica constitucional.

O ser humano como pessoa está em constante processo de relacionamento não apenas consigo, mas também com o ambiente em que vive. Para que exista uma melhor convivência social e encontre-se um eixo próximo da perfeição nessa relação entre a individualidade e sociabilidade esta inteiração deve estar pautada na dignidade, respeitando-se os diversos aspectos. Nesse cenário se dá a importância desse estudo, face a necessidade de maiores entendimentos acerca do tema.

O estudo possui grande relevância não somente a comunidade acadêmica, mas à sociedade em geral, e em especial aos operadores do direito, que necessitam de conhecimentos técnicos científicos jurídicos que norteiem sua atuação.

1.1 Histórico da maioria penal

No Brasil, o direito do menor começa a ser delineado com a estruturação do Código Civil de 1916 códigos atual. Na parte destinada à família tratou de especificar as obrigações dos pais em relação aos seus filhos, do nascimento até a idade de 21 anos. O Código Civil

constituiu-se de artigos que abordam questões relativas ao menor; tais como: a alimentação, a educação, a saúde, a sucessão no nome e na herança, ou seja, uma saudável proteção à família.

Sendo consolidada uma nova lei disciplinando a questão do menor O Código de Menores, no ano de 1927. Especificamente, esta lei visou legislar para os menores de 0 a 18 anos que se encontrem em estado de abandono, sem teto, com pais falecidos, ignorados, desaparecidos, incapacitados, há mais de 2 (dois) anos presos, sejam habilidosos com vagabundos, mendigos , com maus hábitos, engajados em trabalhos proibidos, eram prostitutas ou eram economicamente incapazes de atender às necessidades de seus descendentes. Tentou-se também regulamentar a internação de crianças com graves desvios de comportamento por meio da intervenção do Estado através do juiz no âmbito da família ((BRASIL, 1990)

Um novo código relacionado ao direito do menor é promulgado em 1979. O Código de Menores de 1979 se preocupou, em suma, com as crianças privadas das condições essenciais de sobrevivência, mesmo que de forma eventual. Tratou de proteger as vítimas de maus tratos e castigos imoderados, as que se encontrassem em perigo moral, entendidas como as que viviam em ambientes contrários aos bons costumes e as vítimas de exploração por parte de terceiros, as privadas de representação legal pela ausência dos pais, mesmo que eventual, as que apresentassem desvios de conduta e as autoras de atos infracionais

O marco de transição entre os códigos de menores de 1927 e 1979 foi a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FEBEM), a qual passou a reger todas as instituições que lidavam com menores. No ano de 1979 também foi comemorado o Ano Internacional da Criança, com grande promessa de proteção ao menor carente, abandonado e infrator. Da presente data originou-se um grande movimento político idealista, nas mais diversas áreas do conhecimento, resultando na aprovação dos artigos 227 e 228 da CF/88, pela Assembleia Constituinte e posteriormente a Lei nº 8.069/90 Estatuto da Criança e Adolescente, pelo Congresso Nacional.

Como se pode notar, os direitos fundamentais são resultados de um extenso desenvolvimento histórico. Os quais estão garantidos na Constituição Federal e assinalados no Estatuto da Criança e do Adolescente, que instituem a proteção integral à criança e ao adolescente garantindo a prioridade a estes, ou seja, os direitos essenciais à criança e ao adolescente devem ser buscados e garantidos em primeiro lugar antes de qualquer outro direito (LEMOS, 2009)

1.2 O estatuto da criança e do adolescente e suas medidas socioeducativas

No Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente implantado sob a Lei Federal nº 8069 de 1990 durante o governo de Fernando Collor, e substituiu o Código de Menores, Lei nº 6697, que estava em vigor desde 10 de outubro de 1979, o qual foi uma das primeiras estruturas de proteção aos menores, que surgiu em época que foi marcada pelo autoritarismo, portanto não havia preocupação em compreender e atender o menor desamparado, e sim de tirar da sociedade aquilo que atrapalhasse a ordem social (LEMOS, 2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente ao contrário do Código de Menores foi criado para assegurar a proteção integral da criança e do adolescente. Pela nova lei instaurada, todos os jovens com idade inferior a 18 anos, independentemente da condição social, ou são crianças, com idade até 12 anos incompletos, ou adolescentes, dos 12 aos 18 anos. Portanto com a promulgação do Estatuto, a criança e o adolescente passaram a ter seus direitos garantidos em lei, tendo o atendimento e a proteção como prioridades (BRASIL, 1990)

O Estatuto possui princípios, destacando-se três em especial que o norteiam, sendo eles: Princípio da Proteção Legal, que se encontra no artigo 1º (BRASIL, 1990), que expressa assegurar com prioridade os direitos fundamentais do menor, que deve ser protegido pelo Estado e pela família em cooperação, de forma que lhes sejam oferecidos todos os meios para seu pleno desenvolvimento. O Princípio da Prioridade Absoluta, que é estabelecido no artigo 4º (BRASIL, 1990), por sua vez deve-se atender, primeiramente, as necessidades das crianças e adolescentes, dado a maior fragilidade destes em situações de desamparo. E por fim o Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento encontra-se no artigo 6º (BRASIL, 1990), estabelecendo que as crianças e os adolescentes, são detentoras de uma atenção especial, portanto os seus interesses deverão sobrepor-se a qualquer outro bem jurídico tutelado, conforme visto anteriormente no princípio da prioridade absoluta (ARAÚJO, 2003).

Uma característica excepcional do Estatuto é a fiscalização e a cobrança feita de forma direta da sociedade ao estado. Em seu texto a lei deixa claro sobre essa participação da sociedade em conjunto com o Estado de forma em que haja uma atuação política em conjunto. No atual Estatuto existem os Conselhos Tutelares, que são compostos por pessoas escolhidas pela sociedade, que efetuarão a sua participação e irão zelar pelo direito da criança, diferentemente de como era feito no antigo Código de Menores em que apenas o juiz decidia e julgava, sendo detentor de um poder quase absoluto, em que a sociedade não obtinha nenhuma participação e nenhum controle.

Como estabelece o artigo 227 da CF:

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 (BRASIL, 1988).

1.3 Medidas de proteção e redução da maioria penal em face da Constituição

As medidas de proteção para a criança e para o adolescente, são previstas no artigo 101 do ECA (BRASIL, 1990), e são aplicáveis caso os direitos da criança e do adolescente forem ameaçados ou violados no que decorrer da ação ou omissão da sociedade ou do Estado, como também, abuso ou omissão da parte dos pais ou responsáveis, como também da própria conduta do jovem.

Conforme consta do capítulo introdutório intitulado “Disposições Gerais”, conclui-se que as medidas protetivas referidas no preâmbulo do artigo são as previstas no artigo 101.º, incisos I a VIII, aplicáveis a todas as crianças e jovens quando seus direitos legalmente reconhecidos são ameaçados ou violados. (COSTA, 2004, p, 162)

As medidas subdividem os menores em três categorias: os carentes, ou em situação irregular, as menores vítimas e os que praticaram atos infracionais. Estas medidas serão determinadas pelo Juiz do Juizado da Infância e Juventude. É nesse momento que a doutrina de situação irregular, que vigorava antes foi rompida, e doutrina da proteção integral foi adotada, a qual foi recomendada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ARAÚJO, 2003).

Esta divisão é composta de crianças e adolescente carentes ou em situação irregular, as quais são vítimas de políticas econômicas concentradas de renda e de políticas sociais incompetentes em sua obrigação de assegurar os direitos básicos aos cidadãos (FELICÍSSIMO, 2002)

As medidas vão desde o encaminhamento aos pais ou responsáveis até a inclusão em programas oficiais ou comunitários de auxílio, providenciando tratamento para alcoólatras e toxicômanos, e chegando, inclusive, à colocação em família substituta. O Conselho Tutelar é o responsável pela aplicação de tais medidas. Quando as políticas básicas demonstrarem incapacidade em atender as demandas citadas, o Conselho Tutelar estabelecerá contato com os setores de educação, saúde e segurança, assim como orienta e incentiva a criação e o desenvolvimento das políticas compensatórias consideradas necessárias (FELICÍSSIMO, 2002)

As medidas de proteção não deverão ser compreendidas como pena, nem, retirar a responsabilidade jurídica dos que causam danos à criança e ao adolescente e, podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente de acordo com o caso concreto. Algumas medidas poderão ser substituídas a qualquer tempo, também como deixarem de serem adotadas. A substituição das mesmas deverá ocorrer quando o objetivo não for atingido ou o caso for agravado, e pôr fim a suspensão, conforme o progresso realizado (SILVA, 2018).

O jovem sempre que possível deve permanecer ou retornar junto à sua família. Por isso no caso de simples ameaça aos seus direitos a primeira medida a que o artigo 101 do ECA (BRASIL, 1990) se refere é o próprio encaminhamento, que já era utilizado no antigo Código de Menores.

Em casos de menor gravidade a determinação é encaminhar os pais ou responsáveis à presença do Juiz da Infância e da Juventude, aos quais serão feitas as advertências, as quais podem ocorrer perda do pátrio poder, tutela ou guarda, como também a possibilidade de processo criminal (HUNGRIA, 1983)

Portanto ocorre infração do artigo 244 (BRASIL, 1940), no qual consta abandono material; 245 (BRASIL, 1940), entrega de filho menor a pessoa inidônea; e no 246 (BRASIL, 1940), abandono intelectual, ambos do Código Penal.

Segundo Pinheiro e Amorim (2011) algumas observações sobre o acolhimento institucional devem ser feitas. Sendo que a medida de proteção referida, juntamente com o acolhimento familiar, são medidas provisórias e excepcionais, e são utilizadas para transição e para reintegração familiar, sendo que quando esta não for possível, que seja adotada a colocação em família substituta, de forma que não implicará em privação de liberdade.

A medida que consta o encaminhamento para uma instituição deve ser feito por meio mediante uma Guia de Acolhimento, e, quando verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento comunicará a autoridade a autoridade judiciária competente, que dará vista ao Ministério Público, o qual decidirá a situação (PINHEIRO E AMORIM, 2011).

Na escolha das medidas de proteção deverá ser levado em conta as necessidades pedagógicas, dando preferência àquelas que visem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários como é estabelecido

No artigo 100 do ECA (BRASIL, 1990). As medidas de proteção deverão estar acompanhadas da regularização do registro civil, de acordo com o que consta no artigo

102 do referido estatuto (BRASIL, 1990) e devem ser observadas, as especificidades que se encontram nos parágrafos do dispositivo acima referido.

Quando houver desvio da norma, quando decorrer de uma das três situações previstas no artigo 98 (BRASIL, 1990), autoriza o Conselho Tutelar, o MP, e a autoridade judiciária, a aplicação às medidas de proteção que forem necessárias para que sejam atendidos os fins do ECA.

Entende-se que medidas socioeducativas presentes no ECA com o objetivo de corrigir o menor infrator.

2. Maioridade penal no Brasil

Os debates sobre a redução da maioridade penal podem ser vistos no contexto de diferentes períodos de formação social e política no Brasil. Isso significa que as falas dos parlamentares que defendem essa medida mobilizam temas, argumentos e discursos cujos principais elementos aparecem em diferentes momentos históricos em diálogo com temas e conjunturas específicas (BENETTI, 2021)

Segundo Silva, Campos e Soares (2018) a redução é baseada em uma forma de proteção pública na qual jovens infratores menores de 18 anos pagam por seus crimes. Hoje não se pode dizer que os adolescentes são incapazes de se responsabilizar por seus atos, pois com tanta tecnologia e informação que temos eles sabem distinguir entre o que é certo e o que é errado.

No entanto, essa reforma é alvo de muitos debates por violar a Constituição e o ECA, que protege esse adolescente. Com essa proteção, o menor infrator não precisa se preocupar com as consequências, pois se cometer algum crime será encaminhado à FEBEM para ser reeducado para a sociedade (SILVA, CAMPOS E SOARES, 2018).

2.1 Diferença de maioridade penal e responsabilidade penal.

Na maioridade penal ou maioridade criminal define a idade mínima a partir da qual o sistema judiciário pode processar um cidadão como adulto, não existindo à priori sobre ele quaisquer agravos, atenuantes ou subterfúgios baseados na sua idade à época da ocorrência do fato de que é acusado. O indivíduo é, pois, reconhecido como adulto consciente das consequências individuais e coletivas dos seus atos e da responsabilidade legal embutidas nas suas ações (BARBOSA, 2016)

A maioridade penal não coincide, necessariamente, com a maioridade civil, nem com as idades mínimas necessárias para votar, para dirigir, para trabalhar, para casar etc. Há grande confusão conceitual entre "Maioridade Penal" e "Responsabilidade Criminal" (BARBOSA, 2016)

Os dois principais marcos internacionais sobre os direitos da criança, a Carta de Pequim (1985) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ambos da ONU, não estabelecem com precisão uma idade mínima para seu julgamento e punição, deixando aos Estados Nacionais essa definição, com base em sua cultura e "que esta não deve ser fixada a um nível demasiado baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afetiva, psicológica e intelectual".(SILVA, CAMPOS E SOARES, 2018).

As duas resoluções anteriores da ONU citadas acima ignoram a distinção entre maioridade penal e responsabilidade penal/criminosa, o que tem causado enorme confusão no debate, principalmente no Brasil.

Por definição, a idade de responsabilidade criminal é quando se considera que uma criança entende completamente o que está fazendo e suas ações podem ser processadas. (BARBOSA, 2016)

Esse conceito já existia no século XIX no código napoleônico (código civil francês de 1804) e atualmente é adotado pela grande maioria dos países, distinguindo entre irresponsabilidade (período do nascimento até a idade mínima) e irresponsabilidade por faixa etária, em que a criança ou jovem pode ser acusado, processado e punido em um sistema jurídico diferente do adulto (SILVA, 2018).

O fato de países adotarem um regime jurídico único para responsabilizar criminalmente adultos e crianças, mesmo tendo estes últimos direitos específicos e fórum diferenciado, também leva algumas pessoas à conclusão errada de que há uma drástica redução da maioridade penal na maioria dos países, quando na verdade a idade mínima marca o fim da inimputabilidade juvenil e o início da imputabilidade em regime jurídico diferenciado para crianças e adolescentes, e não necessariamente o fim da maioridade penal. Idêntico ao que já é feito no Brasil. (SILVA, CAMPOS E SOARES, 2018).

De acordo com o artigo 228 da Constituição Federal de 1988, reforçado pelo artigo 27 do Código Penal e pelos artigos 102 e 104 do Código da Criança e do Adolescente, no Brasil a responsabilidade criminal começa aos 12 anos e aos 18 anos, respectivamente. (ECA LEI nº 8.069/90).

A responsabilidade criminal segundo Mauro (2011) varia muito entre os países e depende de cada cultura legal e social, indicando uma falta de consenso global sobre o assunto. A grande diferença de responsabilidade entre diferentes países não é necessariamente um sinal de progresso ou barbárie neste ou naquele país, mas mostra o resultado de diferentes visões de mundo, concessões e teorias jurídicas entre as nações.

Vale ressaltar que existem países que importam menores de 18 anos e têm tratamento especial. Por exemplo, o adolescente pode ser julgado na Argentina a partir dos 16 anos como adulto, mas está cumprindo sua pena em local adequado à sua idade, ao contrário dos presos que são considerados adultos. Outros países como EUA e Inglaterra adotam um sistema uniforme sem diferença de idade (MAURO, 2011)

2.2 Diferença de maioridade penal e responsabilidade penal/argumentos

Na maioridade penal ou maioridade criminal define a idade mínima a partir da qual o sistema judiciário pode processar um cidadão como adulto, não existindo à priori sobre ele quaisquer agravos, atenuantes ou subterfúgios baseados na sua idade à época da ocorrência do fato de que é acusado. O indivíduo é, pois, reconhecido como adulto consciente das consequências individuais e coletivas dos seus atos e da responsabilidade legal embutidas nas suas ações (NÚÑEZ NOVO, 2013)

A maioridade penal legal não é necessariamente o mesmo que a maioridade civil legal, nem a idade mínima exigida para votar, dirigir, trabalhar, casar, etc. Há muita confusão conceitual entre maioridade penal e responsabilidade criminal (NÚÑEZ NOVO, 2013)

Os dois principais marcos internacionais sobre os direitos da criança, a Carta de Pequim (1985) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ambos da ONU, não estabelecem com precisão uma idade mínima para seu julgamento e punição, deixando aos Estados Nacionais essa definição, com base em sua cultura e "que esta não deve ser fixada a um nível demasiado baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afetiva, psicológica e intelectual".

As duas antigas resoluções da ONU citadas acima ignoram a diferenciação entre maioridade penal e responsabilidade penal/criminal, o que tem gerado enorme confusão no debate, principalmente no Brasil.

Barbosa (2016) explica que por definição, a idade de responsabilidade criminal indica quando uma criança entende completamente o que está fazendo e então suas ações podem ser processadas.

Este conceito existia desde 1804 e atualmente está sendo adotado pela grande maioria dos países, distinguindo entre insanidade (o período desde o nascimento até a idade mínima) e a idade em que a criança ou jovem pode ser acusado, processado e punido em outra jurisdição do adulto (BARBOSA, 2016).

O fato de os países estarem a introduzir um sistema jurídico unificado para a responsabilidade penal de adultos e crianças, apesar de estas últimas disporem de direitos específicos e de um foro diferenciado, também leva à conclusão errada de que existe uma

redução drástica da maioria penal na maioria países, embora a idade mínima na verdade marque o fim da responsabilidade juvenil e o início da responsabilidade em um sistema legal diferenciado para crianças e jovens e não necessariamente o fim da maioria penal. Idêntico ao que já está sendo feito no Brasil (NÚÑEZ NOVO, 2013)

De acordo com o artigo 228 da Constituição Federal de 1988, reforçado pelo artigo 27 do Código Penal e pelos artigos 102 e 104 da Lei, a responsabilidade penal no Brasil começa aos 12 anos e a maioria penal aos 18 anos. e jovens (LEI ECA nº 8.069/90).

Para Assis (2015) a responsabilidade penal varia muito dependendo da cultura jurídica e social de cada país, indicando uma falta de consenso global sobre o assunto. A grande diferença de responsabilidade entre diferentes países não indica necessariamente progresso ou barbárie neste ou naquele país, mas mostra o resultado de diferentes visões de mundo, concessões e teorias jurídicas entre as nações.

Vale ressaltar que existem países que aceitam menores de 18 anos que tenham regime especial de tratamento. Por exemplo: O adolescente pode ser julgado na Argentina a partir dos 16 anos como adulto, mas cumprirá sua pena em local designado para sua idade, ao contrário dos presos que são considerados adultos. Outros países, como EUA e Inglaterra, adotam um sistema uniforme sem diferença de idade (ASSIS, 2015)

3. Argumentos favoráveis e desfavoráveis acerca da redução da maioria penal

Debates sociais influenciaram em alguma medida a Câmara dos Deputados e a apresentação de propostas em favor da redução da maioria penal. A mídia mobilizou depoimentos de autoridades, atores políticos e grupos da sociedade civil. Além disso, foram realizadas pesquisas de opinião sobre o tema e manifestações de atores políticos a favor e contra a medida (CAMPOS, 2009)

A maioria penal legal refere-se à idade a partir da qual o arguido do crime é considerado maior de idade para efeitos penais e processuais, ou seja, a idade a partir da qual uma pessoa é responsável pelos seus atos. A responsabilidade pelo crime cometido indica o status mínimo que a justiça pode atribuir a uma pessoa por seus atos e/ou omissões. (AZEVEDO, 2021)

Sempre quando a população é noticiada sobre algum crime violento ocorrido por algum menor de idade, o primeiro pedido é pela redução da maioria penal. Esse clamor pela redução da maioria penal não é algo novo, já se era falado até mesmo antes da criação do ECA.

O critério adotado para a fixação da maioria penal foi de caráter biológico como visto anteriormente, no qual ficou entendido que os menores de 18 anos não possuem a plena capacidade de entendimento que lhes permitem discernir sobre o ato que estão cometendo.

Segundo Cavalcanti e Oliveira (2015) em junho de 2013, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) publicou manifestação contrária à aprovação da redução da maioria penal. Em síntese, destacou-se que a compreensão do jovem infrator não pode se dar a partir de uma perspectiva individual, pois seu desenvolvimento é atravessado pelo contexto relacional, social e histórico.

A ênfase também foi colocada na natureza educacional das intervenções de educação social que promovem o desenvolvimento humano saudável em oposição às práticas opressivas de encarceramento. No entanto, o Estado brasileiro não tem conseguido viabilizar esse desenvolvimento para crianças e jovens por meio da garantia de seus direitos. Para o CFP, a violência não se resolve culpabilizando e punindo o agressor, mas sim pela ação das forças sociais, políticas, econômicas e psicológicas que a criam (CAVALCANTI E OLIVEIRA, 2015).

Em contrapartida ao critério adotado pela redução surge um dos principais argumentos para quem defende que deva ser reduzida a maioria penal, é o de que crianças de 16 e 17 anos já possuem sim o pleno discernimento para responder por seus atos. O legislador-constituente reconheceu aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos a plena capacidade de tomar decisões no momento de lhes conferir a capacidade de votar, de acordo com o artigo 14, §1º, inciso II, alínea c (BRASIL, 1988).

É expresso na Constituição Federal, que homens e mulheres com idade entre 16 e 18 anos estão aptos a votar em candidatos para qualquer cargo sendo ele, vereador, prefeito, deputado estadual, deputado federal, senador e Presidente da República. Trata-se de uma responsabilidade que só cidadãos com elevado grau de maturidade podem exercer. Com a intenção de fortalecer esse ponto de vista, segue a seguinte citação.

No Brasil, em particular, há outra razão crucial, a saber, a extensão do direito de voto a menores de dezesseis a dezoito anos, embora este seja facultativo, por decisão da Assembleia Nacional Constituinte, para deliberação de um famoso senador que cultivava sempre a sua "progressividade". Não se presume que qualquer um que não seja responsabilizado pela lei atual por cometer um crime eleitoral possa exercer o direito de voto (REALE 1990 apud JORGE 2002).

De acordo com Araújo (2003, P.18) "Essa presunção legal de falta de entendimento pleno da conduta criminosa, que, talvez, no passado podia ser tida como verossímil na

atualidade já não é mais”, reforçando uma ideia de que o modo antigo de encarar as atitudes dos jovens já não é mais viável.

Araújo (2003) ainda complementa: “Com a evolução da sociedade, da educação, dos meios de comunicação e informação, o maior de 16 anos já não pode mais ser visto como “inocente”, ingênuo, bobo, tolo, que vive a jogar vídeo game e brincar de Playmobil”.

Algumas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA ainda não foram efetivadas em relação aos adolescentes infratores. Nessa esteira, observa-se a emergência de um discurso que reivindica “deveres”, e não apenas (como dizem muitos deputados em suas proposições) “direito 361 para os jovens. O referido Estatuto é considerado por alguns setores da sociedade brasileira como sinônimo de impunidade e é visto como liberal demais para a punição do adolescente autor de ato infracional, o que está em desacordo com a lei (CAMPOS, 2009, p. 485).

Vários autores de obras e artigos especificam o problema de a criminalidade juvenil possuir origem social, tendo ligação direta com a falta de educação e oportunidades para os jovens e suas famílias, assim se desviando para atividades criminosas, alegando não haver outra saída. Sendo assim, a solução do problema estaria relacionada muito mais a implantação de políticas públicas de educação e emprego, com resultados em longo prazo, do que a mudanças legislativas.

Até que essas medidas em longo prazo sejam tomadas, a sociedade continuaria à mercê da violência, pois, primeiro, teríamos que esperar que as novas políticas fossem adotadas e esperar que comesçassem a surtir efeito tendo em vista que o efeito seria em longo prazo. Portanto caso uma medida penal mais severa fosse implantada poderia intimidar e promover um alívio para a sociedade, tendo em vista que as medidas socioeducativas usadas pelo ECA não intimidam jovens criminosos.

O Doutrinador Nucci (2014), em seu entendimento sobre a lei penal explica que, foi criada uma presunção absoluta entorno à inimputabilidade dos jovens menores de 18 anos, julgando que os mesmos não possuem ainda o desenvolvimento mental completo, os tornando incapazes de distinção entre o certo e errado. Ainda reforça a ideia de que os jovens dessa idade possuem sim a capacidade de compreender a ilicitude de seus atos, levando em conta o desenvolvimento prematuro que os jovens possuem hoje em dia. Porém a maioria penal no Brasil continua aos 18 anos.

Ainda Nucci (2014) explica que a única maneira possível para alterar a aferição de maioria penal seria através da emenda à constituição, que no caso seria por opção dos legisladores constituintes. Ainda salienta que a responsabilidade penal se encontra no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso, e não no capítulo do contexto

dos direitos e garantias individuais, que são localizados no artigo 5º da Constituição, não se tratando então de cláusula pétrea. O doutrinador ainda destaca que não se pode concordar com a tese de que em outras partes da Carta constam direitos e garantias fundamentais do homem, daí cláusulas pétreas inseridas na impossibilidade de modificação conforme art. 60, § 4.º, IV, CF, pois é sabido que existem direitos e garantias sobre o conteúdo material e direito e garantias sobre o conteúdo formal.

O simples fato de ter sido incluído no texto da Constituição Federal como direito e garantia fundamental é suficiente para transformá-lo formalmente como tal, ainda que não possa ser considerado como tal em termos materiais. São as proibições de identificação criminal de pessoas que tenham sido oficialmente identificadas, ou mesmo em julgamento pelo júri, que são apenas garantias básicas porque estão incluídas no art. 5., (NUCCI, 2014, p. 247).

Em resumo, a redução da maioria penal só é possível através de uma emenda à Constituição. Conforme a linha de raciocínio dos autores citados, a imputabilidade penal não se trata de uma cláusula pétrea, declarando que os direitos e garantias inseridos no artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1998) são um rol taxativo. Levando isso em consideração o autor diz não seria aceitável considerar que estariam inseridos em outros dispositivos legais e, sendo assim é possível alterar o texto do artigo 228 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Volpi (1998) afirma que não há óbice na legislação para reduzir a responsabilidade penal no país. Com isso, o autor contraria a parcela da população que considera o artigo 228 da Constituição Federal como cláusula imutável. Ele destaca e endossa os direitos dos jovens previstos na legislação vigente, mas observa que eles não são invioláveis, pois o direito conquistado pela comunidade não pode ser contestado em detrimento dos jovens quanto à sua responsabilidade criminal.

Por outro lado, com uma linha de raciocínio mais protetiva do que punitiva serão citados os argumentos contra a redução da maioria penal, argumentos que sempre utilizarão o desenvolvimento mental incompleto e a incapacidade dos adolescentes para responder por seus atos.

O argumento mais utilizado é o de que as crianças e os adolescentes se encontram em um nível de desenvolvimento psicológico diferente dos adultos. Diversos órgãos de psicologia se posicionaram contra a redução da maioria penal no Brasil, pois segundo eles a adolescência é uma transição importantíssima na vida do jovem devido ao processo de maturação, por isso não deve o adolescente ser submetido a uma responsabilidade que ainda não possui.

Capez (2005) traz o seguinte raciocínio acerca do desenvolvimento do adolescente: "é o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional".

De acordo com os defensores da não redução da maioridade penal, a solução se encontra na educação. Com investimentos voltados à melhora na educação, se alcançaria uma integração muito mais ampla nas crianças, na qual possibilitaria posteriormente uma aplicação mais adequada do ECA.

O índice elevado de atos infracionais no país possui ligação direta com a falta de educação, pois ao ser comparado com o índice criminal de outros países mais desenvolvidos que o Brasil vê que a educação é o fator crucial na luta contra a criminalidade infantil. A educação é uma medida que surte efeito em longo prazo, fatos nos quais a sociedade se indigna, pois querem que medidas em curto prazo sejam tomadas, para cessar com a violência que os jovens vêm cometendo.

Autores defensores da não aplicação da redução da maioridade penal no país explicam que o ECA já possui várias medidas socioeducativas eficientes, ou caso que se demonstrem insuficientes, bastaria a criação ou aprimoramento das mesmas de forma que fossem aplicadas mais rigorosamente, como por exemplo estender o prazo de internação de três para cinco anos. Sendo assim, o problema se encontra na aplicação insuficiente do ECA, de forma que, se o Estado utilizasse dos instrumentos previstos no estatuto de maneira mais efetiva, em colaboração com investimento na educação dos jovens, talvez no futuro não haveria mais o que se falar em redução da maioridade penal.

Autores ainda afirmam que caso fosse aprovada a redução da maioridade penal no país, sua incidência seria nos jovens em condições sociais vulneráveis, que seriam os jovens pobres e moradores de periferias.

Mirabete (2007) leciona que a redução da maioridade penal não é a forma mais adequada de lidar com o problema da criminalidade juvenil, pois a referida criminalidade se encontra entrelaçada com a realidade das situações econômicas e sociais em que o jovem está incluído.

Mirabete (2007) ainda reconhece que os jovens de hoje não são os mesmos de antes e possuem ciência de seus atos, tendo em vista que atualmente, os jovens possuem amplo acesso à informação por vários meios de comunicação e sendo, portanto, mais informados. Ainda salienta que o código civil permite aos jovens praticar atos da vida civil sem precisar de assistência, portanto, já sabem discernir sobre o certo e o errado. O autor Bandeira

destaca a importância de se ter outros requisitos, apesar da informação para analisar os jovens:

Para Bandeira (2006) não há dúvida que o adolescente de hoje está muito bem informado e melhor preparado do que o adolescente dos anos 70; entretanto, a questão não é só de informação, mas de formação; não é só de razão, mas de equilíbrio emocional; não apenas de compreensão, mas de entendimento.

Diante disso, Bandeira (2006, p.198) faz a seguinte reflexão: "será que o adolescente de 15 ou 16 anos age refletidamente? Será que pensa, antes de agir? Ou é, por excelência, inconsequente, por força mesmo de sua incompletude, de sua imaturidade?"

Só o tempo é capaz de construir mecanismos que permitam ao homem refletir, ponderar e medir suas ações. O jovem precisa de tempo para amadurecer, como ontologicamente o fruto que ainda não amadureceu, e que só chega na hora certa. A natureza não dá saltos, ou seja, *natura non facit saltus*, e a criança demora a ser adolescente e o adolescente demora de tempo para ser adulto maduro (BANDEIRA, 2006).

Conforme o autor cita acima, reduzir a idade para 16 anos não vai resolver em nada a situação da criminalidade. Visto que nessa idade os adolescentes vão ser julgados pela legislação penal, porém, eles se encontram em fase de crescimento e de desenvolvimento, em uma sociedade com uma imensa diferença de condições sociais e econômicas, obrigados a conviverem mediante tanta violência.

Outro argumento que autores utilizam para abolir a ideia de redução da maioridade penal é a inconstitucionalidade presente na proposta, pois defende que a PEC ocasiona uma ofensa a cláusula pétreia, justamente por a mesma estar elencada entre os direitos e garantias fundamentais.

Também argumentam que doutrinadores a favor da redução fazem uma equiparação do jovem mediante a esfera penal com as outras esferas do direito levando em consideração, por exemplo, que o jovem pode ser emancipado, como também possui direito ao voto facultativo aos 16 anos. Utilizam dessa equiparação para tentarem uma possível convicção acerca da redução da maioridade penal, sendo que a mesma é alvo de repúdio por quem defenda de que não deve haver redução da maioridade penal, utilizando o fundamento de que tal tese não vincula os direitos universais de ser votado, como também o voto não ser obrigatório aos menores de idade, além de que o instituto da emancipação não possui status constitucional.

Os autores destacam a grande importância do ECA, que foi considerado uma grande conquista em prol da defesa dos direitos humanos. Mas dizem estarmos sujeitos a um possível retrocesso, com sugestões legislativas que atrasariam a sociedade, tendo em vista

que os jovens infratores já sofrem punições com as medidas socioeducativas, diferente dos adultos, por estarem em fase de desenvolvimento e, com isso não haveria necessidade de programar novas medidas.

Por fim seguindo a mesma linha de raciocínio para argumentação a favor da não redução da maioridade penal, tem-se que o Brasil não possui mínima estrutura prisional para que tal medida como a redução da maioridade penal seja aprovada, levando em conta em que não há finalidade em colocar jovens de 16 e 17 anos de idade juntamente com adultos, criminosos em presídios onde há superlotação. Com essa medida aprovada surtiria ao contrário da esperada ressocialização.

Reiteram que a estrutura prisional do Brasil é uma das piores do mundo. Sendo preciso compreender a falha seria eminente na aprovação da referida proposta de emenda à Constituição. Quando equiparam a maioridade penal com países desenvolvidos, argumentando que nesses países a lei funciona pois menores que cometem crimes são presos, estão cometendo um grave erro, pois não há comparação entre a estrutura prisional precária do Brasil com a estrutura desses países desenvolvidos.

Então, o Brasil deveria reduzir a maioridade penal para que os menores possam ser presos como os adultos infratores? A resposta parece óbvia, mas não é. Será que simplesmente mandar um jovem para os lixões das prisões brasileiras resolveria alguma coisa? Ou apenas saciaria o apetite da banda rosnando que o bandido não tem direitos humanos? (PETRY, 2006, p. 66).

A prioridade seria uma reestruturação no sistema prisional caso queiram algum dia almejar a redução da maioridade penal, para que ao menos a referida redução tenha uma aplicação correta, de forma que adolescentes fiquem realmente afastados dos criminosos adultos.

Logo, se torna necessário, investimentos na segurança, reestruturação do sistema prisional, contando com a construção de novos presídios, para que seja respeitada a lotação recomendada, adotando primeiramente essas medidas, talvez um dia haja do que se falar em redução para que a mesma atinja a sua finalidade.

CONCLUSÃO

Os argumentos contrários à redução da idade penal colocam em evidência a competência do Estado em melhorar os investimentos na educação dos jovens e reduzir a desigualdade social. Outro argumento utilizado é de que a idade estabelecida pela constituição se trata de cláusula pétrea, portanto não podendo ter o seu texto alterado.

Por mais que a criminalidade cometida por jovens aumente cada vez mais levando a sociedade a clamar pela redução da maioridade penal como forma de solução, a redução pode acabar não surtindo o efeito esperado. Utilizando como base a pesquisa feita, a redução não seria a melhor ou a solução mais adequada no momento.

O ideal seria o Estado tratar mais seriamente a questão da desigualdade social, que por consequência deixa muitos jovens desamparados e propícios à vida do crime, mais investimentos na área de educação também é essencial, pois educar é melhor do que punir.

Outro ponto impeditivo forte seria o sistema carcerário brasileiro não possuir condições de receber esses jovens em regimento separado dos adultos, tendo em vista que os presídios brasileiros estão superlotados, além de não oferecerem condições mínimas para uma possível ressocialização.

REFERENCIAS

ARAÚJO, Kleber Martins de. **Pela redução da maioridade penal para os 16 anos.**

Revista Jus Navegando, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4578>. Acesso em 12 já. 2023

BRASIL, Constituição Federal do. Constituição da República Federativa do Brasil de **1988**: 2010. Disponível em: senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988.asp. Acesso em aet, 2022

_____ **Lei no 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em set ,2022

BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e constitucional. 1. Ed. Ilhéus: UESC, 2006 disponível em <https://www.passeidireto.com//>. Acesso em 01 mar. 2023

BARROSO FILHO, José. **Do ato infracional**. Revista Jus Navegando, issn 1518-4862, . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos//>. Acesso em 25 fev. 2023

BENETTI, Pedro Rolo. Redução da maioridade penal: a longa trajetória de um discurso sobre adolescentes. **DOSSIÊ** • Sociologias 23 (58) • Sep-Dec 2021 • <https://doi.org/10.1590/15174522-117933>

BRASIL **Lei nº 8.069/90 Estatuto da Criança e Adolescente**, pelo Congresso Nacional disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br//>- Acesso em 15 jan. 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 16 Marc 2031.

BRASIL. **Decreto-lei nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, 12 out. 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 08 Marc 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial [da] União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 08 Marc 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 08 Marc 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Diário Oficial [da] União, Brasília, 11 out. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 08 Marc 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1 disponível em . <https://www.jusbrasil.com.br/> Acesso 12 dez. 2022

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALCANTI, Mariana Fonseca; OLIVEIRA, Isabel Fernandes de. Maioridade penal: a urgência de uma discussão. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 257-264, ago. 2015 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692015000200009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 16 maio 2023.

CARDOSO, Gabriela Giovana Silva. **O caso “Champinha” à luz do direito penal do inimigo**. 2016. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1510>. Acesso em: 15 fev. 2023

COSTA, Tarcísio José Martins Da. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Ed. Del Rey, 2004 disponível em <https://www.estantevirtual.com.br> 05 mar. 2023

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Referências técnicas para atuação de Psicólogos no âmbito das medidas socioeducativas em unidades de internação. 2010. Brasília: Conselho Federal Psicologia. [[Links](#)]

FELICÍSSIMO, Fernando Fulgêncio. **A redução da maioria civil e seus reflexos no sistema jurídico-penal.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 17 set. 2002. Disponível em <https://jus.com.br/artigos//> Acesso em 14 mar. 2023

GONÇALVES, Rosângela Teixeira. **A juventude fora da CASA:** os jovens egressos do Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente-Fundação CASA. 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/128067> .Acesso em fev. 2023

HUNGRIA Nelson **o jovem infrator e o sistema carcerário brasileiro** 1983, pág. 289,290 disponível em <https://www.cursoderedacao.net/sistema-carcerario-brasileiro/> Acesso em 14 mai. 2023

JORGE, Éder. **Redução da maioria penal.** Revista Jus Navegando-4862, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/3374>. Acesso em 15 dez. 2022

MAURO, Danilo Ribeiro. **Aplicabilidade e efetividade das medidas socioeducativas previstas na lei nº. 8.069/90-Estatuto da criança e do adolescente.** Intertem@ s ISSN 1677-1281, v. 22, n. 22, 2011.

MENDONÇA, Luciana. **Dever do Conselho Tutelar de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, conforme o artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Direito-Tubarão, 2019. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/7417>.Acesso em 12 mar. 2023

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br//> Acesso em 10 nov. 2023

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 25. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. Disponível em <https://www.estantevirtual.com.br//> Acesso em 15 jan. 2023

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 13ª ed. rev., atual. E ampla. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em <https://www.lexml.gov.br//> Acesso em 02 fev. 2023

SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011 disponível em. <https://www.estantevirtual.com.br/> Acesso em 12 MAR. 2023

PETRY, André. O dilema e o exemplo. **Revista Veja.** São Paulo, ano 39, nº 29, p.66, 26 jul.2006. <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas> Acesso em 23 mar. 2023

SILVA, Ana Carolina Medeiros; RODRIGO, C. O. G. O. **Políticas públicas em prol de adolescentes em conflito com a lei penal no Brasil.** ANAIS DO ENIC, v. 1, n. 10, 2018.

SILVA, ANESKA DE SOUZA. **A percepção das famílias acerca da criminalização de filhos vitimizados pelo estado.** Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, v. 16, n. 1, 2019.

SILVA, Esther Cruz. CAMPOS, Grazielli da Cruz. SOARES, Cindy Stefhany Viana. Reduzir a maioria penal: solução ou problema? 2018. 8 FLS. Disponível em: <https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-anteriores/volume-3-edicao-4/2989-rci-reduzir-a-maioridade-penal-solucao-ou-problema-06-2018/file> Acesso em 10 mai. 2023

IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO CRIMINAL COMPLIANCE PARA DIMINUIÇÃO DE RISCOS NAS EMPRESAS BRASILEIRAS

JEFFERSON DOS SANTOS RIBEIRO:

Acadêmico do 10 período do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP WYDEN.³⁴²

Resumo: O presente estudo tem como objetivo discutir a abrangência e efetividade do Criminal Compliance no Brasil. De forma específica, busca-se conhecer a origem e evolução histórica dos sistemas de integridade nas empresas brasileiras e verificar a importância da implementação dos programas de compliance como instrumento para diminuir fraudes e riscos nas empresas brasileiras. A metodologia do estudo configura-se como do tipo revisão da literatura. A pesquisa bibliográfica ocorreu durante todo o mês de maio, com acesso as bases de dados do Google acadêmico e das Instituições de Ensino Superior do Brasil. Os resultados do estudo revelam uma tendência da adoção de sistemas de integridade no atual momento brasileiro, já vigorando a necessidade de implementar esses sistemas para poder contratar junto à administração pública em algumas localidades que possuem regulamentação neste sentido. A adoção de políticas de integridade nas empresas brasileira é fruto de um longo caminho, tendo influência de eventos ocorridos em outros países que culminaram em grandes escândalos de corrupção, não sendo diferentes das experiências vivenciadas recentemente em solo brasileiro.

Palavras-chave: Compliance. Riscos. Empresa Brasileiras. Sistemas de Integridade. Corrupção.

Abstract: This study aims to discuss the scope and effectiveness of Criminal Compliance in Brazil. Specifically, it seeks to know the origin and historical evolution of integrity systems in Brazilian companies and to verify the importance of implementing compliance programs as an instrument to reduce fraud and risks in Brazilian companies. The study methodology is a literature review type. The bibliographical research took place throughout the month of May, with access to Google academic databases and Higher Education Institutions in Brazil. The results of the study reveal a tendency towards the adoption of integrity systems in the current Brazilian moment, with the need to implement these systems already in force in order to be able to contract with the public administration in some locations that have regulations in this regard. The adoption of integrity policies in Brazilian companies is the result of a long path, influenced by events that took place in other countries that culminated in major corruption scandals, not unlike the experiences recently experienced on Brazilian soil.

342 Email: jefferson.sribeiro.jr@gmail.com

Keywords: Compliance. Scratches. Brazilian companies. Integrity Systems. Corruption.

1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, em razão dos inúmeros casos de corrupção e lavagem de dinheiro em âmbito nacional e transnacional, o Brasil e o mundo tem se preocupado cada vez mais com as relações empresariais, sejam elas de cunho público ou privado, nacional ou estrangeira.

Neste sentido, tais relações foram exigindo se que se criasse base normativa que regulamentassem esses fatos, sendo a partir daí criados tratados, leis e convenções que regulamentam essas ocorrências em todo o mundo. Essa adoção de mecanismos regulatórios, culminou com a criação do instituto de compliance que é visto como mecanismo de aprimoramento, controle e regulamentação de políticas e regulamentos internos e externos, com a finalidade da prevenção e mudanças de mentalidade quanto ao cometimento de delitos. O termo *compliance* deriva do verbo inglês "*to comply*", tendo como significado: está de acordo com algo que é exigido, adequar-se ou realizar algo que foi imposto.

Nesse contexto, Oliva e Silva pontua que quando fala-se em compliance, trata-se na verdade de um conjunto de ações que devem ser adotadas no ambiente corporativo, visando a anuência da empresa à legislação vigente, objetivando que esta previna ocorrências de infrações ou já tendo ocorrido o ilícito, proporcione o imediato retorno ao contexto da legalidade.

A aplicação do estudo justifica-se pela relevância do tema que incide sobre a vida de toda a população e não apenas sobre aqueles que estão envolvidos no ramo empresarial. No mais, a pesquisa também é relevante em razão das previsões recentes trazidas pela lei anticorrupção (Lei 12.683/2012 que foi modificada pela Lei 12.846/2013) trazendo novos apontamentos, culminando em uma maior adesão das empresas aos programas de compliance, visando preservar suas atividades e seus ativos, sendo importante discutir por meio desse estudo, quanto a efetividade desses mecanismos e a importância na estrutura das empresas.

A metodologia do estudo configura-se como do tipo revisão da literatura. A pesquisa bibliográfica ocorreu durante todo o mês de maio, com acesso as bases de dados do Google acadêmico e das Instituições de Ensino Superior do Brasil. Sendo incluídos estudos completos, gratuitos e na língua português ou inglês, com publicação entre os anos de 2017 a 2023. Foram excluídos estudos incompletos e em outra língua estrangeira diversa da inglesa.

Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo discutir a abrangência e efetividade do Criminal Compliance no Brasil. Especificamente, busca-se conhecer a origem e evolução histórica dos sistemas de integridade nas empresas brasileiras e verificar a importância da implementação dos programas de compliance como instrumento para diminuir fraudes e riscos nas empresas brasileiras.

2 COMPLIANCE

2.1 Conceito

De acordo com entendimento de Bertocelli (2019) o Compliance possui significado de: dever de cumprir com uma ordem ou conjunto de regras ou pedido, é manter-se em conformidade com os regulamentos internos e externos impostos a uma instituição. Desse modo, as funções de Compliance estão intimamente relacionadas às boas práticas de negociação, também sendo traduzido como ética comercial, se relacionando também com corporate governance que pode ser entendido como sistema de direção empresarial.

Para Cueva e Frazão (2020) o compliance define-se como entender as normas organizacionais e orientar-se pelos procedimentos recomendados, agir em conformidade e sentir quanto são fundamentais a ética e a idoneidade em todas as nossas atitudes. Estar em compliance é estar em conformidade com leis.

Conforme Mendes (2017) a função de Compliance possui diversos propósitos de aplicabilidade, sendo elas: certeza da adesão e do cumprimento de leis e regulamentos, observância de princípios éticos e de boas normas de conduta; assegurar a existência de procedimentos associados a processos, procedimentos e controle internos, manutenção da prevenção à lavagem de dinheiro através de treinamento e avaliação de riscos e controles internos também denominado de gestão Compliance.

Assim, um programa de compliance também conhecido como programa de integridade, deve ir além da mera existência de regras positivas que devem ser seguidas, diz respeito principalmente a um conceito amplo e interdisciplinar, apresentando duas dimensões: a primeira diz respeito aos mecanismos utilizados pelas instituições para garantir o cumprimento das leis e regulamentos. E a segunda trata de todo o sistema de práticas da entidade, induzindo seus agentes a fazer o certo e não apenas visar o lucro a qualquer custo (SILVA e SILVA, 2022).

A função de Compliance deverá ser independente, por isso, diz-se que envolve quatro elementos fundamentais: existência de coordenador responsável pelos trabalhos de gerenciamento dos riscos, ausência de conflitos de interesse, acesso a informação e pessoas em exercício das suas atribuições e principalmente, status formal que lhe dê

autoridade e também independência. Seguindo tal entendimento, pode se elencar que o objeto principal do Compliance é o grau de adesão dos destinatários das normas no que tange aos processos de atuação e análise de obediência dos parâmetros legais instituídos (FERNANDO, 2017).

Para Cueva e Frazão (2020) quando se menciona o risco de Compliance trata-se especificamente do risco que as empresas/organizações estão expostas, ficando sujeitas a sanções por órgãos reguladores por falta de adesão às normas pré estatuídas. Desse modo, conforme já mencionado, o Compliance vai além do simples conceito que impõe seguimento de regras, uma vez que se propõe a encontrar formas de fazer com que a instituição seja rentável, porém sustentável, buscando se ater às regras e normas impedindo a prática de crimes e desvios de condutas no tecido empresarial.

2.2 Histórico da implementação do Compliance no Brasil e no mundo

De acordo com Barrirali (2021) o surgimento da figura do Compliance surgiu nos Estados unidos por volta do ano 1912 quando foi criado o Banco Central daquele país, que teve como objetivo principal criar um sistema financeiro flexível, estável e seguro. Visando corrigir as alterações naturais inerentes ao capitalismo. No ano de 1940 foi criado o acordo de *Bretton Woods*, considerado o primeiro sistema de regulamentação e controle da economia em nível internacional.

Neste contexto, Fernando (2017) expressa que esse acordo também proporcionou a criação do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento, e posteriormente deu ensejo para criação também do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. No entanto, foi a partir de 1970 que houveram grandes necessidades de mecanismos que oportunizasse o controle e transparência na economia.

Com a exposição de inúmeros casos de corrupção na época, como por exemplo o caso *Watergate* (considerado o maior escândalo político daquela década) foi criado mecanismos para inibir tais práticas e penalizar os culpados por corrupção, seja nacional ou estrangeiro. Diante desses fatos, os Estados unidos criaram o *Foreign Corrupt Practices act* (FCPA). Em resumo, este ato normativo trata-se de uma norma americana anticorrupção que regulamentou e proibia as instituições de pagar suborno a governos e figuras políticas nacionais e internacionais (SILVA e SILVA, 2022).

De acordo com Assi (2017) pode se dizer que a FCPA ensejou a criação de penalidades mais duras para empresas que utilizavam artifícios com governos estrangeiros para crescer seus negócios em solo estrangeiro. Com isso, visto a maior segurança do meio empresarial, houve maior competitividade entre as empresas. Posteriormente, já na década de 90, cresceu a preocupação com mecanismos de controle ético e de integridade nas

empresas, de tal modo que as empresas que não tinha programas de compliance tinham sua confiabilidade diminuída no mercado.

Conforme Farias (2023) a criação dos mecanismos de controle anticorrupção tiveram forte influência, principalmente de casos de deturpação da ordem durante os anos 90, seja eles de caráter financeiro ou não. Com essas implementações de regulação, o que deu ensejo a criação de um mercado mais transparente. Foi criada também a Lei Sarbox que visou a criação de regras precisas quanto à criação de comitês que supervisionavam as operações financeiras, visando a busca de transparência e prevenção de condutas ilegais.

De acordo com Dias e Silva (2022) na busca por ampliar as práticas de Compliance os Estados Unidos intercederam junto à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, além de atuação junto à Organização das Nações Unidas e Organização dos Estados Americanos, para que juntos somassem esforços para ampliar esforços conquistados já na FCPA, expandindo as previsões normativas para outros países.

De acordo com Louzada (2018) com a atuação dos Estados Unidos junto à OCDE houve uma ratificação da FCPA que inseriu empresas estrangeiras que possuíam sede em solo americano ou realizasse qualquer transação financeira no país. Em meados de 2011, foi criada uma lei britânica que criminalizou o suborno e a propina. Essa norma, é considerada a lei mais severa que trata de corrupção em todo o mundo, conhecida como *UK Bribery Act*. Difere da FCPA pois se aplica a qualquer tipo de suborno e não apenas os transnacionais e independentemente se é no serviço público ou não. Ou seja, engloba qualquer tipo de suborno dentro do Reino Unido. Tal norma prevê a responsabilização de toda empresa que realiza negócio no Reino Unido e que realize suborno em qualquer parte do mundo.

Conforme Simonsen (2020) no Brasil, até o ano de 1998 o país não seguia as demais nações quanto ao Compliance Criminal. A partir do ano citado, o Brasil passou a adotar medidas similares, expresso pela publicação da resolução nº 2.554 do Banco Central que teve o objetivo de incorporar as medidas já citadas trazidas da Europa, dos EUA, e de outros. Além desde feito, no mesmo ano, houve também a publicação da Lei de Combate aos Crimes de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) que dispõe sobre crimes de lavagem e/ou ocultação de bens, direitos e valores. Além de criar o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF que atualmente em razão de medida provisória denomina-se Unidade de Inteligência Financeira - UIF, sendo hoje operado pelo Banco Central

Conforme Silva e Silva (2022) o Brasil atuava de forma incipiente nesse ramo, sendo que, somente com o advento do ano 2013 foi criada a Lei Nacional Anticorrupção (Lei nº 12. 846/2013). Pela referida norma, ficou estipulado que está disporá sobre a

responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

2.3 O Compliance no Brasil

No Brasil, entende-se que a corrupção é um dos grandes problemas que assola o país, ramificando se em estruturas públicas e privadas, sendo capaz de contaminar os diversos sistemas da sociedade, como a própria Administração Pública, o sistema político e o empresarial. Diante desse contexto, foi criada a Lei 12. 846/2013 sendo denominada de Lei Anticorrupção, tendo apresentado bons resultados até o dado momento.

Essa norma, é considerada uma resposta às recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que recomenda medidas para o combate efetivo da lavagem de dinheiro e concomitantemente da corrupção, cada vez mais frequente em todo o mundo e principalmente em países emergentes. A referida lei dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências (BERTOCCELLI, 2019).

Nota-se que a norma tipifica diversas condutas lesivas que podem a vir ser praticas no âmbito de empresas, pode isso prever punições que podem inclusive incidir em multa de até 20% sobre o faturamento da empresa. Além disso, a norma também traz outros mecanismos que possibilitam às empresas manterem a sua integridade, como os acordos de leniência, que visam facilitar a recuperação de prejuízos causados aos cofres públicos, permitindo inclusive a redução da multa em casos de ilícitos que há cooperação da empresa para resolução do litígio (TJDFT, 2013).

Neste contexto, Venturini (2018) afirma que esta lei também pode ser denominada de Lei da empresa limpa. Assim, antes de sua implementação os comportamento antiéticos /ilegais nas empresas já vinham sendo combatidos, no entanto não alcançavam resultados expressivos. Ao entrar em vigor, tal norma dispõe sobre a responsabilização civil ou administrativa das pessoas jurídicas que cometem prática de atos contra a Administração Pública, seja ela nacional ou estrangeira, a fim de conseguir vantagens ou satisfazer seus interesses. Trata-se, portanto, de uma lei de combate à corrupção tendo um forte apelo internacional para sua formulação.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (BRASIL, 2013, pág.1).

Neste contexto, se extrai do enxerto que, apesar da responsabilização da pessoa jurídica, prevista em seu artigo terceiro. Não se exclui a responsabilização concomitante individual dos dirigentes, autor, coautor ou mesmo de partícipe do ato ilícito. Observa-se em seu artigo sexto que a responsabilização de pessoa jurídica contida na norma é de cunho administrativo/civil, não penal. Porém, não deixa de ser uma previsão inovadora no ordenamento jurídico nacional, trazendo sanções bastante significativas (ALMEIDA, 2020).

De acordo com Assis (2017) a Lei Anticorrupção tem objetivo de preencher uma lacuna no ordenamento pátrio no que tange aos meios de atingir o patrimônio das pessoas jurídicas que se envolvem em corrupção, além de criar mecanismos de ressarcimento dos prejuízos causados por estas pessoas. Além disso, verifica-se que a norma supracitada inovou ao tratar dos programas de integridade, não apenas por direcioná-lo ao combate a corrupção, mas também por estabelecer benefícios para as empresas que adotam esses programas.

Verifica-se que, a lei incentiva a adoção desses sistemas de integridade nas empresas, como forma de prevenir e mesmo de conceder benefícios. Diante disso, a tendência é que somente contrate com o poder público aquelas empresas que possuem sistemas de compliance vigente. Neste contexto, Silva (2022, pág. 1) expressa o seguinte:

Hoje em dia, é obrigatório possuir um programa de compliance para poder contratar com órgãos públicos, em determinados locais como acontece em algumas cidades. Hoje vemos que as organizações se tornaram as principais responsáveis por evitar, inclusive com punição, os atos antiéticos e de corrupção internamente. Sendo assim, os

profissionais de compliance adquirem grande experiência, importância estratégica, devendo zelar pelo compromisso com a conformidade às Leis e à ética. Sendo assim se faz necessário que eles conheçam de forma mais detalhada a Lei (SILVA, 2022, pág. 19).

Assim, a norma em comento torna-se importante frente a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil e administrativa. Sendo que, no âmbito civil, a responsabilidade a ser apurada tanto na esfera judicial quanto administrativa, sempre orientada a compor o prejuízo experimentado. No que tange a responsabilidade administrativa conta com procedimento próprio e a natureza da sanção é diversa. Nesse caso, a responsabilização administrativa tem outras finalidades, como inibir a atividade nociva à sociedade (CUEVA e FRAZÃO, 2020).

Vale ressaltar que no âmbito da corrupção em empresa, sempre haverá uma conduta humana. Neste sentido, a lei expressa que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade da pessoa física que agiu em nome da empresa. Sendo neste caso, a própria pessoa também punida pela conduta ilícita da qual obteve proveito. Além disso, essa punição da pessoa física não está atrelada a responsabilização da pessoa jurídica.

Outra inovação trazida pela norma, diz respeito à criação de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditorias, incentivos a realização de denúncias de atos irregulares e uso de código de ética no âmbito da pessoa jurídica, conforme é possível observar em seu artigo 7º:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados (BRASIL, 2013, pág. 3).

Neste contexto, verifica-se que alguns fatores são levados em consideração na hora da aplicação dos sacões, entre eles a presença de mecanismos internos na empresa que visem melhorar o sistema de integridade, como auditorias, incentivos a denúncias, código de ética entre outros (SIMOMSEN, 2020).

2.4 Implementação dos programas de compliance

Diante as previsões da Lei Anticorrupção, esta demandava uma regulamentação para pôr em prática as suas diretrizes com maior profundidade, sendo isto realizado por meio da criação do Decreto 8.420/2015 inicialmente que regulamentava essa norma, criando dentre outras previsões, o aprimoramento no que diz respeito à aplicação de programas de (Compliance). Já no ano de 2022, passou a vigorar o decreto nº 11.129/2022 que passou a regulamentar a Lei anticorrupção em substituição ao Decreto 8.420/2015 (SILVA e SILVA, 2022).

Nesse contexto, percebe que alguns parâmetros devem ser observados nesses sistemas de integridade. Assim, no art. 57 dessa norma regulamentadora, são apresentados os requisitos que devem ser considerados:

- I - Comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;
- III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV - treinamentos E ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;
- V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;
- VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;
- VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda

que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados[...] (BRASIL, 2022, pág. 8);

Assim, depreende-se do Decreto nº 11.129/2022 que o aspecto que trata do compromisso da alta gestão, evidencia a responsabilidade que os dirigentes em nível estratégico devem ter, como presidentes, vices e conselheiros. Além disso, a norma cita também a criação de regras e procedimentos, como Código de ética e Conduta. Manuais de procedimentos entre outros, devendo ter linguagem clara e acessível. Além disso, alguns outros mecanismos importantes são a garantia de relatórios internos confiáveis (DIAS e SILVA, 2022).

São também instrumentos relevantes, os canais de denúncias dentro dos programas de compliance, podendo ser instituídos por contatos por e-mail, telefone ou outros meios online, prezando pela integridade e identidade do denunciante. Assim, as pessoas jurídicas podem inclusive, desenvolver um sistema de premiação conjunto aos canais de denúncia, com a finalidade de incentivar esse instrumento (SILVA e SILVA, 2022).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo teve como objetivo discutir a abrangência e efetividade do Criminal Compliance no Brasil. Logo, verificou-se que a adoção de políticas de integridade nas empresas brasileira é fruto de um longo caminho, tendo influência de eventos ocorridos em outros países que culminaram em grandes escândalos de corrupção, não sendo diferentes das experiências vivenciadas recentemente em solo brasileiro.

O estudo evidenciou que os programas de compliance no Brasil evoluíram bastante, sendo possível a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, não excluindo a possibilidade de punição da pessoa física, autora, coautora ou partícipe da empreitada criminosa.

Dada a sua importância, o estudo revela ser uma tendência a adoção de sistemas de integridade no atual momento brasileiro, já vigorando a necessidade de implementar esses sistemas para poder contratar junto à administração pública em algumas localidades que possuem regulamentação neste sentido. Destarte, por todo o exposto, que o compliance já é uma realidade vivenciada no Brasil, sendo de grande importância a prevenção de danos ao patrimônio público, bem como para a saúde das empresas, visando uma cultura ética e longe de ilícitos.

REFERÊNCIAS

ASSI, Marcos. **Governança, riscos e compliance**: mudando a conduta dos negócios. São Paulo: Saint Editora, 2017.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Crime Empresarial, Autorregulação e Compliance**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Decreto nº 11.129/2022**. Regulamenta a Lei Anticorrupção.
<https://in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.129-de-11-de-julho-de-2022-414406006>. Disponível em: Acesso em 02 jun 2023.

BRASIL. Lei. 12.846 de 2013. **Lei anticorrupção**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 02 jun 2023.

CUEVA, Ricardo; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. 3 reimp. Belo Horizonte, 2020.

DIAS, P. P. Magre. SILVA, J. A. Tietzmann. **Compliance no Brasil**. A importância dos programas de integridade e os desafios observados desde a publicação da lei 12.846/2013. 2022. Disponível em:
<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5100/1/Monografia%20-%20Compliance%20no%20Brasil%201.pdf>. Acesso em: 02 jun 2023.

FARIAS, Wilson. Chizzotti, Camila. **Obrigatoriedade de compliance para contratação pública**. 2023. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/artigos-e->

noticias/2106-obrigatoriedade-de-compliance-para-contratacao-publica. Acesso em 02 jun 2023.

FERNANDO, Augusto Vale. **Implementação do estudo do compliance nas empresas estatais**; Salvador, 2017.

LOUZADA, J. **Compliance como meio de prevenção de ilícitos na relação público privada**. Monografia. Disponível em: < <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6450> > Acesso em 01 jun 2023.

MENDES, Francisco Schertel; DE CARVALHO, Vinicius Marques. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo Trevisan Editora, 2017.

SILVA, Enoque, Sousa. SILVA, L. Matteus, Paiva. **O Compliance criminal em uma perspectiva do direito comparado**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/24251>. Acesso em 02 jun 2023.

SIMOMSEN, Ricardo. **Os requisitos de um bom programa de compliance**. perspectivas e desafios dos programas de conformidade. 3 reimp. Belo Horizonte, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. (TJDFT). **Lei Anticorrupção**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/lei-nticorruptao#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2012.846%2C%20de,pacto%20internacional%20firmado%20pelo%20Brasil..> Acesso em 28 mai 2023.

UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA E O DESAMPARO DO COMPANHEIRO DE BOA-FÉ

HEITOR FLORES DE SOUZA NEVES:
Graduando em Direito pela Universidade
Brasil

ELOISA DA SILVA COSTA

(Orientadora)

RESUMO: Desde os primórdios da nossa história as relações entre os indivíduos sempre estiveram presentes, a partir daí até os dias de hoje surgiram modalidades diferentes de família. Além das famílias matrimônios, existe famílias consideradas informais, monoparental, Ana parental, reconstituída, unipessoal, paralela e eudemonista. Reprovado moralmente pela sociedade e pelos tribunais, a união estável paralela ou simultânea, se configura quando o indivíduo tem duas uniões na qual não se iniciaram juntas, porém permanecem juntas. Através do art. 1.724 do Código Civil, fica estabelecido o princípio da monogamia princípio que é defendido por alguns doutrinadores para o não reconhecimento da união paralela como entidade familiar. O princípio da monogamia é aplicado ao casamento, nesse sentido o entendimento por parte da jurisprudência dos tribunais, os deveres de lealdade, respeito e assistência entre os companheiros e de guarda, sustento e educação dos filhos leva a enxergar o não enquadramento das uniões simultâneas como entidade familiar.

Palavras-chave: União estável, Famílias simultâneas, Solidariedade Familiar.

ABSTRACT: Since the beginning of our history, relationships between individuals have always been present, from then until today, different types of family have emerged. In addition to matrimonial families, there are families considered informal, single-parent, Anna parental, reconstituted, single-person, parallel and eudemonist. Morally disapproved by society and the courts, the parallel or simultaneous stable union is configured when the individual has two unions in which they did not start together, but remain together. Through art. 1.724 of the Civil Code, the principle of monogamy is established, a principle that is defended by some scholars for the non-recognition of the parallel union as a family entity. The principle of monogamy is applied to marriage, in this sense the understanding on the part of the jurisprudence of the courts, the duties of loyalty, respect and assistance between partners and custody, maintenance and education of children leads to seeing the non-qualification of simultaneous unions as family entity.

Keywords: Stable Union, Simultaneous Families, Family Solidarity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A união estável putativa e o desamparo do companheiro do companheiro de boa-fé. 2.1 Família. 2.2 Relações paralelas de afeto. 2.3. O desamparo no

ordenamento jurídico e o dever de proteção do estado. 3.Considerações finais e Referências.

1.INTRODUÇÃO

Consagrado no artigo 1º da lei nº 9.278 de 1996, o conceito de união estável nos diz que “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

De antemão é de extrema necessidade abordar alguns requisitos para que seja reconhecida a união estável.

A expressão “duradoura” é provida de subjetividade, fato que gera grandes discussões. Considerado por parte da doutrina, o fator do tempo da união, é um sinal de avanço, pois cabe ao judiciário perante o caso concreto, dizer se os elementos trazidos pelas partes são de fato a constituição de uma união estável.

Logo para que seja configurada a união estável, e por ser uma situação de fato que em regra não necessita um registro formal, mas se for de interesse do casal, poderá ser formalizada a união estável por meio de escritura pública, ligada ao princípio da publicidade, a união se torna algo não “clandestino”, casos em que há relatos ou evidências de notória demonstração de afeto. Já o critério “contínua”, se baseia no consentimento de duas pessoas que queiram estar juntas, estejam juntas e queiram permanecer juntas como se fosse uma família, e faça isso de forma pública. Dado o conceito e hipóteses de união estável, não menos importante que a mesma, vale ressaltar que diante desse cenário de garantismo sobre essa união, famílias simultâneas diferentes daquela proposta pela constituição, elas são formadas e reconhecidas por alguns doutrinadores como legítimas de reconhecimento pelos tribunais.

2.A união estável putativa e o desamparo do companheiro do companheiro de boa-fé

2.1 Família

Dentre todos os grupos sociais, a família sem sombra de dúvidas é a forma tradicional em que aprendemos nossos hábitos, costumes, crenças. É o fator primário que nos norteia a dar segmento e continuidade a história dos nossos ancestrais e a forma mais pura de conservação de valores ensinados por eles. Conforme a observação do psicanalista JACQUES LACAN:

“Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna.” (GAGLIANO, 2022, p.51)

Dado essa definição de família, ainda podemos acrescentar afim de melhor exemplificar esse estudo que:

“família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes” (GAGLIANO, 2022, p.60).

Ademais o conceito de família, é muito amplo. Não sendo uma expressão delimitada e extensiva ao casamento tradicional. Com o avanço da sociedade, novos prismas foram criados a fim de melhor estender essa proteção estatal aos núcleos familiares.

2.2 Relações paralelas de afeto

No Brasil ainda que reprovado moralmente, é muito corriqueiro as relações paralelas de afeto, todos nós conhecemos algum caso assim, em que algum companheiro sustenta uma relação de concubinato, seja de pessoas próximas ou até algum caso midiático. Apesar de diversos estudos, resta claro que essas relações existem, são casos em que a pessoa mantém contato e tutela seu relacionamento como se legítimo fosse de forma paralela ao casamento contraído.

A base de uma relação conjugal, e de todas outras formas reconhecidas como entidade familiar, sem sobra de dúvida é a fidelidade, um dos princípios que norteiam a vida comum dos nubentes.

Contudo, a fidelidade não se trata de um aspecto inalterável, pois diante o caso concreto pode ser algo não absoluto pela vontade das partes. Portanto vale destacar que o conceito tradicional de fidelidade também tem sido flexibilizado em casos de comum consentimento. Mas em casos em que esse valor é rompido sem que o companheiro saiba?

Bom, nesse caso abre espaço o companheiro para uma relação paralela, que dependendo da forma que é conduzida, cria-se elementos suficientes para a aplicação da união estável, só que putativa em relação ao companheiro que desconheça qualquer

relacionamento anterior. Nessa mesma narrativa, há casos em que a partir dessa união paralela, com esforços em comum, adquirem-se bens.

"Nesse sentido, ROLF MADALENO:

"Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu companheiro, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus, salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações judiciais, como, uma pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do de cujus, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou à toda a herança, se concorrer com outros parentes" 117. (GAGLIANO, 2022, p.833).

2.3 O desamparo do ordenamento jurídico e o dever de proteção do estado.

Apesar de toda a análise feita, a fim de conhecer os direitos e estender os mesmos as famílias paralelas, ainda é alvo de divergências doutrinárias, há correntes que defendem a aplicação de tais direitos as relações paralelas ou simultâneas, contudo ainda os tribunais têm decidido de forma tendenciosa a restrição dos direitos da concubina, principalmente no âmbito previdenciário.

Vale ressaltar que a partir do momento em que relações que são duradouras, constantes, socioafetivas, em que são depositadas afeto, não são conhecidas, cria-se um desamparo ao companheiro que a todo momento estava ali presente, e que de forma injusta teve seus direitos cessados por falta do amparo constitucional. Conforme a decisão do TRF-1.

"Negada a concessão de pensão por morte a concubina 7-12-2009 | Fonte: TRF 1 A 2.^a Turma negou declaração de existência de concubinato e dependência econômica em relação a ex-segurado do INSS, para fins de recebimento de pensão por morte. Alegou a concubina que preencheria os requisitos básicos para caracterizar o concubinato, mesmo sendo casado o falecido, e residindo com a família.

De acordo com a relatora, desembargadora federal Neuza Maria Alves da Silva, a comprovação da condição de companheira exige união estável como entidade familiar, reconhecida como convivência duradoura pública e continuada de um homem com uma mulher, com objetivo de constituir família (art. 226, § 3.º, da Constituição/1998). O concubinato, por sua vez, de acordo com o Código Civil (o art. 1.727), constitui relação entre homem e mulher, não eventual, impedidos de casar. O caso em análise não se igualaria à união estável, por não estar coberto pela Constituição.

Explicou a relatora que as provas trazidas aos autos deixam crer que o matrimônio não foi dissolvido até o óbito do cônjuge; tanto no seguro de vida quanto no registro de imóvel do assegurado, consta o nome de sua esposa.

Dessa forma, concluiu a magistrada que, de acordo com o julgado do Supremo Tribunal Federal, a concubina não tem direito a dividir pensão com a viúva”126.

Isso nos mostra que ao recorrermos ao nosso bom senso, e ao conhecimento técnico jurídico, ao omitir tais direitos fere-se a igualdade, o pluralismo familiar, a solidariedade familiar, a dignidade da pessoa humana e a afetividade. Nesse sentido o estado não reconhece as uniões paralelas como núcleo familiar, ao mesmo tempo que é negada a existência de famílias simultâneas, cria-se um desamparo aos integrantes daquela relação que necessitam de proteção jurídica.

Porém a respeito da falta do amparo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Em decisão da 4.ª Turma, do ano de 2003, o ministro Aldir Passarinho Júnior, relator de um recurso (REsp 303.604), destacou que é pacífica a orientação das Turmas da 2.ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de o morto ser casado. No caso em análise, foi identificada a existência de dupla vida em comum, com a mulher legítima e a concubina, por 36 anos. O relacionamento constituiria uma sociedade de fato. O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou incabível indenização à concubina. Mas para o ministro relator, é coerente o pagamento de pensão, que foi estabelecida em meio salário mínimo mensal, no período de duração do relacionamento”119.” (GAGLIANO, 2022, p.836).

Vale ressaltar que esse tema não é uma questão pacífica, e na ótica do direito de família esperamos um desfecho positivo no que diz respeito a conservação da proteção das relações de afeto com cunho familiar.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até que essa questão se torne pacífica, esse assunto passará por muitas discussões, em um processo de amadurecimento nas doutrinas e nas jurisprudências, a fim de que se chegue em uma decisão que tutele e traga proteção a quem a solicite pela justiça.

Até lá, basta aos operadores do direito, enfrentar o tema com sensatez e maturidade, de maneira não discriminatória, em conjunto com que se entende ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana nas relações simultâneas que acerbam de afeto. A fim de amenizar o sofrimento daquele companheiro que foi ludibriado alterando sua realidade, por meio de seus sentimentos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio. Código civil Comentado: Com Jurisprudência Seleccionada e Enunciados das Jornadas do STJ Sobre o Código Civil. São Paulo (SP): **Editora Revista dos tribunais**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/codigo-civil-comentado-com-jurisprudencia-seleccionada-e-enunciados-das-jornadas-do-stj-sobre-o-codigo-civil/1196961499>

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. **Concubina não tem direito à pensão por morte. Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/comunicacaosocial/imprensa/noticias/concubina-nao-tem-direito-a-pensao-por-morte.htm>

GAGLIANO, P. **MANUAL DE DIREITO CIVIL - 6º EDIÇÃO**. Editora Saraiva, 2022.

LARAGNOIT, Camila. **Famílias paralelas e Concubinato**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/familias-paralelas-e-concubinato/189643518>

MADALENO, Rolf. **O concubinato, a união estável putativa e as relações paralelas**. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/concubinato-uniao-estavel/>

PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NA DEFESA DO CONSUMIDOR

GABRIEL RODRIGUES VERMELHO:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil.

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS

(Orientador)

RESUMO: O atual tema proposto neste trabalho, traz uma análise da publicidade enganosa e abusiva em relação aos consumidores, bem como a proteção e proteção dos consumidores em face da publicidade. A própria publicidade tem um grande impacto social quando se trata de consumo, destacando a importância deste estudo, questionando porque os consumidores são tão vulneráveis ao poder de persuasão das mensagens publicitárias. Também expõe aspectos da publicidade que são enganosos e abusivos, levando a falar sobre os abusos e os danos que eles causam aos consumidores. A questão supracitada ilustra como o Código do Consumidor trata a publicidade enganosa e abusiva em seu texto normativo. No entanto, o objetivo deste estudo é analisar e discutir as regulamentações legais sobre a publicidade em benefício do consumidor, que se encontra vulnerável em sua relação com os consumidores. Por fim, concluiu-se o estudo refletindo se o mecanismo de autorregulação cumpre seu papel na relação com os consumidores e se desenvolve seu compromisso, de acordo com a defesa do consumidor ou não.

Palavras-chave: Publicidade; Publicidade Abusiva; Consumidor;

ABSTRACT: The current theme proposed in this work brings an analysis of misleading and abusive advertising towards consumers, as well as the protection and protection of consumers in the face of advertising. Advertising itself has a great social impact when it comes to consumption, highlighting the importance of this study, questioning why consumers are so vulnerable to the persuasion power of advertising messages. It also exposes aspects of advertising that are misleading and abusive, leading to talk about abuses and the damage they do to consumers. The aforementioned issue illustrates how the Consumer Code deals with misleading and abusive advertising in its normative text. However, the aim of this study is to analyze and discuss legal regulations on advertising for the benefit of consumers, who are vulnerable in their relationship with consumers. Finally, the study concluded by reflecting on whether the self-regulation mechanism fulfills its role in the relationship with consumers and develops its commitment, according to consumer protection or not.

Keywords: Advertising; Abusive Advertising; Consumer;

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente o assunto tratado, diz sobre a publicidade enganosa e abusiva nas relações de consumo e a sua influência ao consumo compulsivo bem como a proteção e defesa do consumidor em face da publicidade enganosa e abusiva.

Ao discursar sobre a publicidade, podemos notar que na sociedade contemporânea obteve-se com o passar do tempo uma enorme importância. Dessa forma, o mercado passou a exigir cada vez mais o investimento em publicidade, sendo eles fornecedores, empresas, lojas e ademais centros comerciais, trazendo em si o intuito de ampliar a sua visibilidade, tendo como resultado a captação de um número maior de clientes, com isso, trazendo um aumento de consumo e consumidores.

Atualmente, obteve um crescimento dos hábitos de consumo da população, como a mesma, sempre fez e faz parte do nosso dia a dia. O consumo é o ato de adquirir algo, sendo bens ou até mesmo serviços por meio da ação de compra. A sociedade tem em seu cotidiano por cultura estar conectado à relação de consumo, sendo a publicidade um fator importante de aproximação do produto ou do serviço ao consumidor. Em consequência do avanço da tecnologia, a publicidade nos conecta por diversos meios de comunicação, sendo pela televisão, jornais, rádio, internet, revistas, panfletos, assim por diante, dificultando a existência de pessoas que não adquiriu o contato com a publicidade ao decorrer do seu dia. Consistindo que a publicidade não se trata de apenas uma informação, pois possui o poder de persuasão, despertando-o desejo de compra.

Assim sendo, a publicidade em si, possui um enorme impacto social quando trata-se do consumo, tornando-se o meio mais eficaz de atrair consumidores para o mercado de consumo.

O objetivo deste estudo é analisar a regulamentação legal contra a publicidade enganosa e maliciosa amigável ao consumidor, tendo em conta as fragilidades na relação com os consumidores.

Será abordado, os direitos básicos do consumidor, o conceito de publicidade, bem como a distinção de publicidade e oferta, também a diferença entre publicidade e propaganda. Sendo assim serão estudados os princípios próprios da publicidade. Vamos agora considerar as disposições da lei de proteção ao consumidor em relação à publicidade enganosa e abusiva.

Por fim, o estudo conclui com a reflexão sobre se o mecanismo de autorregulação cumpre o seu papel na relação com o consumidor e se a sua vontade se desenvolve no respeito à defesa do consumidor ou não.

2. DIREITOS DO CONSUMIDOR

A princípio os direitos básicos do consumidor encontram-se elencados nos incisos do artigo. 6º, do Código do Consumidor.

2.1. Inciso I: “A proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Nesse inciso, o legislador enfatiza a proteção à vida, à saúde e à segurança, pois esses direitos estão entre os direitos mais importantes para os consumidores, não sendo admissível qualquer ato de fornecimento de produtos e serviços que violem esses direitos reproduzidos.

2.2. Inciso II: “A educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”.

Na primeira parte desta cláusula, o fornecedor é responsável por descrever de forma clara e precisa todas as informações decorrentes do produto ou serviço, sendo impossível sonegar informações necessárias decorrentes do produto ou serviço. A segunda parte significa que não pode haver discriminação ao garantir a liberdade de escolha dos bens ou serviços a serem adquiridos e a igualdade no emprego.

2.3. Inciso III: “A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

2.4. Inciso IV: “A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

O conteúdo desta seção destina-se a proteger os usuários de todos os tipos de publicidade enganosa, abusiva e regulamentada, incluindo lealdade, transparência e integridade.

2.5. Inciso V: “A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Esta posição dá a possibilidade de modificar os termos do contrato estabelecendo pagamentos desproporcionais ou, se surgirem eventos que tornem o contrato muito oneroso, ele será modificado.

3. PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ao tratar-se do tema sobre publicidade nas relações de consumo é possível afirmar que se acredita que a publicidade consiste em um conjunto de técnicas para intensificar a atividade econômica com o objetivo de estimular as vendas ao atingir os consumidores que são alvo de fornecedores, grandes corporações, lojistas e pontos de

venda. Incentivos para compra de produtos. Portanto, este anúncio adquire um significado comercial para fins de consumo e circulação de riqueza.

Conseqüentemente, as publicidades retêm uma repercussão social na relação de consumo. Por isso, é preciso destacar-se a importância do CDC, que possui o intuito de proteger os consumidores do poder de persuasão das mensagens publicitárias, em razão da sua vulnerabilidade, com isso, afastando possíveis abusos e danos que possa ocorrer, levando assim a relação de consumo a ser desequilibrada afetando o mercado conseqüente.

3.1. Diferenciação de Publicidade e Oferta.

De maneira inicial o que não pode ocorrer é confundir publicidade com oferta. Publicidade trata-se de uma estratégia técnica, elaborada por profissionais especializados, que ao finalizá-la é disponível para o público consumidor-alvo em todas as formas de comunicação (televisores, rádios, internet, jornais, etc.) contendo a finalidade de chamar a atenção e convencer os consumidores a adquirir os produtos ou serviços existentes nessa publicidade.

Por outro lado, oferta é considerada toda informação que sendo transmitida tem a competência de unir o consumidor ao mercado de consumo, sendo assim, oferta é todo movimento que o anunciante-fornecedor entrega contendo propostas concretas.

3.2. Diferenciação de Publicidade e Propaganda.

Os termos publicidade e propaganda são muitas vezes confundidos e mal utilizados, como sinônimos.

Contudo, ao examinar suas finalidades e conceitos podemos reconhecer que são fundações diferentes e independentes e, por serem utilizados como sinônimos no senso comum, não devemos confundi-los. Neste sentido:

Porém, a propaganda tem fins, ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Entretanto já a publicidade tem fins comerciais, ela é remunerada e, por fim identifica a figura do patrocinador, que no caso não ocorre na propaganda.

4. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE

A publicidade contém com alguns princípios, sendo eles: o princípio da Identificação, o princípio da Transparência, e da Vinculação

4.1. Princípio da Identificação

O princípio em si, está aludido no caput do art. 36, do CDC: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

É o princípio em causa que implica a garantia de que o consumidor tem o direito de ser informado de que é alvo de publicidade, pelo que deve deixar ao consumidor a liberdade de escolher se o quer ou não. se você deseja adquirir os serviços ou produtos oferecidos

4.2. Princípio da Transparência

Inicialmente, o princípio da transparência, está previsto no parágrafo único do art. 36, do CDC: “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

4.3. Princípio da Vinculação

Por fim, o princípio da vinculação está contido no art. 30, do Código de Defesa do Consumidor, “toda informação ou publicidade, suficientemente veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

5. PUBLICIDADE ENGANOSA

Inicialmente é enganosa a publicidade que estimula o erro do consumidor, sendo assim de modo que o consumidor soubesse que aquele produto ou serviço, não possui características verdadeiras, qualidades ou quantidades descritas, com isso causando uma adulteração na capacidade decisória do consumidor, fazendo- o que o mesmo não venha adquirir o serviço ou produto anunciado, como é informado no art.37 §1” É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”..

A responsabilidade pela publicidade enganosa é objetiva. Ou seja, não há desejo de enganar ou induzir os usuários a cometer erros.

Certamente, a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores, além de objetiva, também é solidária segundo o art. 34, do CDC: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

5.1. Publicidade Enganosa por omissão

Em tese a publicidade enganosa por omissão é prevista no art. 37, §3º, que diz: "Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço" .:

Portanto, é possível se concretizar de forma comissiva, através de uma ação dolo positivo, ou omissiva no momento em que deixar de informar sobre dados essenciais do produto ou serviço, causando um dolo negativo.

6. PUBLICIDADE ABUSIVA

A publicidade abusiva encontra-se no art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor que diz:

É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A publicidade abusiva não deve ser confundida com a publicidade enganosa, que induz o consumidor em erro, e a publicidade abusiva, que é ilegal porque o seu conteúdo é um abuso de direito capaz de induzir os consumidores a praticar atos prejudiciais à sua saúde ou segurança ou comportamentos perigosos

Imagine um anúncio que diga: "Restaurante onde nenhum pobre comeu", para divulgar o lançamento de um restaurante de luxo, neste caso concluímos que o anúncio é abusivo, pois discrimina as "classes populares".

O Código do Consumidor faz clara referência no artigo 32, §2º, às crianças, protegendo-as da publicidade abusiva quando vulneráveis. Certifique-se de que qualquer publicidade envolvendo crianças tome todas as precauções necessárias para não ser abusiva. "Qualquer publicidade que diminua as crianças que não são elegíveis ou não podem ter este produto é abusiva.

Tais formas de divulgação de produtos e serviços são inaceitáveis, portanto, o CDC proíbe qualquer forma de publicidade abusiva. Anúncios que possam levar uma criança a se comportar de maneira destrutiva também seriam abusivos. Por exemplo, tivemos uma situação em que um anúncio de calçados esportivos, usando a imagem de um popular apresentador de programa infantil, sugeria que as crianças destruíssem seus tênis velhos

para comprar um novo par para meus pais. de calçados esportivos da referida marca. A frase "entre outras" consta do texto da lei, indicando que a lista ali apresentada é exemplar e incompleta.

7. CASOS REAIS

A propaganda enganosa é uma prática que ocorre quando informações falsas, enganosas ou incompletas são utilizadas em anúncios ou campanhas publicitárias com a intenção de induzir o consumidor ao erro.

1. Caso da Volkswagen e as emissões de poluentes: Em 2015, a Volkswagen foi envolvida em um escândalo internacional conhecido como "Dieselgate". A empresa foi acusada de instalar dispositivos de manipulação de emissões em seus veículos a diesel, a fim de obter resultados falsamente positivos nos testes de emissões de poluentes. Isso resultou em uma propaganda enganosa, na qual a empresa promovia seus veículos como ecologicamente corretos, enquanto, na realidade, eles estavam poluindo muito mais do que o anunciado.
2. Red Bull - A empresa de bebidas energéticas Red Bull foi processada por propaganda enganosa nos EUA, por legalar que sua bebida "dá asas" aos consumidores. Os processos alegaram que a bebida não tinha benefícios adicionais em comparação com outras bebidas com cafeína.

Por outro lado, por mais que existe empresas que pratiquem o respectivo ato publicitário enganoso, também possui empresas que ao decorrer de sua existência nunca praticou se quer algum ato relacionado. Como é o caso da Coca-Cola: A Coca-Cola é uma das marcas mais reconhecidas mundialmente, e sua publicidade sempre destacou o sabor e a refrescância da bebida. A empresa nunca fez declarações falsas sobre seus produtos e não foi envolvida em casos de influência de publicidade enganosa.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todos os fundamentos e análises fornecidas, é possível entender os direitos básicos do consumidor, vários aspectos da publicidade e princípios publicitários. Analisando os instrumentos de propaganda enganosa e abusiva do direito de defesa do consumidor, conclui se que o direito à autorregulação cumpre seu papel nas relações de consumo e desenvolve vontade própria de acordo com a lei, em consonância com a proteção dos direitos do consumidor.

Este sistema provou fornece a melhor proteção para os consumidores, pois outros aspectos da relação fornecedor-consumidor são equilibrados em relação ao consumidor e, portanto, no mercado.

Quanto ao ônus da prova para comunicações publicitárias, o CDC coloca o ônus da prova em seus patrocinadores, dizendo que o acordo equilibra a relação jurídica por causa de consumidores fracos e provas insuficientes.

Por fim, uma das formas de prevenir os danos causados pela publicidade enganosa e maliciosa é aplicar a publicidade reversa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>.

COSTA, D. S. C. da. et al. Direitos Básicos dos Consumidores. Disponível em:
<<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-136/direitos-basicos-dos-consumidores/>>

MEDEIROS, F. M.; BATISTA, D. F. D. A Proteção do Código de Defesa do Consumidor Contra a Publicidade Enganosa e Abusiva. Disponível em:
<<https://cic.unifio.edu.br/anaisCIC/anais2013/PDF/DIREITO/dir009.pdf>>.

NASCIMENTO, Leandro. Taques. Direito do Consumidor: a propaganda enganosa no direito brasileiro. Disponível em:
<<http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/215>>.

RODRIGUES, K. R. de A, L.; SOARES, R. S. Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor: regulamentação e mecanismos de controle. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/67630/publicidade-enganosa-no-codigo-de-defesa-do-consumidor-regulamentacao-e-mecanismos-de-controle>>

SILVA, Bruna. Nayara. Dos. Santos. A Publicidade Enganosa e Abusiva e a Tutela do Consumidor. Disponível em:
<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/90>

SPERANZA, Henrique. De. Campos. Gurgel. Publicidade Enganosa e Abusiva. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/publicidade-enganosa-e-abusiva/>>.

ZANROSSO, Franciele. Propaganda Enganosa e Publicidade Abusiva nas Relações de Consumo. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32447/propaganda-enganosa-e-publicidade-abusiva-nas-relacoes-de-consumo>>.

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10607666/artigo-6-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990>

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/09/art-36-cdc-violacao-principio-da-identificacao-da-publicidade>

<https://idec.org.br/pagina-de-livro/artigo-37deg>

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/propaganda-enganosa-ou-abusiva>

<https://oglobo.globo.com/economia/carros/volks-acusada-de-propaganda-enganosa-por-fraude-do-diesel-18977110>

<https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2014/10/red-bull-vai-pagar-us-13-milhoes-por-propaganda-enganosa-nos-eua.html>