

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1042

(Ano XIII)

(16/10/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: 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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Reforma Tributária: comparativos das PEC nº 45/2019 e da PEC nº 110/2019 e as fases das propostas pelo Governo Federal

Edson Sebastião de Almeida, 07.

ARTIGOS

As dificuldades de implementação do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro

Francisco Erisson Xavier Brandao, 33.

Lavagem de dinheiro e a teoria da cegueira deliberada

Leandra de Alencar Garcia Borges, 50.

A mistanásia no Brasil frente à pandemia da Covid-19

Juliana Marim dos Santos, 60.

Adoção: porque não demorar

Guilherme Fabres de Almeida Gomes, 74.

O Contrato de Fiança Locatícia: A Necessidade de Uma [Re]Leitura à Luz do Direito Fundamental À Moradia

Felipe Bock, 86.

A questão jurídica sobre a adoção no direito brasileiro: Os impactos da morosidade no processo de adoção

Glycia Marques Pereira Darwich, 130.

Assédio sexual no ambiente de trabalho

Hugo Peres Maganha, 150.

Reparação do dano mediante ação civil ex delicto: aplicabilidade e execução no direito civil

Adriana de Lima Felizardo, 164.

A contratação de trabalhadores portuários sob vínculo empregatício nos portos organizados

Thomaz Cesca Nunes, 180.

A origem, desenvolvimento e evolução da prática do ativismo judicial no exercício da judicialização da política: implicações negativas e positivas

Gláucia Hellmann Ehrhardt, 194.

A indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana através da interpretação constitucional

Gleyce Kelly Marques Pereira, 219.

O papel da governança na profissionalização dos agentes de contratação, nos termos do art. 173 da lei n. 14.133/2021: uma análise da atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

Bárbara Medeiros Cardoso, 239.

O Direito Penal configurado pela sociedade de risco

Guilherme Lobo Marchioni, 252.

A Lei de Execução Penal acerca dos instrumentos de reinserção social

Francisco Silva Filho, 266.

Dos direitos e obrigações referentes a propriedade industrial

Thaís Rodrigues, 293.

REFORMA TRIBUTÁRIA: COMPARATIVOS DAS PEC Nº 45/2019 E DA PEC Nº 110/2019 E AS FASES DAS PROPOSTAS PELO GOVERNO FEDERAL

EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA:

Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas.

RESUMO: Neste artigo nosso objetivo é mostrar ao leitor as proposituras da PEC nº 45/2019, da Câmara dos Deputados e da PEC nº 110/2019, do Senado Federal, bem como, às propostas do Governo Federal, por meio do Projeto de Lei Complementar – PLC, nº 3.887/2020 e o Projeto de Lei – PL nº 2.337/2021. No presente trabalho, procuramos mostrar aos leitores comparativos das propostas do legislativo e do executivo, a criação do IBS, CBS e das alterações na legislação do imposto de renda. Nesse contexto, procuramos mostrar que atual Sistema Tributário requer uma Reforma Tributária com uma formatação mais consistente que alcance 3 (três) grandes hipóteses de incidência tributária, ou seja, consumo, renda e movimentações financeiras. Não obstante, considerando sua complexidade e o tempo para aprovação, percebemos que o governo federal vem elaborando às propostas em fases de forma mitigada, isto é, feita por partes. Finalmente, um item contendo análises críticas das propostas do governo federal e, na conclusão, mencionamos nossas sugestões para Reforma Tributária.

Palavras-chaves: Reforma Tributária, PEC nº 45/2019, PEC nº 110/2019, PLC nº 3.887/2020 e PL nº 2.337/2021, Câmara dos Deputados, Senado, Governo Federal, propostas, IBS, CBS, Imposto de Renda.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Comparativos: PEC nº 45/2019, da Câmara dos Deputados e da PEC nº 110/2019, do Senado Federal. 3. Propostas sobre Reforma Tributária do Governo Federal. 3.1 – Projeto de Lei Complementar – PLC nº 3.887/2020. 3.2 – Projeto de Lei – PL nº 2.337/2021. 4. – Análises críticas das propostas do Governo Federal. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

1 – INTRODUÇÃO

O tema tratado no presente trabalho tem por objetivo mostrar ao leitor as propostas de emenda constitucional sobre a Reforma Tributária com a participação da Câmara dos

Deputados e do Senado Federal, bem como das propostas do governo federal apresentadas a Câmara dos Deputados de forma mitigada.

O leitor é sabedor de que o sistema tributário atual sofre severas críticas em razão das sucessivas alterações as quais são de interesses arrecadatários que desvirtuam conceitos pacificados com objetivo de ampliar a carga tributária, até com invasões de competência entre os entes federativos, dualidades entre os mesmos fatos econômicos.

Ainda, possuindo tributos com os mesmos fatos econômicos, isto é, as mesmas hipóteses de incidência tributária. Além disso, sobre o consumo ostenta uma elevada carga tributária repassada ao consumidor final em decorrência da tributação dos impostos indiretos.

Diante disso, todos nós somos sabedores de que, de maneira geral, os contribuintes almejam durante décadas por alterações que venham diminuir a carga tributária dos impostos indiretos.

Também, dos impostos diretos, estes com modificações das tabelas progressivas e deduções do imposto de renda e do IPTU, com base nos princípios da progressividade e da capacidade contributiva.

Ainda, existem outros impostos os quais necessitam de mudanças em benefício dos contribuintes, tais como: Imposto de Importação (II), IPVA, ITCMD, ITBI, bem como as taxas exorbitantes que são pagas às esferas: federal, estadual e municipal, sem que haja nenhum benefício para as atividades taxadas a pagar.

Por sua vez, o atual Sistema Tributário requer uma Reforma Tributária com uma formatação mais consistente que alcance 3 (três) grandes hipóteses de incidência tributária, ou seja, consumo, renda e movimentações financeiras.

Além do mais, a Reforma Tributária deverá conter nos seus objetivos segurança jurídica, simplificação, transparência e neutralidade e que atenda aos anseios da sociedade brasileira, todavia, considerando sua complexidade e o tempo para aprovação da mesma até o final do ano, percebemos principalmente as propostas do governo federal vem sendo elaborada em fases de forma mitigada, isto é, feita por partes.

Por conseguinte, a fim de possibilitar ao leitor uma visão do presente trabalho, descreveremos relato dos itens a serem desenvolvidos. Assim, começamos mostrando ao leitor sobre comparativos das alterações constitucionais das Propostas da Câmara dos Deputados PEC nº 45/2019 e do Senado Federal PEC nº 110/2019; contendo 20 (vinte) aspectos relevantes das propostas, tais como: criação do IBS, criação do Comitê Gestor, procedimento para fins de determinação das alíquotas do IBS, transferência do imposto

sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMP), de competência estadual para federal, criação do Imposto Seletivo (IS), entre outros.

Ainda, o trabalho consta outro item, sobre as propostas sobre Reforma Tributária do Governo Federal, constando o Projeto de Lei Complementar – PLC nº 3.887/2020 e o Projeto de Lei – PL nº 2.337/2021 e, um item sobre às análises críticas das propostas do Governo Federal.

Finalmente, nas considerações finais o leitor poderá observar que nosso objetivo foi alcançado na presente obra, pois, às hipóteses levantadas foram confirmadas; a metodologia utilizada foi alcançada na medida que procuramos subsidiar o leitor por meio de sugestões e recomendações com base nas normas, jurisprudências e doutrinas do País.

2 – COMPARATIVOS: PEC Nº 45/2019, DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DA PEC Nº 110/2019, DO SENADO FEDERAL

Nas propostas busca-se a simplificação e a racionalização da incidência tributária nas cadeias produtivas e de comercialização de bens e de prestações de serviços.

Por esses motivos, ambas propostas¹ possuem pontos em comum com a criação de dois novos impostos. Um denominado imposto sobre bens e serviços (IBS)², adotado na maioria dos países desenvolvidos em relação ao Imposto sobre Valor Agregado (IVA)³. Já o outro é o Imposto Seletivo, calculado sobre alguns bens e serviços.

Também, Comitê Gestor com objetivo entre várias atribuições administrar e coordenar o IBS; previsão da recuperação do imposto por meio do princípio da não cumulatividade de forma ampla, entre outros pontos em comum relação às características do IBS.

1 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reforma tributária todos querem, mas qual é a melhor proposta?** Conteúdo Jurídico Brasília – DF: 21/11/2019. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 21/11/2019.

2 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reforma tributária PEC nº 45/2019: criação do IBS, solução ou problema?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 19/10/2019.

3 BENFICA, Flávia. **Implementação em fases pode viabilizar Reforma Tributária.** Publicado em 9/9/2019. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br>. Acesso em: 27/9/2019. Em relação as propostas, a autora, esclarece:

“Tanto a 45 como a 110, as duas que têm concentrado os holofotes, extinguem tributos e criam e seu lugar um Imposto Sobre Operações com Bens e Serviços (IBS) muito semelhante ao Imposto Sobre Valor Agregado (IVA) existente em outros países e um Imposto Seletivo sobre bens e serviços específicos”.

Outro ponto em comum das propostas diz respeito àquelas relacionadas às hipóteses de incidência tributária, isto é, o fato econômico, as quais alcançam todos bens e serviços, incluindo a exploração de bens e direitos, tangíveis e intangíveis e a locação de bens.

2.1 - Criação do IBS

- **PEC nº 45/20194:** tributo federal, que prevê a criação por meio de Lei Complementar. O IBS substitui três impostos: IPI, ICMS e ISS e duas contribuições o PIS/Pasep e a Cofins.
- **PEC nº 110/20195:** tributo estadual, que prevê a criação por meio de Lei Complementar. O IBS substitui nove tributos, ou seja, sendo de competência federal, o IPI, IOF, PIS/Pasep, Cofins, CSLL Salário-Educação, Cide-Combustíveis; de competência estadual, o ICMS e de competência municipal, o ISS.
- **Substitutivo à PEC 110/2019:** cria um IBS federal, estadual, municipal e um Imposto Seletivo, e extingue nove tributos: IPI, IOF, PIS, Pasep, Cofins, CIDE-Combustíveis, Salário-Educação, ICMS e ISS;

2.2 - Criação do Comitê Gestor

- **PEC nº 45/2019:** o Comitê Gestor Nacional do imposto sobre bens e serviços (IBS) foi instituído com base no art. 152-A, §6º, que será integrado por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, cujo objetivo diz respeito a uma gestão centralizada do IBS, cabendo aos representantes: editar o regulamento do imposto, o qual será uniforme em todo território nacional; gerir a arrecadação centralizada do imposto; operacionalizar a distribuição da receita do imposto; representar judicial e extrajudicial a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, entre outras atribuições.
- **PEC nº 110/2019:** o Comitê Gestor da Administração Tributária Nacional foi instituído por meio do art. 162-B, o qual será composto por administração tributária estadual, distrital e municipal para administrar e coordenar, de modo integrado, suas atribuições, tais como: a instituição de regulamentações e obrigações acessórias unificadas, em âmbito nacional, e a harmonização e divulgação de interpretações relativas à legislação; a coordenação de fiscalizações integradas em

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019**, (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 29/7/2019.

5 BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 110/2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br>. Acesso em: 18/9/2019.

âmbito nacional, bem como a arrecadação, cobrança e distribuição de recursos aos entes federados, entre outras, atribuições estas sem a participação da União.

- **Substitutivo à PEC 110:** o IBS federal é instituído por lei complementar, e o IBS estadual e municipal é instituído pelo Congresso Nacional por meio de lei complementar específica, com poder de iniciativa reservado basicamente a representantes dos Estados e Municípios (exceto por uma comissão mista de Senadores e Deputados Federais criada especificamente para esse fim ou por bancada estadual).

2.3 – Não cumulatividade para fins de recuperação de imposto de forma plena

- **PEC nº 45/2019:** será não-cumulativo, compensando-se o imposto devido em cada operação com aquele incidente nas operações anteriores (art. 152-A, §1º, III).
- **PEC nº 110/2019:** será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, sendo assegurado: a) o crédito relativo às operações com bens e serviços empregados, usados ou consumidos na atividade econômica, ressalvadas as exceções relativas a bens ou serviços caracterizados como uso ou consumo pessoal; b) o crédito integral e imediato, quando cabível, na aquisição de bens do ativo imobilizado; c) o aproveitamento de saldos credores acumulados. (art. 155, §7º, II)

2.4 - Procedimento para fins de determinação das alíquotas do IBS

- **PEC nº 45/2019:** A alíquota do IBS será formada mediante lei ordinária federal, estadual, distrital ou municipal, mediante “alíquotas singulares”, denominadas de “subalíquotas”, vinculadas às destinações no art. 159-A, incisos I ao X. Após a fixação das subalíquotas federal, estadual, municipal e distrital, forma-se a alíquota única denominada “alíquota de referência” que será calculada sobre a base de cálculo do IBS.

Vale esclarecer que, considerando os bens e serviços destinados a Estado e Município, será aplicada a mesma alíquota; entretanto, a alíquota não é uniforme em todo território nacional, pelo fato de cada Estado e Município fixarem suas alíquotas.

- **PEC nº 110/2019:** Estabelece por meio de lei complementar a fixação das alíquotas do IBS, que terá uma alíquota padrão aplicável em todas as hipóteses de maneira uniforme em todo território nacional. Nesta PEC não consta de forma detalhada sobre a formação da alíquota, como consta na PEC nº 45/2019.

- **Substitutivo à PEC nº 110/2019:** As regras são idênticas aquelas previstas na PEC nº 110/2019, sendo que às alíquotas poderão ser diferenciadas em razão da utilização de novas tecnologias, caso em que podem ser diminuídas.

2.5 - Concessões de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, redução de base de cálculo ou crédito presumido

- **PEC nº 45/2019:** Há vedação sobre a concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, redução de base de cálculo ou crédito presumido. (art. 152-A, IV)
- **PEC nº 110/2019:** Não autoriza a concessão de isenção, redução de base de cálculo, crédito presumido, anistia, remissão ou qualquer outro tipo de incentivo ou benefício fiscal ou financeiro vinculado ao IBS.

Entretanto, será autorizativa por meio de lei complementar a concessão de benefícios ou incentivos fiscais nas operações de bens e serviços, a saber: alimentos, inclusive os destinados ao consumo animal; medicamentos; transporte público coletivo de passageiro urbano e de caráter urbano; bens do ativo imobilizado; saneamento básico; educação infantil, ensino fundamental, médio e superior e educação profissional. (art. 155, VIII)

2.6 - Tratamento das partilhas da arrecadação do IBS

- **PEC nº 45/2019:** A receita do IBS de cada ente federativo será distribuída entre cada uma das destinações proporcionalmente com base na aplicação direta de sua subalíquota, isto é, à alíquota singular, calculada sobre a base de cálculo do IBS. (Art. 159-D)
- **PEC nº 110/2019:** A repartição das receitas tributárias, isto é, o produto da arrecadação do IBS, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme critérios de distribuição prevista na PEC, mediante entrega de recursos a cada ente federativo de acordo com percentuais calculados sobre a receita bruta do IBS, denominado repasse de cota-parte.

2.7 - Vinculação da arrecadação do IBS

- **PEC nº 45/2019:** As destinações vinculadas estão sujeitas às alíquotas do imposto formadas pela soma das alíquotas singulares de cada ente federativo das parcelas vinculadas, observadas as parcelas de receitas desvinculadas que representarão o valor da alíquota aplicável para o ente federativo. (art. 159-A ao art. 159-G)

- **PEC nº 110/2019:** O produto da arrecadação do imposto é vinculado às despesas, bem como aos fundos constitucionais, saúde, educação, seguro-desemprego, BNDES, seguridade social, fundo de equalização destinado a investimentos em infraestrutura e saúde, educação. (arts. 156-A, 157,III, 158, incisos e §§, 159 e incisos, 159-A, 161 e incisos)

2.8 - Transição do sistema de cobrança dos tributos na substituição dos atuais impostos

- **PEC nº 45/2019:** A substituição dos atuais impostos e contribuições que serão substituídos pelo IBS, num lapso temporal de 10 (dez) anos, sendo que os dois primeiros anos será à base de teste, cujo IBS será cobrado à alíquota de 1% (um por cento), para compensar o aumento da arrecadação no referido período à qual será efetuada uma compensação por intermédio da redução das alíquotas da Cofins.

Já no período de 8 (oito) anos, o qual é denominado período de transição propriamente dito, as alíquotas do ICMS, ISS, IPI, PIS e Cofins serão reduzidas em 1/8 por ano, cujos referidos tributos serão extintos no oitavo ano. Art. 116 a 118)

- **PEC nº 110/2019:** Os atuais impostos serão cobrados durante 1(um) ano à alíquota de 1% (um por cento), com a mesma base de incidência do IBS. No que diz respeito às alíquotas dos tributos substituídos (IPI, IOF, ICMS, ISS, CIDE, PIS, COFINS, SALÁRIO-EDUCAÇÃO, SEGURO DESEMPREGO), aplicadas no exercício anterior ao do início da substituição de arrecadações, a transição ocorrerá no segundo exercício subsequente ao da publicação da Emenda Constitucional, quando serão reduzidas em 1/5 (um quinto) a cada exercício. Vale esclarecer que os entes federativos não podem alterar as alíquotas dos tributos a serem substituídos. (art. 3º, §1,I,art. 4º,III)

2.9 - Transição da partilha de recursos

- **PEC nº 45/2019:** No total a transição será de 50 (cinquenta) anos; por sua vez, no decorrer de vinte anos, a partir da criação dos novos impostos, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base no art. 120, I, II, §§1º ao 4º, receberão o montante da receita do imposto sobre bens e serviços, sendo que a partir do vigésimo terceiro ao quinquagésimo primeiro ano subsequente ao ano de referência, a parcela correspondente à redução do ICMS e do ISS será reduzida em 1/30 (um trinta avos) por ano.

Finalmente, a partir do quinquagésimo segundo ano subsequente ao ano referência, a receita do imposto sobre bens e serviços será distribuída entre os entes federados, segundo o princípio do destino, nos termos do art. 152-A, §5º, da Constituição.

- **PEC nº 110/2019:** Com base no art. 6º, a transição será de 15 (quinze) anos; entre o 6º o 14º (décimo quarto) ano, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios receberão parcelas das receitas dos impostos novos de acordo com a participação que cada um teve na arrecadação dos tributos que estão sendo substituídos, nos termos do art. 6º, I, alíneas "a" a "j", II, alíneas "a" a "j".

Enfim, após a adoção definitiva do novo sistema, prevista para 5 (cinco) anos, progressivamente será substituído pelo princípio do destino na proporção de 1/10 (um décimo) ao ano.

2.10 - Devolução do IBS por meio de programas sociais e desonerações de bens e serviços adquiridos por famílias de baixa renda

- **PEC nº 45/2019:** No art. 152-A, §9º, estabelece que, diante das restrições sobre as isenções, incentivo ou benefício fiscal e financeiro, entre outros, previstos no inciso IV, prevê a devolução parcial, por meio de mecanismos de transferência de renda, do imposto recolhido pelos contribuintes de baixa renda. Na justificativa da PEC.

No que diz respeito à vedação dos benefícios fiscais e financeiros, incentivos fiscais, entre outras concessões, menciona que nenhum país do mundo financia políticas públicas: setoriais ou regionais, por isso, a PEC não permite a concessão de benefícios fiscais para o IBS.

Também, sobre o aumento da carga tributária decorrente da adoção de uma alíquota uniforme do IBS, reconhecendo que o modelo não deva contemplar medidas que mitiguem o efeito regressivo da tributação do consumo, a PEC nº 45/2019 buscou utilizar mecanismos de devolução de tributos incidentes sobre bens e serviços adquiridos por famílias pobres.

- **PEC nº 110/2019:** No art. 146, IV, estabelece que será por meio de lei complementar, a definição dos critérios e a forma pela qual poderá ser realizada a devolução de tributos incidentes sobre bens e serviços adquiridos por famílias de baixa renda.

Com isso, ante as restrições sobre as isenções, incentivo ou benefício fiscal e financeiro, entre outros, por meio de lei complementar permite a concessão de benefícios fiscais de forma geral, para bens e serviços alimentos, inclusive os destinados ao consumo animal; medicamentos; transporte público coletivo de passageiro urbano e de caráter urbano; bens do ativo imobilizado; saneamento básico; educação infantil, ensino fundamental, médio e superior e educação profissional.

- **Substitutivo à PEC 110:** autoriza a concessão de benefícios fiscais (por lei complementar), tanto para o IBS federal quanto para o IBS estadual e municipal, nas mesmas operações da PEC 110, e acrescenta: i) cadeia produtiva da saúde; ii) embalagens, resíduos ou remanentes oriundos de sistema de logística reversa; iii) biocombustíveis; iv) produtos de higiene pessoal; v) operações de seguro, cosseguro, previdência complementar e capitalização; vi) produtos que originem biocombustíveis, observadas as exigências fixadas em lei; vii) gás de cozinha para uso residencial; viii) produtos para pesquisa e desenvolvimento.

Além disso, autoriza que lei complementar crie Zona de Processamento de Exportações do Maranhão (ZEMA) sem as restrições de benefícios fiscais para o IBS federal e para o IBS estadual e municipal;

2.11 - Transferência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), de competência estadual para federal

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.
- **PEC nº 110/2019:** No art. 153, inciso IX, estabelece sobre a competência da União o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD), com procedimentos constantes no §7º, incisos I e II, alíneas “a” e “b”, inclusive constando que o produto da arrecadação será integralmente destinado aos Municípios. (art. 158, VI)

2.12 - Aumentos das hipóteses de incidência tributária do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.
- **PEC nº 110/2019:** No art. 155, III, denomina: imposto sobre propriedade de veículos automotores terrestres, aquáticos e aéreos. Na justificação da PEC, contém os seguintes esclarecimentos: “O IPVA passa a atingir aeronaves e embarcações, mas exclui veículos comerciais destinados à pesca e ao transporte público de passageiro e cargas, o que faz excluir veículos usados pelo grosso da população e faz recair o imposto apenas sobre aquelas pessoas com maior capacidade contributiva”.

Também acrescenta: “Ainda em relação ao IPVA, cuja receita passa a ser integralmente dos Municípios, para evitar a continuação da “guerra fiscal” hoje existente e eventual leniência na definição da legislação do tributo, estamos propondo que a lei complementar defina alíquotas máximas e mínimas e estabeleça parâmetros para concessão de benefícios fiscais”.

2.13 - IPTU e ITBI, pertencentes aos Municípios poderão ser arrecadados, fiscalizados e cobrados pela União, mediante convênio, atribuição compartilhada com os Municípios.

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.
- **PEC nº 110/2019:** Em relação ao art. 156, §5º, da CF/1988, trata sobre os impostos dos municípios, previstos nos incisos I e II, do art. 156, ou seja, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e o imposto sobre transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou cessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição (ITBI), estabelecendo: alíquotas mínimas; limites para concessão de benefícios fiscais; reajustes mínimos da base de cálculo, em caso de omissão do legislador local em atualizar o valor dos bens sujeitos à tributação.

Também que o IPTU e o ITBI possam ser arrecadados, fiscalizados e cobrados pela União, mediante convênio, sendo que as atribuições poderão ser compartilhadas com os Municípios.

2.14 - Extinção da CSLL, entretanto sua base de cálculo será incorporada ao IRPJ

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.
- **PEC nº 110/2019:** Na justificativa da PEC, esclarece que a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) é extinta, entretanto sua base será incorporada ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ).

2.15 - Contribuições do empregador sobre folhas de pagamentos e demais rendimentos do trabalho poderá ser substituída por contribuição a qual incidirão sobre as receitas ou faturamento, bem como mediante autorização de criação de adicional do IBS para financiar a previdência social.

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.
- **PEC nº 110/2019:** Em relação ao art. 195, que trata sobre a seguridade social, no seu inciso I, "a", responsáveis pelas contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, poderá ser substituída, total ou parcialmente, por contribuição incidente sobre receita ou faturamento, ocasião em que a lei definirá os setores de atividade econômica (art. 195, §13º).

Também, a lei poderá instituir outras fontes de custeio da previdência social em substituição, total ou parcial, à contribuição atualmente existente, mediante estabelecimento de adicional do IBS, previsto no art. 155, IV, para financiar a previdência social (art. 195, §§14º, 15º).

2.16 - Criação de fundos estadual e municipal para reduzir a disparidade da receita *per capita* entre os Estados e Municípios.

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.
- **PEC nº 110/2019:** O art. 159-A estabelece que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios constituirão fundos para fins de reduzir a disparidade da receita *per capita*, com recursos destinados a investimentos em infraestrutura.

2.17 - Alterações nos percentuais dos recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Município na manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como da parte dos recursos distribuídos ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação-FUNDEB.

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.
- **PEC nº 110/2019:** O art. 212, da CF/1988, estabelece que a União não aplicará nunca menos de 18% (dezoito por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos. A PEC, na seção VII, alterou a redação do referido artigo, estabelecendo que a União aplicará nunca menos de 7,79% (sete inteiros e setenta e nove centésimos por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, da receita resultante de impostos.

Por sua vez, no art. 212, §5º, da CF/1988, na redação anterior consta que a educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário educação, entretanto, com a PEC, foi alterada a redação, não constando o salário educação, que foi extinto com a criação do IBS, acrescentando que a União destinará à educação básica pública, como fonte adicional de financiamento, 3,37% (três inteiros e trinta e sete centésimos por cento) da receita resultante de impostos.

2.18 - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos de 25% (vinte e cinco por cento) constante no art. 212, da CF/1988, distribuídos ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação-FUNDEB.

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.

- **PEC nº 110/2019:** O art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, estabelece que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos de 25% (vinte e cinco por cento), constante no art. 212, da CF/1988, à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação.

Assim, o referido recurso será distribuído ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação-FUNDEB, constituído por 20% (vinte por cento), com base nos incisos I e I, art. 212, da CF/1988.

Entretanto, a PEC, por meio, do art. 60, da ADCT, alterou o Inciso II, estabelecendo que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação-FUNDEB será constituído de 17,87% (dezessete inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento) dos recursos dos produtos da arrecadação do IBS e IS, previstos no art. 5º, §1º, da PEC.

2.19 - Alterações do art. 239, da CF/1988, que, por meio do Programa de Integração Social (PIS), financia o seguro-desemprego e abono de pagamento de um salário mínimo anual.

- **PEC nº 45/2019:** A PEC não trata sobre a matéria.
- **PEC nº 110/2019:** O art. 239, §§2º e 3º, estabelece que a arrecadação do PIS financiará o programa do seguro-desemprego e o abono de um salário mínimo anual. Todavia, o art. 239 foi alterado estabelecendo que o fundo de custeio do programa do seguro-desemprego e do abono, previsto no §3º, será financiado por parcela dos recursos da arrecadação do IBS.

Assim, determina que em relação à parcela dos recursos, ou seja, 35,57% (trinta e cinco inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento), pertencentes à União, pelo menos 11,71% (onze inteiros e setenta e um centésimos por cento) serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, por meio do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.

2.20 - Criação do Imposto Seletivo (IS)

- **PEC nº 45/2019:** O Imposto Seletivo foi instituído pelo Inciso III, art. 154, da CF/1988, com finalidade extrafiscal adotando as técnicas de incidência de alíquota por meio da seletividade cuja função é da essencialidade dos produtos, mercadorias, bens ou serviços em que se busca onerar de forma gravosa os supérfluos e os mais

nocivos à saúde, desestimulando o consumo. Assim, lei ordinária ou medida provisória definirá os bens e serviços que serão tributados.

- **PEC nº 110/2019:** O Imposto Seletivo, de incidência monofásica, foi instituído pelo Inciso VIII, art. 153, cobrado nas operações com petróleo e seus derivados, combustíveis e lubrificantes de qualquer origem, gás natural, cigarros e outros produtos do fumo, energia elétrica, serviços de comunicações, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, e veículos automotores novos, terrestres, aquáticos e aéreos.

Com base no §6º, art. 153, incidirá nas importações, todavia não incidirá nas exportações de bens e serviços e não poderá ter alíquotas superiores àquelas previstas para cobrança do imposto de bens e serviços (IBS).

3 – PROPOSTAS SOBRE REFORMA TRIBUTÁRIA DO GOVERNO FEDERAL

O governo federal em 2020, no que diz respeito à Reforma Tributária, tornou público que às propostas seriam elaboradas e discutidas em 4 (quatro) fases. De maneira que, a primeira fase foi apresentada à Câmara dos Deputados em 21/7/2020, por meio do Projeto de Lei Complementar – PLC, n.º 3.887/20206, que instituiu a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS.

Por sua vez, a segunda fase foi apresentada à Câmara dos Deputados em 25/6/2021, por meio do Projeto de Lei – PL nº 2.337/20217, que altera a legislação do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das Pessoas Físicas e das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

A terceira fase consistirá em mudanças no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), por sua vez, a quarta e última fase será sobre a desoneração da folha de salários.

Enfim, observa-se que o governo federal com suas propostas as quais nos parece tratar-se mais um daqueles velhos pacotes fiscais de fim de ano, relacionados à política

6 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei Complementar nº 3.887/2020, apresentada em 21/7/2020, que instituiu a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 30/8/2020.

7 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Projeto de Lei – PL nº 2.337/2021. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das Pessoas Físicas e das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.** Apresentado na Câmara dos Deputados em 25/6/2021 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25/6/2021.

fiscal, monetária e cambial⁸, a exemplo, dos Ajustes Fiscais, Mini Reforma Fiscal, Pacote Fiscal do que uma Reforma Tributária.

3.1 – Projeto de Lei Complementar – PLC nº 3.887/2020

3.1.1 -Criação e Extinção de Tributos

Institui a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (CBS) e extingue dois tributos, ou seja, o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

3.1.2 - Competência Tributária:

A CBS é uma contribuição federal a ser instituída pelo Congresso Nacional por meio de lei complementar.

3.1.3 – Hipótese de Incidência Tributária (Fato Gerador)

A CBS terá sua hipótese de incidência tão somente sobre a receita bruta das sociedades empresariais nas operações realizadas com bens e serviços em sentido amplo, nas operações no mercado interno e na importação, exceto nas receitas decorrentes das exportações de bens e serviços para o mercado externo, que não há incidência da CBS, bem como, é assegurado à apropriação de créditos a elas vinculadas.

3.1.4 – Base de Cálculo e Alíquota

A base de cálculo é o valor da receita bruta auferida em cada operação. Ainda, não integra a base de cálculo o valor do ICMS, ISS, do próprio CBS e os descontos incondicionais.

A alíquota é de 12% (doze por cento), exceto no que diz respeito à incidência monofásica⁹ a que são calculadas de acordo; com base nos bens constantes do Anexo II, previsto no art. 33, tais como: os combustíveis, gás liquefeito de petróleo, biodiesel, álcool, inclusive para fins carburantes, cigarros e cigarrilhas etc., (art. 32), os quais possuem alíquotas específicas, e para as instituições financeiras (art. 42, I a XXI), que têm alíquota de 5,80% (cinco inteiros e oitenta centésimos por cento), calculado sobre uma base de cálculo diferenciada.

⁸ GONÇALVES, Bruno. **Política fiscal, monetária e cambial: qual a diferença?** Publicada em 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br>. Acesso em: 31/8/2021.

⁹ SANTOS, Antônio Marcos Silva; ARAÚJO, José Evande Carvalho. **Comparativos entre as propostas de reforma tributária em discussão no Congresso Nacional (Câmara/Senado/Governo), agosto 2020.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 30/8/2021.

3.1.5 – Não cumulatividade para fins de recuperação crédito do valor da CBS de forma plena

A proposta no seu art. 9º prevê à apropriação de crédito à pessoa jurídica sujeita à contribuição, referente ao valor da CBS destacado no documento fiscal, referente à aquisição de bens ou serviços.

A não cumulatividade de forma plena os autores da proposta explicam que é no sentido de garantir à neutralidade da tributação na organização da atividade econômica, porém, é importante o contribuinte ater-se nas vedações; nos documentos inidôneos, receitas que permitem ou não à apropriação de créditos, atualizações (arts. 10 ao 13 e 16), por sua vez, os créditos acumulados existentes ao término do trimestre-calendário, poderão ser utilizados na forma de compensação e ressarcimento (art. 14). Também, poderá apropriar o crédito da CBS efetivamente recolhida na importação de bens e serviços (art. 82).

1.1.6 - Concessões de benefícios fiscais por meio de imunidades e isenções da CBS

Imunidades – art. 20, da CBS (art. 195, §7º, da CF/1988): entidades beneficentes de assistência social.

Isenções - art. 21, da CBS: templos de qualquer culto; partidos políticos, incluídas as suas fundações; sindicatos, federações e confederações; e condomínios edilícios residenciais;

Isenções – art. 22, da CBS: receitas: decorrentes: da prestação de serviços de saúde, desde que recebidas do SUS; da venda de produtos integrantes da cesta básica; da prestação de serviços de transporte público coletivo municipal, inclusive no território da região metropolitana regularmente constituída e intermunicipal, interestadual e internacional de caráter urbano de passageiros, por meio rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário; da venda de imóvel residencial novo ou usado para pessoa natural, desde que tais receitas não estejam incluídas no regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias; da venda de materiais e equipamentos e da prestação de serviços a eles vinculados, efetuadas diretamente à Itaipu Binacional; do fornecimento de energia elétrica realizado pela Itaipu Binacional e, dos atos praticados entre as cooperativas e seus associados, exceto as cooperativas de consumo;

Isenções – art. 23, da CBS, das operações com produtos *in natura* da venda para pessoa jurídica: animais vivos; carnes e miudezas, comestíveis; peixes e crustáceos, moluscos e outros invertebrados aquáticos; leite e laticínios; ovos de aves; mel natural; produtos comestíveis de origem animal; outros produtos de origem animal; plantas vivas e produtos de floricultura; produtos hortícolas, plantas, raízes e tubérculos, comestíveis; fruta; cascas de citros (citrinos) e de melões; café, chá, mate e especiarias; cereais; produtos

da indústria de moagem; malte; amidos e féculas; inulina; glúten de trigo; sementes e frutos oleaginosos; grãos, sementes e frutos diversos; plantas industriais ou medicinais; palhas e forragens; matérias vegetais das espécies principalmente utilizadas em cestaria ou espartaria; cacau inteiro ou partido, em bruto ou torrado; e cascas, películas e outros desperdícios de cacau; e da revenda dos produtos sujeitos à incidência monofásica, desde que tenham sido tributados na forma da lei;

Isenções receitas decorrentes da venda de bens – art. 25, da CBS, da Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio: realizada por estabelecimento de pessoa jurídica localizado fora dessas áreas para estabelecimento de pessoa jurídica localizado nessas áreas; e entre estabelecimentos de pessoas jurídicas localizados nessas áreas. Vale esclarecer, que a exemplo da exportação é assegurada à apropriação dos créditos vinculados às vendas isentas, não sendo necessário o estorno do crédito.

Isenções das receitas nas revendas – art. 37, da CBS: receitas realizadas nas revendas dos produtos sujeitos à incidência monofásica, condicionado que o produto tenha sido tributado pelo CBS na operação anterior com base no art. 33.

3.1.7 – Partilha de recursos – art. 125, da CBS

A arrecadação da CBS é totalmente destinada à União, cuja vinculação será no sentido de financiar a seguridade social, nos termos do art. 195, da CF/1988.

1.1.7 - Transição do sistema de cobrança da CBS

Com objetivo de que haja tempo hábil para as adequações de sistemas e procedimentos há previsão da *vacatio legis* de seis meses a partir da publicação da lei de instituição da contribuição; utilização do saldo de créditos apropriados com base na legislação anterior; manutenção da apropriação de créditos calculados sobre a depreciação ou amortização de ativos adquiridos sob a égide dos regimes de tributação anteriores; e manutenção da apropriação de créditos sobre devoluções, já na vigência das novas regras, de vendas efetuadas anteriormente à CBS.

– Projeto de Lei – PL nº 2.337/2021

3.2.1 – Mudanças no Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, Capítulo VIII

a) Alteração da Tabela (art. 59)

O projeto alterou o limite da tabela mensal do IRPF que terá um acréscimo a partir do mês de janeiro de 2022, para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), enquanto o valor atual é de R\$1.903,98 (Hum mil, novecentos e três reais e noventa e oito centavos), o que corresponde a um aumento de 31,30% (trinta e um inteiros e trinta centésimos

percentuais), por essa razão, segundo fontes do governo estima-se que 5,6 milhões de contribuintes estarão isentos do imposto de renda.

A mencionada isenção resolve parcialmente no que diz respeito à defasagem da correção da tabela do IRPF, considerando que entre 2003 e 2020 a diferença é de 52,81% (cinquenta e dois inteiros e oitenta e um centésimos percentuais), entretanto, caso houvesse recomposição das perdas desde 1996, resultaria que 70,3 milhões de trabalhadores estariam isentos do imposto de renda, por esse motivo, vem sendo objeto de críticas do movimento sindical¹⁰, segundo os dados do DIEESE, constante na Nota Técnica nº 26111, de 4/8/2021.

Por sua vez, a justiça fiscal, prevista na CF/1988, como princípio da capacidade contributiva, não espelha de forma eficiente sobre o princípio da progressividade, uma vez que às alíquotas maiores incidem a partir dos rendimentos inferiores aos maiores rendimentos, por exemplo, observa-se nas alíquotas em relação às bases de cálculos, constantes da tabela, tais como: 15% (quinze por cento), 22,50% (vinte e dois inteiros e cinquenta centésimos por cento) e, 27,50% (vinte e sete inteiros e cinquenta centésimos por cento).

Vale lembrar que, no período de 1983 a 1985, às alíquotas oscilavam de 0% (zero por cento) a 60% (sessenta por cento), conforme às faixas de renda do contribuinte, atualmente à última faixa é de 27,50% (vinte e sete inteiros e cinquenta centésimo por cento) e não 60% (sessenta por cento), assim a faixa atual, de um lado alcança aqueles contribuintes de baixas rendas, bem como aqueles com rendimentos superiores, em outras palavras, seja o contribuinte rico ou bilionário.

Assim, o Brasil não adota uma alíquota mais alta para aqueles que possuem maior renda, diferentemente dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Também, conforme já mencionamos em nossos artigos em item específico sobre a progressividade¹² do imposto de renda, o projeto não corrige às deduções nas declarações de ajuste anual opção pelas deduções legais, por exemplo: previdência

10 BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR>. Acesso em: 26/3/2019.

11 BRASIL. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). **A proposta de mudanças no Imposto de Renda – Reforma Tributária do governo-2ª Fase, Nota Técnica nº 261, de 4/8/2021**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica>. Acesso em: 31/8/2021.

12 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Previdência Complementar isenção do imposto de renda concedida ao portador de doença grave no resgate do plano PGBL**. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 15-jul.2021. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 19/7/2021.

complementar 12% (doze por cento), contribuições do INSS, dependentes, instrução, despesas médicas não tem limite, entretanto, os remédios não são dedutíveis e, doações incentivadas.

b) Limite para utilização do desconto simplificado (art. 61)

A proposta propõe alteração do art. 10, inciso IX, da Lei nº 9.250, de 1995, que consta o limite do desconto simplificado de R\$16.754,34 (dezesesseis mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e trinta e quatro centavos).

Assim, acrescentou o art. 10-A, estabelecendo que a partir de 2022, o contribuinte na sua Declaração de Ajuste Anual, poderá utilizar o limite de R\$40.000,00 (quarenta mil reais), por meio de desconto simplificado, o qual substituirá todas as deduções admitidas na legislação, que corresponderá à dedução de 20% (vinte por cento) dos rendimentos tributáveis, dispensadas às comprovações das despesas, bem como da indicação de sua espécie.

Entretanto, o texto-base do projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados, com destaque, ou seja, terão direito ao desconto simplificado aqueles contribuintes que recebam por ano até R\$40.000,00 (quarenta mil reais), sendo limitado o desconto pela quantia de R\$10.563,60 (dez mil, quinhentos e sessenta e três reais e sessenta centavos).

Com isso, aqueles contribuintes que obtiverem rendimentos superiores a R\$40 mil, ficarão sujeitos à comprovação dos seus rendimentos na Declaração de Ajuste Anual, Opção pelas deduções legais, ou seja, o contribuinte terá mais imposto a pagar ou menos restituição a receber, por esse motivo, é importante o contribuinte efetuar um planejamento financeiro, a partir da vigência em 2022, visando às alterações do imposto de renda, caso o projeto seja aprovado pelo Senado.

c) Atualização do valor de bens imóveis (art.62)

O projeto prevê atualização do valor imóvel adquiridos no País até 31/12/2020, visando inclusive a diminuição do valor a pagar do imposto de renda na transmissão do imóvel, pois, a legislação atual não permite atualização do imóvel, exceto nos casos das reformas ocasião em que o contribuinte poderá acrescentar ao custo de aquisição do imóvel na declaração de ajuste anual.

No entanto, na transmissão do imóvel a operação é taxada à alíquota de 4% (quatro por cento), sobre a diferença do valor da transmissão em relação ao custo de aquisição (§1º, art. 63), considerado tributação definitiva, vedada a compensação ou restituição.

3.2.2 – Mudanças no Imposto de Renda Pessoa Jurídica– IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Capítulo I

a) Os juros sobre o capital próprio (art. 2º)

O projeto veda a dedutibilidade dos juros sobre capital próprio do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a partir de 2022, pois, o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26/12/1995, foi alterado, prevendo que até 31/12/2021, a pessoa jurídica poderá deduzir, para fins da apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, os juros pagos ou creditados de modo individualizado ao titular, aos sócios ou aos acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, **pro rata die**, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

b) Tributação na distribuição de lucros e dividendos das sociedades empresárias (art. 3º)

A partir de 1/1/2022, segundo o projeto, os lucros e dividendos estarão sujeitos à incidência do imposto de renda retido, à alíquota de 20% (vinte por cento), cuja exposição de motivos do autor menciona que apenas o Brasil, Estônia e Letônia não tributam os dividendos.

Diante disso, no Brasil somos sabedores que há uma desigualdade na tributação em relação aos sócios e acionistas das sociedades empresárias e os trabalhadores, sendo os primeiros desonerados os outros são taxados do imposto retido na fonte.

Não obstante, o Plenário da Câmara13 aprovou em 1/9/2021 (quarta-feira) destaque do partido Republicanos que reduz, de 20% para 15%, a alíquota do Imposto de Renda retido na fonte dos lucros e dividendos distribuídos pelas empresas aos investidores. O destaque, isto é, o substitutivo foi aprovado com 319 votos contra 140, e duas abstenções, o texto-base do projeto foi encaminhado ao Senado, por meio do Ofício nº 1.115/2021/SGM-P, de 3/9/2021.

Por sua vez, no texto-base as micro e pequenas empresas participantes do Simples Nacional, ficam de fora, bem como, as empresas não participantes desse regime especial tributadas pelo lucro presumido com faturamento até o limite de enquadramento do Simples, atualmente equivalente a R\$ 4,8 milhões, e desde que não se enquadrem nas restrições societárias da tributação simplificada.

13 BRASIL. Câmara dos Deputados. Agência Câmara de Notícias. **Deputados reduzem alíquota de tributação sobre dividendos**. Publicado em 2/9/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 3/9/2021.

c) Alterações das alíquotas do IRPJ e da CSLL

O texto-base do projeto prevê que haverá uma redução do IRPJ de 15% (quinze por cento) para 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento), entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2022, sendo que a partir de 1º de janeiro de 2023, haverá uma redução de 10% (dez por cento), com isso, havendo alteração do art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995.

Entretanto, o IRPJ, será reduzido de 15% (quinze por cento) para 8% (oito por cento), que terá vigência após implantação de um adicional de 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), conhecido como *royalties* dos minerais, cuja incidência recairá na extração de ferro, cobre, bauxita, ouro, manganês, caulim, níquel, nióbio e lítio.

Vale mencionar que, sobre o processo de extração, beneficiamento e comercialização das substâncias minerais, mencionamos nosso entendimento sobre às hipóteses de incidência tributária, no item 3, nas Análises Críticas do artigo 14 denominado: **Reforma tributária PEC nº 45/2019: criação do IBS, solução ou problema?**

Pois, a CFEM, foi instituída pelo art. 20, da CF/1988, na condição de compensação financeira, como receita patrimonial, no entanto, desde o antigo IUM que às substâncias minerais trata-se de bens, integrante da cadeia produtiva de setores fundamentais para o desenvolvimento do País, aliás, que deveriam constarem nas hipóteses de incidência tributária como tributo, no caso o IBS, cuja incidência recai sobre o consumo.

Por sua vez, o adicional de 10% (dez por cento), previsto na legislação para lucros mensais acima de R\$20 mil continua valendo.

No que diz respeito a CSLL, terá uma diminuição de 1 (um) ponto percentual a menos, fracionado em duas etapas, que será vinculada à redução de incentivos tributários destinados ao setor específico.

Diante disso, à alíquota terá uma mudança de 9% (nove por cento) para 8% (oito por cento), de uma forma geral, por outro lado, os bancos, haverá uma mudança da alíquota de 20% (vinte por cento) para 19% (dezenove por cento) e, as demais instituições financeiras a mudança será de 15% (quinze por cento) para 14% (quatorze por cento).

4- ANÁLISES CRÍTICAS DAS PROPOSTAS DO GOVERNO FEDERAL

14 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reforma tributária PEC nº 45/2019: criação do IBS, solução ou problema?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 19/10/2019.

- a) O projeto de lei complementar nº 3.887/2020, apresentada à Câmara dos Deputados em 21/7/2020, está na contramão das PEC'S que criaram o IBS, pois, instituiu a CBS, tão somente sobre contribuição social sobre operações de bens e serviços com extinção do PIS/Pasep e da Cofins;
- b) Também, incorre no mesmo erro das PEC'S 45 e 110, de 2019, isto é, estas omitiram sobre o tratamento em bens e serviços das substâncias minerais, que atualmente têm incidência da CFEM, como receita patrimonial, no entanto, às substâncias minerais deveriam constar nas hipóteses de incidência tributária como tributo, a exemplo do IBS, cuja incidência recai sobre o consumo, porém, ocorreu o pior, no texto do PL nº 2.337/2021, ao tratar de acréscimos da alíquota da CFEM num contexto do imposto sobre a renda de um "imposto direto", o qual não pode ser transferido a outra pessoa e está vinculado diretamente ao CPF ou CNPJ do contribuinte;
- c) Por outro lado, já que o autor do projeto quer nos parecer que se preocupou com as exaustivas redações das aplicações em títulos ou valores mobiliários, fundo de investimentos de uma maneira geral; aspectos patrimoniais, todavia, não se preocupou nas possíveis diminuições das alíquotas e hipóteses de incidência tributária e, por exemplo, do Imposto Territorial Rural (ITR)¹⁶, Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD, Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU e, não regulamenta o Imposto sobre Grandes Fortunas;
- d) No que diz respeito, ao imposto de renda das pessoas físicas podemos observar em nossos estudos que a proposta não ampliou às faixas da tabela recaindo uma maior taxa para aqueles contribuintes com baixos rendimentos, inclusive, os milionários e bilionários, são taxados com as mesmas alíquotas daqueles que possuem rendimentos inferiores; não acrescentou ou ampliou às deduções legais, por exemplo, remédios, educação, dependentes, entre outros, considerando inclusive que o desconto simplificado com aprovação do projeto alcança os rendimentos até R\$40.000,00 (quarenta mil reais), acima do referido valor o contribuinte será obrigado a declarar na conhecida "declaração completa", ou seja, de deduções legais, o que aumentará o imposto a pagar ou diminuir à restituição;

15 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reforma tributária: comparativos e análises críticas das propostas da Câmara dos Deputados Federais, do Senado Federal e do Governo Federal**. Postado em 3/9/2020. Conteúdo Jurídico Brasília – DF: 14/9/2021 Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/559173>. Acesso em: 14/9/2021.

16 ANGER, Anne Joyce. **Vade Mecum: acadêmico de direito**. 27. ed. 2º Semestre. São Paulo: Rideel, 2018.

- e) O projeto poderia ter tratado sobre a isenção do imposto de renda concedido aos portadores de doenças graves, cujos direitos foram discutidos por meio de judicialização o que significa um alto custo para partes envolvidas, inclusive para o Poder Público. Diante disso, em qualquer mecanismo de tributação entendemos que o Estado deve excluir os portadores de doenças graves da relação jurídico-tributária com a Fazenda Nacional, prestigiando de forma ampla o benefício da isenção do imposto de renda, concedida por meio do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/198, fundamentalmente, em respeito à saúde integral, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais e ao princípio da igualdade;
- f) Atualmente os direitos da isenção aos portadores de doenças graves são assegurados na inatividade aos aposentados; na atividade a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6025, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que indeferiu o pedido da Procuradoria-Geral da República (PGR), pois, a Corte Maior não poderia atuar como legislador positivo; com isso, não considerou o direito da isenção do portador de doença grave, na atividade, todavia, essa decisão poderá ser revertida caso o legislativo cumpra o seu papel que há 32 (trinta e dois) anos está inerte em relação aos direitos da isenção do imposto de renda do portador de doença grave;
- g) Ainda, o PARECER SEI Nº 110/2018/ CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/9/2018, bem como, o DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, publicado no DOU de 10/11/2020, seção 1, página 14, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovou o Parecer SEI nº 110/2018, que recomenda a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, considerando a isenção do imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave especificada em lei estendendo-a à previdência complementar dos planos PGBL, conforme jurisprudências pacificadas do STJ em sentido contrário à Fazenda Nacional;
- h) Também, segundo o DIEESE17, o projeto não altera o caráter regressivo da tributação, 44,7% (quarenta e quatro inteiros e sete décimos por cento) sobre o consumo de produtos e serviços e não sobre a propriedade, 4,6% (quatro inteiros e seis décimos por cento) e a renda, 21,6% (vinte um inteiros e seis décimos por cento), o pior altera muito pouco ou quase nada a distribuição da carga tributária entre imposto de consumo, renda e patrimônio.

17 BRASIL. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). **A proposta de mudanças no Imposto de Renda – Reforma Tributária do governo-2ª Fase, Nota Técnica nº 261, de 4/8/2021.** Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica>. Acesso em: 31/8/2021.

- i) Finalmente, segundo o Comitê Nacional dos Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal (Comsefaz), o texto aprovado pela Câmara, resultará uma perda anual de R\$41,3 bilhões na arrecadação do imposto.

5 – CONCLUSÃO.

Neste trabalho procuramos mostrar efetivamente as propostas da Câmara dos Deputados PEC nº 45/2019 e do Senado Federal PEC nº 110/2019, com enfoque comparativo entre as mencionadas propostas.

Com a criação do IBS e da CBS, o objetivo dos sujeitos passivos e ativos e vários segmentos da sociedade e no sentido de melhorar o sistema tributário nacional e não colocar uma pá de cal nos atuais tributos substituindo-os por outros tributos com uma visão de que nada mais é do que uma alteração de nomenclatura, bem como aumentando ou diminuindo as hipóteses de incidência tributária com aumento da carga tributária, o que é pior.

Diante disso, entendemos que propostas sobre Reforma Tributária, deverão efetivamente atender aos anseios dos contribuintes de forma ampla em relação a todos os tributos do Sistema Tributário Nacional, caso contrário não poderemos chamá-las de Reforma e sim de Ajuste Fiscal, que nos remete a uma reengenharia financeira a qual tem por objetivo reequilibrar o quadro das receitas e despesas de um governo, por meio de reduções de gastos e aumento da arrecadação por meio da elevação das alíquotas dos tributos.

Também, num primeiro momento o leitor poderá ter uma ideia de que os referidos impostos e contribuições não serão mais objeto de pesadelo dos contribuintes, falso engano. Explicamos! Os produtos constantes da TIPI, além de constarem nas hipóteses de incidência tributária do IBS, alguns produtos serão deslocados para o Imposto Seletivo (IS); a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) é extinta, porém, sua base será incorporada ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ).

Por sua vez, entendemos que as propostas de reformas tributárias, sejam elas de iniciativa do legislativo ou do executivo, ambas devem ter como objetivo a diminuição da carga tributária e a simplificação de procedimentos fiscais no contexto do “Governo Eletrônico” dos tributos diretos e indiretos no tocante às obrigações acessórias.

De fato, atualmente, os empresários brasileiros enfrentam grandes desafios em relação às obrigações acessórias, diante das exigências dos órgãos públicos, gerando um alto custo sem direito ao crédito fiscal; aumento de funcionários para tarefas no sentido de atender os prazos exigidos em relação à entrega. Além do mais, diminuição da qualificação técnica

dos funcionários que dedicam tempo integral com obrigações acessórias e não com análises fiscais.

A CFEM, a qual está voltada para cadeia produtiva do setor minerário e siderúrgico do País, que é cobrada pela Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), não deve ficar de fora da regra-matriz das hipóteses de incidência tributária do IBS ou do Imposto Seletivo, de incidência monofásica.

A instituição de uma alíquota única do IBS aumenta ainda mais a regressividade sobre o consumo, desse modo, poderiam ser adotadas alíquotas variadas, a exemplo do que ocorre em alguns países.

Nesse caso, resolveria a questão das desonerações dos benefícios fiscais, simplificando os procedimentos dos dispositivos legais atualmente adotados sobre isenções, redução de base de cálculo etc.; por exemplo, na Alemanha a alíquota padrão é de 19%, reduzida 7%; na Austrália, é 10% e isenção sobre alimentos básicos, exportações, serviços médicos, educacionais e financeiros.

Em relação à manutenção do Pacto Federativo, previsto na Carta Política de 1988, sugerimos que nas unificações dos tributos, sejam observadas as respectivas competências, seja por intermédio das hipóteses de incidência tributária, ou pela partilha das receitas.

As questões sobre isenção com jurisprudências pacificadas no País, a exemplo, do que mencionamos sobre os direitos da isenção concedidas aos portadores de doenças graves, devem estar previstas nas leis e não nas regulamentações das mesmas.

Finalmente, o PLC nº 3.887/2020 e o PL nº 2.337/2021, que tratam sobre a criação da CBS e das alterações sobre o IRPF, IRPJ e da CSLL, de outros tributos e da CFEM, nas 1ª e 2ª fases, respectivamente, foram elaboradas de forma mitigadas, o que poderia ter sido, a exemplo, da PEC nº 45/2019 e da PEC nº 110/2019, da Câmara dos Deputados e do Senado, respectivamente, cuja formatação possui características notadamente de uma Reforma Tributária e não de um Ajuste Fiscal.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Reforma tributária PEC nº 45/2019: criação do IBS, solução ou problema?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 19/10/2019.

_____. **Reforma tributária todos querem, mas qual é a melhor proposta?** Conteúdo Jurídico Brasília – DF: 21/11/2019. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 21/11/2019.

_____. **Reforma tributária: comparativos e análises críticas das propostas da Câmara dos Deputados Federais, do Senado Federal e do Governo Federal.** Conteúdo Jurídico Brasília – DF: 14/9/2021. Postado em 3/9/2020. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/559173>. Acesso em: 14/9/2021.

_____. **Previdência Complementar isenção do imposto de renda concedida ao portador de doença grave no resgate do plano PGBL.** Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 15-jul.2021. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 19/7/2021.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum:** acadêmico de direito. 27. ed. 2º Semestre. São Paulo: Rideel, 2018.

BENFICA, Flávia. **Implementação em fases pode viabilizar Reforma Tributária.** Publicado em 9/9/2019. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br>. Acesso em: 27/9/2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019**, p. 2 (Do Sr. Baleia Rossi e outros). Disponível em <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 29/7/2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei Complementar nº 3.887/2020, apresentada em 21/7/2020, que instituiu à Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 30/8/2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Agência Câmara de Notícias. **Deputados reduzem alíquota de tributação sobre dividendos.** Publicado em 2/9/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 3/9/2021.

BRASIL. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). **A proposta de mudanças no Imposto de Renda – Reforma Tributária do governo-2ª Fase, Nota Técnica nº 261, de 4/8/2021.** Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica>. Acesso em: 31/8/2021

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Projeto de Lei – PL nº 2.337/2021. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das Pessoas Físicas e das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.** Apresentado na Câmara dos Deputados em 25/6/2021 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25/6/2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 110/2019.** Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.senado.leg.br>. Acesso em: 18/9/2019

BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física.** Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR>. Acesso em: 26/3/2019.

GONÇALVES, Bruno. **Política fiscal, monetária e cambial: qual a diferença?** Publicada em 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br>. Acesso em: 31/8/2021.

SANTOS, Antônio Marcos Silva; ARAÚJO, José Evande Carvalho. **Comparativos entre as propostas de reforma tributária em discussão no Congresso Nacional (Câmara/Senado/Governo), agosto 2020.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 30/8/2021.

AS DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

FRANCISCO ERISSON XAVIER BRANDAO:
Bacharelado em Direito pela Faculdade
Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: A lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, informalmente denominada como "pacote anticrime", buscou implementar a figura do Juiz das Garantias no sistema processual penal brasileiro, o que gerou bastante discussão na doutrina e na jurisprudência. A principal delas diz respeito à (in)viabilidade prática de se implementar esse instituto, como argumentos bem fundamentados contra e a favor. Assim sendo, o presente trabalho objetiva analisar se as dificuldades práticas encontradas por ocasião da implementação do Juiz das Garantias são passíveis de inviabilizá-la, em detrimento do grande avanço que irá proporcionar ao atual sistema processual penal brasileiro já defasado, especialmente no que diz respeito à potencialização da observância de princípios basilares e fundamentais para o Estado Democrático de Direito, tais como a imparcialidade do órgão julgador, o devido processo legal e a busca pelo processo justo e equânime. Para isso, o estudo passará pela análise das características, dos motivos, dos benefícios, dos impasses e da viabilidade prática ou não de implementação deste instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Lei 13.964/2019. Juiz das Garantias.

ABSTRACT: Law 13,964 of December 24, 2019, informally referred to as the "anti-crime package", sought to implement the figure of the Judge of Guarantees in the Brazilian criminal procedural system, which generated a lot of discussion in doctrine and jurisprudence. The main one concerns the practical (in)feasibility of implementing this institute, as well-founded arguments for and against. Therefore, this paper aims to analyze whether the practical difficulties encountered during the implementation of the Judge of Guarantees are likely to make it unfeasible, to the detriment of the great advance that the current outdated Brazilian criminal procedural system will provide, especially with regard to the strengthening of the observance of basic and fundamental principles for the Democratic Rule of Law, such as the impartiality of the judging body, the due legal process and the search for a fair and equitable process. For this, the study will go through the analysis of the characteristics, reasons, benefits, impasses and the practical feasibility or not of implementing this institute.

KEYWORDS: Criminal proceedings. Law 13.964/2019. Judge of Warranties.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Juiz das Garantias. 2.1. Noção Geral. 2.2. Da Maior Imparcialidade. 2.3. Da Mudança Estrutural: É Viável? 2.3.1. Do Estudo Realizado Pelo CNJ. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, com a publicação da lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (alinhada como “pacote anticrime”), diversas alterações foram feitas no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à seara criminal. Dentre elas, houve a tentativa de se implementar a figura do Juiz das Garantias. Buscou-se, em sua essência, dando ênfase ao sistema acusatório, aumentar a imparcialidade do órgão julgador, fazendo com que o magistrado que acompanhe os atos preparatórios para denúncia na fase de inquérito seja diverso daquele que irá instruir e julgar a demanda.

Esse instituto acarreta relevantes alterações na sistemática processual penal, gerando discursões e divergências na doutrina e na jurisprudência, principalmente acerca da viabilidade prática ou não de sua implementação. É inegável a contribuição social que o referido instituto trará, tendo em vista o objetivo de enfatizar o princípio da imparcialidade dos órgãos jurisdicionais, basilar e de fundamental importância em um Estado Democrático de Direito. No entanto, muito se discute se será possível a sua implementação, ou se, no mínimo, as suas vantagens superarão os esforços e gastos necessários para tanto.

Tal é a relevância das discussões e controvérsias acerca do tema, que o Supremo Tribunal Federal suspendeu todas as disposições que tratam da implementação do Juiz das Garantias, por medida cautelar concedida pelo Ministro Luiz Fux, nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, em 22/01/2020.

Diante disso, em decorrência deste cenário e da relevância deste tema relativamente novo, o presente trabalho objetivou analisar se a implementação do Juiz das Garantias é viável no sistema processual penal brasileiro, especialmente do ponto de vista prático, buscando trazer uma parcela de contribuição com propostas de soluções dos impasses encontrados.

2. JUIZ DA GARANTIAS

2.1. Noção Geral

Em nome da maior imparcialidade do órgão julgador, surge, no Brasil, por intermédio da lei 13.964/2019, a tentativa de implementação da figura do Juiz das Garantias.

Não se trata de uma inovação jurídica, uma vez que esse instituto já fora concebido em vários outros países, como assim afirma Medeiros (2020, n.p):

O juiz das garantias ingressou no trem de refinamento da norma processual. Com nomenclaturas diversas, já se encontra em prática em

diversos países, entre os quais, Itália, Portugal, França, Alemanha, México, Chile, Paraguai e Colômbia. Não é, por conseguinte, inovação nacional.

Buscou-se com essa nova lei o reforço de que o processo deva seguir o sistema acusatório, conforme preceitua seu artigo 3º-A, bem como que a fase investigatória da persecução penal deva ser de competência do Juiz das Garantias, conforme determina seu artigo 3º-B, em alinhamento com os valores constitucionais.

Nesse sentido leciona Machado (2020, n.p):

(...) visa aprimorar o sistema de persecução criminal por meio de um realinhamento constitucional dos papéis (e lugares) de cada uma das agências penais à luz do paradigma processual acusatório. No fundo, como já afirmado por Geraldo Prado, o que se trata é de uma busca, em que pese sempre imperfeita (ou incompleta), por maior justiça (e menor arbítrio).

Nos termos lei, O Juiz das Garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (...). Desta feita, verifica-se tratar de uma figura atuante na fase de investigação policial, apreciando as solicitações de medidas restritivas de direitos, tais como: pedidos prisões cautelares, quebra de sigilo, busca e apreensão, dentre outras. Exaurida sua competência por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa-crime, conforme estabelece o artigo 3º-C da lei 13.964/2019, inicia-se o processo propriamente dito, preponderantemente acusatório.

Ao contrário do que ocorre atualmente, em que o mesmo juiz que acompanha a investigação criminal torna-se prevendo para instruir e julgar a demanda, de acordo com o artigo 83 do vigente Código de Processo Penal, verifica-se que houve a determinação de uma separação funcional entre juízes. Nesse sentido, a lei que objetivou a instituição do Juiz das Garantias determinou que dois juízes deverão atuar no mesmo processo em momentos distintos, sendo um que irá instruir e julgar o caso, e outro que atuará na fase preliminar anterior à acusação formal (O Juiz das Garantias), ou seja, na investigação criminal.

Assim explica Machado (2020, n.p):

Quanto aos juízes, aquele que atuou nas fases de investigação criminal e admissibilidade da acusação fica impedido de funcionar nas etapas seguintes de instrução processual, alegações contraditórias e decisão final (art. 3º-D, caput, do CPP).[15] Dito de outro modo: o magistrado

que figurou no “juízo de garantia” não pode atuar no mesmo caso no “juízo de julgamento”, sob pena de nulidade.

2.2. Da Maior Imparcialidade

Grande parte da doutrina sustenta que o atual Código de Processo Penal vigente no Brasil, em que pese terem sido feitas algumas alterações, ainda demonstra traços inquisitórios e autoritários, o que acaba por comprometer, em certa medida, a imparcialidade do órgão julgar, e o Juiz das Garantias viria com a proposta de alterar, dentro do seu âmbito de atuação, essa realidade ultrapassada.

Nessa linha, segundo Medeiros (2020, n.p) “a codificação de 1941 é o procedimento selvagem. O juiz das garantias representa sua domesticação. É a relação processual civilizada”.

A justificativa de maior imparcialidade buscada com o Juiz das Garantias baseia-se no argumento de que o magistrado que atuou na fase investigatória não teria a isenção necessária para instruir e julgar o caso, tendo em vista que este já haveria tido acesso a vários elementos informativos dos autos, sem o efetivo contraditório, formulado juízo preliminar de valor acerca da culpabilidade do indiciado quando da decretação de eventuais medidas cautelares, inclusive prisões.

Nesse sentido, explica Machado (2020, n.p):

A medida é bastante salutar pois evita um sério problema de comprometimento decisório prévio em relação ao órgão jurisdicional competente para o julgamento do caso penal. Por óbvio, aquele juiz que acompanhou toda a fase de investigação preliminar, tendo contato muitas vezes direto com o desenvolvimento dos atos de investigação e os próprios órgãos de apuração inicial da notícia-crime, inclusive com a responsabilidade legal de decidir sobre eventuais medidas cautelares pessoais e reais (ex.: buscas e apreensões, prisões preventivas e sequestros de bens), bem como instrumentos de barganha penal (ex.: homologação dos acordos de colaboração premiada) e métodos ocultos de pesquisa criminal (ex.: interceptações telefônicas e infiltração de agentes), em um ambiente de limitação forte ao contraditório e ao exercício de defesa do imputado, não apresenta o nível esperado de isenção para presidir toda a fase de instrução processual e debates das partes, bem como, ao final, ainda proferir sentença.

Na mesma linha de raciocínio leciona Gomes (2010, n.p):

A aproximação em demasia da hipótese factual desenhada pela polícia judiciária também faz com que o juiz criminal passe a ter convicções prévias quanto a fatos e a pessoas investigadas, o que torna a etapa do contraditório no processo criminal apenas teatro formal, do qual o julgador já conhece o fim. Isso acaba nítido por meio da leitura de decisões e sentenças, cujo tempo verbal e vocabulário denotam que o magistrado tem para si premissas quanto à causa sub judice que lhe prejudicam a isenção no momento da coleta e debate das provas na instrução criminal. No curso do processo judicial, esse convencimento precoce se revela com a manifestação antecipada de juízos de certeza sobre a materialidade e autoria de crimes, o que demonstra a supressão do devido processo legal para formação da culpa.

Além da separação funcional dos juízes, igualmente em nome da maior imparcialidade, há a proibição de que os autos do inquérito sejam integralmente juntados aos autos de instrução, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado, conforme estabelece o artigo 3º-C §3º da lei 13.964/2019.

Sobre a determinação desse artigo, Machado (2020, n.p) tece as suas considerações:

A regra em questão deve ser vista como uma forma salutar e democrática de “amenizar as deletérias consequências da permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar”. [16] O objetivo, mais uma vez, é o de evitar (ou mitigar) a contaminação do órgão julgador a partir de hipóteses fáticas extraídas previamente (ou seja: antes do contraditório pleno e da ampla defesa) dos atos informadores do inquérito policial.

Em artigo publicado no site Conjur, Machado (2020, n.p) cita uma pesquisa realizada pelo professor Bernd Schünemann (SCHÜNEMANN, 2013, p. 205-221 apud MACHADO, 2020, n.p) no campo da teoria da dissonância cognitiva com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal, trecho que merece transcrição:

Aliás, a respeito desse tema, vale sempre destacar a importante pesquisa empírica realizada pelo professor Bernd Schünemann no campo da teoria da dissonância cognitiva com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal. [18] O estudo em questão visava aferir se a “cumulação de papéis” por parte do magistrado que, a partir da ciência integral dos autos da investigação preliminar e decidindo pela admissibilidade da acusação, depois passava a presidir a audiência de instrução e ao final proferir sentença,

redundava em comprometimento da “objetividade” do órgão julgador. Os resultados foram justamente no sentido de que (i) “o conhecimento de autos da investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição”[19] e (ii) “os juízes dotados de conhecimento dos autos não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, porque eles só aprendiam e armazenavam as informações incriminadoras, que já lhes eram conhecidas (‘redundantes’) em razão da leitura prévia dos autos” (efeito inércia ou perseverança)[20]. Em síntese, o que se concluiu foi que “o processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes.

Como se observa, esse estudo confirmou a tese de grande parte da doutrina de que, de fato, há o comprometimento da imparcialidade do magistrado que acompanhar a fase investigatória se este vier a julgar o caso posteriormente. Portanto, tem-se evidente a grande vantagem do Juiz das Garantias em busca de um julgador imparcial e de um processo justo.

Nesse ponto, merece destaque a acertada consideração de Medeiros (2020, n.p):

Não obstante criado e regulado por alguns poucos dispositivos normativos, configura uma profunda transformação da persecução criminal. É um salto em direção à efetividade da justiça criminal, a qual consiste, grosso modo, na absolvição dos inocentes e condenação dos culpados, ou seja, na proteção de dois princípios constitucionais fundamentais integrantes da relação processual: a garantia individual e a segurança pública.

2.3. Da Mudança Estrutural: É Viável?

Com surgimento dessa sistemática, sobrevieram críticas acerca de aspectos que poderiam inviabilizar a sua implantação, dentre as quais, no que concerne à (in)viabilidade prática, cita-se as mais pertinentes: aumento de custo, aumento de trabalho, necessidade de que os inquéritos e/ou processos sejam eletrônicos e inviabilidade em comarcas com um só juiz.

Posicionando-se contra a implantação do Juiz das Garantias, assim opinam Cabral e Fontenele (2016, n.p):

Assim sendo, a criação do Juiz das Garantias no Brasil representaria um retrocesso extremamente oneroso para o país e de questionável necessidade, especialmente em tempos de ajuste fiscal e da necessidade premente de redução dos gastos da União e dos estados, que não podem se dar ao luxo de manter um Poder Judiciário extremamente caro, apenas para satisfazer eventuais exageros da “onda garantista” dominante.

Interessante se faz citar o apontamento de Gomes (2010, n.p), segundo o qual as questões orçamentárias não devem se sobrepôr ao alto custo dos prejuízos causados pelo atual sistema, que ocasiona o desprestígio da própria justiça:

Claro que alguns tribunais alegarão razões orçamentárias para não se implantar o juiz das garantias, mas quem acha que isso representa um alto custo é porque ainda não parou para quantificar o prejuízo que vem causando o sistema atual, que tem dado ensejo a muitos e exorbitantes abusos (que geram nulidades), sem contar o desprestígio para a própria justiça criminal (que é posto em relevo pela mídia, influenciando a percepção negativa da população quanto ao funcionamento da Justiça). Nada disso, evidentemente, contribui para o aprimoramento do nosso Estado constitucional e humanista de direito.

Em artigo publicado no site Jusbrasil, em maio de 2020, Medeiros rebate essas críticas com maestria, apresentando argumentos sólidos e de grande relevância, os quais merecem transcrição nesse trabalho.

Em relação ao aumento de custo, contra-argumenta Medeiros (2020, n.p) afirmando que “os juízes das garantias são os mesmos magistrados que hoje atuam em primeira instância. Há uma distribuição, ou repartição, de funções”.

Em relação ao aumento de trabalho, contra-argumenta Medeiros (2020, n.p):

Os juízes não trabalham em dobro. O mesmo trabalho que era feito por um juiz é dividido entre dois juízes. Cada um faz uma parte. Há redução do trabalho na medida em que competirá às partes juntar, uma vez encerrada a instrução, as peças do inquérito que forem relevantes para a aplicação da lei penal. (...) O juiz de instrução está dispensado do exame dos autos do inquérito para fins de avaliar a

existência de justa causa, dado que o ato de recebimento da denúncia fica a cargo do juiz das garantias.

Em relação à crítica sobre a necessidade de que os inquéritos e/ou processos sejam eletrônicos, contra-argumenta Medeiros (2020, n.p):

O argumento de que para instauração do juiz das garantias os inquéritos e processos devem ser eletrônicos nos pareceu, em princípio, convincente. Porém, melhor meditando, não é acertado. Há outras maneiras de juiz e delegado se comunicarem e trocarem documentos com registro de autenticidade. Essa comunicação pode ser realizada por meio de e-mails, com ou sem anexação de documentos. Registre-se que qualquer celular é capaz de fotografar e enviar documentos para o computador, a partir do qual pode ser enviada a mensagem. Celulares também enviam e-mails. Para assegurar a autenticidade dos e-mails basta configurar o servidor para que eles sejam nele mantidos, o que pode comprovar a autenticidade. O sistema de comunicação virtual WhatsApp não se presta para esta comunicação. É dotado de criptografia de ponta a ponta. As mensagens não podem ser resgatas no servidor. Não é possível autenticar as mensagens. Devem ser utilizados os endereços de e-mails oficiais da autoridade policial e do juiz, o que confere segurança e autenticidade às comunicações. Há ainda o sistema CISCO, que permite a realização de videoconferência. A resolução n. 314/2020 do CNJ dispõe sobre a conjugação de esforços do CNJ e da empresa CISCO com o propósito de fornecer aos magistrados brasileiros uma solução de videoconferência para a prática de atos processuais, via internet, especialmente audiências e sessões de julgamento. Com o Termo de Cooperação Técnica n. 007/2020, o sistema CISCO foi disponibilizado para todos os juízos e tribunais. Pode ser utilizado para a realização de atos virtuais, entre os quais a videoconferência, em sua plataforma - www.cnj.jus.br/plataforma-videoconfencia-nacional. Não há impedimento que o Termo de Cooperação seja estendido para que a autoridade policial o opere. O sistema CISCO possibilita a realização de teleconferência, com ou sem gravação e, também, o envio e recebimento de documentos. As gravações podem ser salvas na nuvem ou no computador. Uma dúvida: e se não existe rede de internet na comarca? Há telefone e correios. O que não for urgente pode ser solucionado pelos correios. O que for urgente, pode ser resolvido por telefonema entre a autoridade policial e o juiz das garantias. Após o telefonema, ambos deverão lançar um auto de

comunicação por telefone. As "atas de comunicação", assinadas pela autoridade policial e pelo juiz, contêm os requerimentos e as decisões judiciais. Uma solução passageira, porquanto em poucos anos não haverá local no Brasil que não disponha de rede de internet. Não há qualquer irregularidade nesta forma de comunicação. É aplicável, por analogia, o artigo 370, parágrafo 2º do CPP: Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo. Note-se que o artigo 289 autoriza o juiz determinar a prisão por meio de qualquer meio de comunicação. Igualmente o artigo 299. Se até a prisão pode ser ordenada por qualquer meio de comunicação, o que no processo não poderia ser feito também por qualquer meio de comunicação? Se o escrivão pode se comunicar por qualquer meio, por que não poderiam o juiz e a autoridade policial? Além do mais, há o princípio segundo o qual não há nulidade quando, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim.

Em relação à inviabilidade em comarcas com um só juiz, contra-argumenta Medeiros (2020, n.p):

Afirma-se que o sistema não poderia ser implantado nas comarcas onde só há um juiz. Em verdade, a possibilidade de faltar juiz se dá também nas comarcas que tenham dois juízes, já que um deles pode estar gozando férias. (...) Nas comarcas em que houver apenas dois juízes, a função de juiz das garantias terá de ser realizada por juiz de outra comarca ou por uma central de juízes das garantias. Explicamos o motivo. Havendo apenas dois juízes, o juiz da vara cível pode estar de férias e, caso o juiz da vara criminal realize a função de juiz das garantias, este ficará impedido para atuar no feito como juiz de instrução (artigo 3º-D). Ou seja, a comarca fica sem juiz de instrução para o processo. Não há impedimento de que seja instituída uma central de juízes de garantia válida para todo o Estado ou para toda Região (justiça federal). Essa experiência já existe na justiça estadual paulista. Outra alternativa, e que nos parece mais adequada, é criar uma ou mais centrais distribuídas entre as cidades mais populosas. É o juiz das garantias que preside a audiência de custódia. Algumas audiências de custódia terão de ser, necessariamente, realizadas por videoconferência. Sabemos da importância da presença física do acusado para a realização da audiência de custódia. A comunicação direta e pessoal é mais completa. Sabemos que comunicação não é só

voz. É também o olhar, a maneira de falar, a entonação da voz, os gestos. São detalhes capazes de alterar o significado das expressões. Com uma mesma oração podem ser expressos significados opostos, dependendo das variações de entonação que se der à voz no curso da fala. A proximidade física melhora essas percepções. Por outro lado, a consideração de que há casos em que são poucos os juízes na comarca ou quando a comarca vizinha é distante. Nessas circunstâncias a audiência de custódia pessoal fica inviabilizada, inclusive em razão de prejuízo à celeridade. Outro tema pertinente diz respeito à possibilidade de o juiz da vara cível exercer a função de juiz das garantias. Não há qualquer ilegalidade nisso, desde que haja previsão na lei de organização judiciária. Os juízes de direito e os juízes federais são nomeados para exercer tanto a jurisdição cível como a criminal. Estão habilitados, dispõem do conhecimento necessário. O Conselho Nacional de Justiça decidiu no PCA n. 0000930-47.2020.2.00.0000, em 07/02/2020, pela impossibilidade de se realizar audiência de custódia por videoconferência. Essa decisão tem de ser reexaminada, inclusive porque ela não se inclui na competência do CNJ, a qual é a de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (artigo 103-B, parágrafo 4º da CF). Deveres funcionais e processuais não se confundem. Aqueles dizem respeito à relação do servidor com a administração; estes, com o processo.

Além de tudo, Medeiros (2020, n.p) propõe alternativas de implantação:

Há experiência semelhante ao do juiz das garantias. No Departamento de Inquéritos Policiais de São Paulo – DIPO é da competência de juízes a apreciação de decisão relativa às cautelares e medidas invasivas. A adoção desse sistema resolve o problema das comarcas que dispõem de apenas um ou dois juízes, muita embora, nestes casos, não há impedimento a que o juiz da comarca vizinha exerça a função de juiz das garantias, utilizando variados meios de comunicação. Mas esta solução poderia gerar diversos problemas relativos à distribuição, inclusive com violação do princípio do juiz natural. Por outro lado, é preciso considerar o comentário crítico feito por Pedro Luiz Cunha Alves de Oliveira e Sergio Rosenthal, no artigo A excessiva competência do Juiz das garantias, publicado no portal Migalhas, segundo o qual "um setor com juízes exclusivamente dedicados a examinar apenas inquéritos tende a estabelecer automatismo, aprofundar idiosincrasias, criar "jurisprudência" de primeira instância

– como, por exemplo, empenhar maior rigor contra determinada prática criminosa provisoriamente imputada, antes de averiguar sua real existência –, ainda podendo provocar indesejável aproximação de órgãos da polícia judiciária com a magistratura, passível de gerar inconvenientes". Os articulistas aludem à experiência paulista do DIPO. Talvez a melhor solução seja centrais das garantias em cidades mais populosas para atender as comarcas com apenas um ou dois juízes. E nas demais comarcas, fosse estabelecido um sistema de rodízio. Não há qualquer entrave na circunstância de os inquéritos ainda não se constituírem de autos eletrônicos na maioria dos Estados. Os atos envolvidos pelo juiz das garantias são atos de envio e recebimento de requerimentos e decisões. Examinamos este tema no título. Não há necessidade que os inquéritos ou que os processos sejam eletrônicos, em comentários ao artigo 3º-B.

Sobre a temática, em sentido semelhante, Montenegro (2021, n.p) propõe o seguinte modelo para se implementar o Juiz das Garantias:

No que se refere a organização judiciária do juiz das garantias, a solução parece ser bastante simples e não demanda maiores despesas, bastando que se recorra a ideia do "juiz tabelar", de modo que o juiz das garantias de determinada vara criminal, terá como Juiz de Instrução e julgamento o magistrado da vara criminal seguinte e assim por diante, assegurando-se, nessa conformidade, que o magistrado que funcionou como juiz das garantias, não julgará a referida ação penal, pois remeterá os autos a vara criminal seguinte, cujo respectivo magistrado funcionará como juiz de instrução e julgamento naquelas ações oriundas do juiz das garantias da vara criminal anterior.

Como se observa, as propostas de soluções apresentadas em muito se convergem, não sendo diferente os argumentos trazidas por Lopes Jr. e Morais da Rosa (2019, n.p), que assim sustentam:

Por fim cabe dizer que a mentalidade inquisitória deve se opor ao cumprimento da Reforma. Antecipamos que a dificuldade logística não se sustenta. O argumento de que o juiz das garantias não é viável porque temos muitas comarcas com apenas um juiz é pueril. Na verdade, brota de bocas ingênuas, que ignoram as soluções (simples, inclusive) ou de gente que manipula o argumento, pois no fundo quer apenas manter hígida estrutura inquisitória, a aglutinação de poderes

e o judicialismo (óbvio que o juiz das garantias é uma tragédia para um juiz justiceiro...). E quais são as soluções?

Existem diversas comarcas com apenas um juiz, mas que já deveriam ter dois, dado o volume de processos criminais e cíveis (logo, faz uma distribuição cruzada). A reforma justifica a abertura de concursos que estão represados e são necessários. Não se faz uma reforma processual ampla e séria sem investimento.

Existem centenas de comarcas com apenas um juiz, mas com comarcas contíguas (às vezes a menos de 100 km) em que existem dois ou mais juízes, que poderiam atuar como juiz das garantias (inclusive online, inquérito eletrônico).

Em outros casos, existem comarcas contíguas com apenas um juiz, onde também poderia haver uma distribuição cruzada (inclusive com atuação online).

Em todos os casos, diante da ampla implementação dos processos e inquéritos eletrônicos, é possível criar centrais de inquéritos em comarcas maiores para atender as comarcas pequenas na mesma região.

Enfim, com o processo (e inquérito) eletrônicos, não interessa mais o lugar, o "onde", mas apenas o "quando", isto é, estar na mesma temporalidade. Ora sabemos todos nós desse novo referencial, basta ver que trabalhamos o tempo todo no virtual, com várias pessoas em tempo real e o que menos importa é "onde" se está. Eis um "novo" paradigma que na verdade já integra o nosso cotidiano há décadas.

2.3.1. Do Estudo Realizado Pelo CNJ

Ciente das dificuldades e desafios que a implementação do Juiz das Garantias viria a trazer, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Dias Toffoli, baixou a Portaria CNJ nº 214, aos 26 de dezembro de 2019, *instituindo Grupo de Trabalho com o propósito de desenvolver estudos relativos aos efeitos e impactos da aplicação da Lei nº 13.964/2019 junto aos órgãos do Poder Judiciário*. O resultado desse estudo foi publicado pelo próprio CNJ em junho de 2020, sobre o qual analisaremos alguns pontos.

De acordo com o referido estudo, "o novo instituto não implica, propriamente, a criação de nova atividade, demandando a concepção de uma nova estrutura no âmbito do Poder Judiciário, eis que reclama, tão somente, a redistribuição de competências, acompanhada da transmutação do paradigma que norteia a atuação pré-processual, adequação essa que pode ser alcançada com a reorganização da estrutura já existente". Assim, sustenta que "requer-se apenas medidas que promovam uma adequada gestão das atribuições judiciais e reorganização administrativa dos territórios, para que se garanta o adequado provimento da prestação jurisdicional, em face de um novo contexto em que

“investigação penal” e “julgamento da causa” são atividades que devem concernir a juízes diferentes”.

Em vista da realidade distinta das unidades jurisdicionais do Brasil à fora, o CNJ reconhece que não é possível conceber a implantação do “juiz das garantias” de uma forma uniforme, a partir de um mesmo arranjo ou substrato organizacional, válido para todo o território nacional.

Considerando a análise de informação trazidas pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do CNJ, por intermédio do relatório denominado “Dados Estatísticos de Estrutura e Localização das Unidades Judiciárias com Competência Criminal”, a partir dos dados do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário - Módulo de Produtividade Mensal, em dezembro de 2019, com referência aos dados atualizados até novembro de 2019, o estudo chega às seguintes conclusões:

A análise do citado relatório permite concluir que quase um terço das Comarcas e Seções Judiciárias possuem mais de uma unidade jurisdicional com competência criminal, as quais respondem por mais da metade dos casos novos e procedimentos investigatórios.

A seu turno, apesar de as Comarcas da Justiça Estadual com Vara única representarem 59% do total, são responsáveis apenas por 17% dos casos novos.

Da mesma forma, na Justiça Federal, as Seções Judiciárias com varas únicas representam 56% do total, mas recebem 26% dos casos novos.

Tal cenário deve ser cotejado, ainda, com o avanço do processo eletrônico, que contribui sobretudo para simplificar a implantação do “juiz das garantias”, contexto potencializado em face da pandemia.

De acordo com o Relatório Justiça em Números de 2019, apenas 16,2% do total de processos novos ingressaram fisicamente, no ano de 2018, de modo que o percentual de adesão ao processo eletrônico já atinge 83,8%.

As informações apresentadas reforçam a premissa de que o Poder Judiciário possui realidades distintas – decorrente das peculiaridades demográficas, geográficas, administrativas e financeiras de cada localidade, diversidade essa, contudo, que não compromete a viabilidade da implementação do instituto do “juiz das garantias”, desde que feita de forma planejada e particularizada.

O grupo de estudo ainda contou com Consulta Pública realizada com a participações de tribunais do Brasil, bem como de demais órgãos e entidades interessadas. A partir disso, contemplou parte considerável das sugestões recebidas e elaborou uma proposta de resolução que buscou definir as diretrizes de política judiciária que viabilizam

conceber a estrutura, a implantação e o funcionamento do “juiz das garantias” nos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais do país.

De acordo com o estudo, “a proposta de resolução promove o efetivo desempenho da atribuição do Conselho, sem ferir a esfera da autonomia dos Tribunais, tampouco invadindo matéria de competência legislativa, limitando-se a regulamentar parâmetros gerais, previamente contemplados na lei”. (...) “Empenhou-se, todavia, em apresentar múltiplas possibilidades, que demandam apenas a adequação da estrutura existente, de modo a atender as mais diversas realidades e contribuir com os Tribunais na implementação do instituto”.

As sugestões foram colhidas a partir de três situações encontradas no Poder Judiciário:

I - Localidades com varas únicas;

II - Localidades com mais de uma vara, porém apenas uma com competência criminal; e

III - Localidades com mais de uma vara com competência criminal.

Entretanto, para facilitar a proposta, a minuta adotou apenas dois critérios, quais sejam: localidades com varas únicas e localidades com mais de uma vara, uma vez que possibilidade diversa pode se encaixar em uma ou outra, a depender do critério utilizado.

Com isso, propôs-se para as localidades com mais uma vara os seguintes critérios: especialização, regionalização, rodízio entre juízos e rodízio entre juizes.

A especialização se refere à transformação de vara, a fim de conferir atribuições do “juiz das garantias” a uma única unidade jurisdicional.

A regionalização representa a concentração da competência do “juiz das garantias” em Vara ou Núcleo/Central, que abrangerá limite territorial com duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias, fixado pelo Tribunal.

O rodízio entre juízos pode adotar parâmetros diversificados para a sua instituição: designações pré-estabelecidas, a exemplo do regime de substituição; regime de plantão já fixado; distribuição aleatória via sistema; forma regionalizada, ou seja, entre juízos, comarcas ou subseções judiciárias agrupados em regiões.

O rodízio entre juizes pode ser estipulado a partir dos mesmos critérios aplicáveis ao rodízio entre juízos.

Para as localidades com apenas uma vara, propôs-se três modelos: regionalização, rodízio entre juízos e o rodízio entre juízes - que seguem os mesmos parâmetros acima expostos.

Além disso, a resolução trata da disponibilização de processo eletrônico para a implementação do Juiz das Garantias e destaca que a implementação do processo eletrônico já é uma realidade no Poder Judiciário brasileiro e possibilita que a implantação do “juiz das garantias” se opere de forma simplificada e eficiente.

É destacado, ainda, que não há obrigatoriedade na adoção de nenhum dos moldes organizacionais propostos, de modo a preservar a autonomia administrativa de cada Corte.

Por fim, ressalta que de acordo com o relatório “Dados Estatísticos de Estrutura e Localização das Unidades Judiciárias com Competência Criminal”, foram identificados sete tribunais de justiça com centrais ou departamentos de inquéritos, ou seja, com estruturas em que já há alguma separação de competência entre as fases investigativas. Trata-se dos Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Piauí e São Paulo.

3. CONCLUSÃO

Conforme constatado ao longo deste trabalho, verifica-se que os impasses encontrados para a implementação do Juiz das Garantias são plenamente superáveis, havendo várias propostas para que ocorra de maneira comprometida e séria. É necessário, sobretudo, interesse e empenho dos órgãos jurisdicionais, de seus membros e servidores, por intermédio de uma reorganização administrativas de competências e realocação de força de trabalho. As críticas, portanto, não se sustentam.

Dentre as diversas propostas de solução expostas, verificam-se que algumas são recorrentemente citadas pelos autores, podendo-se considerá-las, deste modo, como as mais adequadas para a solução do problema em questão. Nesse sentido, em vista de todas as críticas apresentadas, especialmente aquelas relacionadas ao aumento de custo, ao aumento da força de trabalho e à dificuldade tecnológica, visando a melhor forma para se sobrepor aos problemas encontrados, este trabalho propõe o seguinte o modelo para a implementação do Juiz das Garantias:

- Nos grandes centros jurisdicionais (tais como Fóruns das capitais), onde há uma maior quantidade de juízes, não haveria tanta dificuldade, podendo-se implementar o rodízio de juízes/juízos entre as duas fases do processo ou mesmo implementar uma Central/Núcleo de juízes com competência para atuar na fase inquisitorial, como já ocorre em algumas cidades do Brasil.

- Nos menores centros jurisdicionais (a exemplo de alguns interiores), onde há poucos juízes ou até mesmo apenas um, pode-se implementar, de igual maneira, Central/Núcleo de juízes com competência para atuar na fase inquisitorial do processo, entretanto, nesse caso, abrangendo determinada região.

Com o avanço tecnológico até aqui alcançado, especialmente com a figura do processo/inquérito digital, não haveria problemas, pois não é necessária a presença física dos magistrados nos locais onde se investigam os fatos.

Nos poucos locais em que se tramitam processos físicos (trata-se de questão de tempo para que essa realidade não mais exista), poderão ser utilizados outros meios de comunicação processual, tais como correios, e-mails, WhatsApp, telefonemas, dentre outros já utilizados nos dias de hoje para a prática de diversos atos processuais.

Portanto, esse esforço inicial faz-se necessário diante dos avanços que a implementação desse instituto irá proporcionar, amplificando a efetividade de valores constitucionais de importância nuclear, tal como a imparcialidade do órgão julgador e a busca pelo processo justo e equânime. Deste modo, deve-se, sim, ser priorizada a implementação do Juiz das Garantias, dando um grande avanço ao atual sistema processual penal brasileiro – como dito em várias passagens deste trabalho – já defasado.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> – Acesso em: 27 maio. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> – Acesso em: 27 maio. 2021.

CABRAL, Bruno Fontenele; FONTENELE, Anny Kerliene Praciano Cavalcante. Comentários ao projeto do novo CPP: é viável a instituição do juiz das garantias no Brasil? Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49757/comentarios-ao-projeto-do-novo-cpp-e-viavel-a-instituicao-do-juiz-das-garantias-no-brasil>> – Acesso em: 27 maio. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>> - Acesso em: 27 maio. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. Jusbrasil. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2057647/o-juiz-de>>

das-garantias-projetado-pelo-novo-codigo-de-processo-penal> - Acesso em: 27 maio. 2021.

LOPES Jr, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>> – Acesso em: 27 maio. 2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal brasileira. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policial-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>> – Acesso em: 27 maio. 2021.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. Art 3-A cpp Juiz das Garantias: O aperfeiçoamento da imparcialidade. Jusbrasil. Disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/853481706/art-3-a-cpp-juiz-das-garantias>> – Acesso em: 27 maio. 2021.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. Apresentando o Juiz das Garantias. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/335956/apresentando-o-juiz-das-garantias>> – Acesso em: 27 maio. 2021.

MOTENEGRO, Fábio Uchôa. Juiz das garantias - Um arremedo do juiz de instrução. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/317982/juiz-das-garantias---um-arremedo-do-juiz-de-instrucao>> – Acesso em: 27 maio. 2021.

LAVAGEM DE DINHEIRO E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

LEANDRA DE ALENCAR GARCIA BORGES:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul.

WALTER MILLER

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa corroborar acerca da Teoria da Cegueira Deliberada no Sistema Penal Brasileiro, especificamente em delitos de lavagem de dinheiro. Originariamente na Inglaterra, a teoria referida vem ocupando maior espaço em responsabilidades de crimes de lavagem de valores, ainda que havendo impedimentos para a aplicabilidade em países que seguem o sistema de Direito Romano-germânico, como no Brasil. Portanto, é preciso um estudo a respeito da concordância de tal teoria no Sistema Penal Brasileiro, afim de examinar os fatores para a sua aplicabilidade, tal como dolo eventual, desta forma vetando possíveis interpretações excessivas. De início, salienta-se a definição do termo "lavagem de dinheiro", visando a compreensão de sua evolução dentro do contexto histórico e originário comprovando sua classificação na doutrina. O capítulo segundo objetiva examinar seus elementos dentro do processo penal sob a Lei 9.613/98, analisando a partir da denúncia até a apreensão dos bens do indiciado, abordando ainda acerca do instituto de delação premiada.

Palavras-chave: Lavagem de Dinheiro. Teoria da Cegueira Deliberada. Sistema Penal Brasileiro. Dolo Eventual.

ABSTRACT: This article aims to corroborate the Theory of Deliberate Blindness in the Brazilian Criminal System, specifically in money laundering crimes. Originally in England, the referred theory has been occupying greater space in the responsibility for crimes of money laundering, even though there are impediments to its applicability in countries that follow the Roman-Germanic Law system, such as in Brazil. Therefore, a study is needed regarding the agreement of such theory in the Brazilian Penal System, in order to examine the factors for its applicability, such as eventual intent, thus vetoing possible excessive interpretations. At first, the definition of the term "money laundering" is highlighted, aiming at understanding its evolution within the historical and original context, proving its classification in the doctrine. The second chapter aims to examine its elements within the criminal procedure under Law 9.613/98, analyzing from the accusation to the seizure of the defendant's assets, also approaching about the institute of awarded accusation.

Keywords: Money Laundering. Deliberate Blindness Theory. Brazilian Criminal System. Possible fraud.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo, utiliza como metodologia o método de raciocínio afim de verificar a realidade empírica utilizando análise bibliográfica e revisão de literatura. O desígnio principal é estudar a fraude de lavagem de verba na visão da teoria da cegueira determinada e seu emprego jurídico.

A problemática se dá em semelhança da maneira mais indicada na aplicabilidade da teoria no delito sem ferir os direitos fundamentais do acusado.

A fraude de lavagem de dinheiro atualmente está mais evidente, isto porque o encobrimento de tal crime afeta grandemente o sistema financeiro do país, mais que isso, em casos de maior repercussão envolvendo figuras públicas, partidos políticos e empresas de grande porte.

Desta forma, este artigo alega elementos a respeito da temática em questão, partindo do seu contexto histórico até o presente momento, ademais o conceito e previsão da norma examinando assim a Lei 9.613/1998, bem como seus conflitos e alterações trazidos pela Lei 12.683/2012, determinando o emprego da Teoria da Cegueira Deliberada, em concordância com as interpretações da Teoria e Jurisprudência acerca das alterações do disposto legal.

Em seguida confirma a temática abordada neste artigo e sua origem no Direito até a experiência primária de aplicação em território nacional. Ponderando os fatos verdadeiros, como acontecem e execução da referenciada teoria, observando que as condições primordiais para que a aplicação da norma incida de modo justo. Tal teoria, aponta delatar o acusado que tem dolo e conhecimento do fato delituoso, porém opta por aparentar o desconhecimento afim de obter benefícios provenientes do crime e evitar sanções provenientes do ato criminoso. Portanto é essencial a constatação do conhecimento, estando comprovada o conhecimento do ato ilegal, porém a pretensão não é real.

No caso da Lava Jato, operação de grande repercussão nacional, aplica-se condições fundamentais e indispensáveis de sua aplicação e dolo eventual mostrando-se eficaz no combate a tal delito. Dentro deste contexto, busca argumentar sobre a referida Teoria citada anteriormente, evidenciando sua eficácia quando ressaltados as condições indispensáveis para a aplicabilidade da norma jurídica.

No ano de 1998 deu início no Brasil a luta contra o delito de lavagem de dinheiro, por intermédio da Convenção de Viena, o país firmou compromisso em repelir tal delito amparando-se na Lei 9.613/1998 sendo alterada posteriormente pela Lei 12.683/2012 na qual prevê que: "Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição,

movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.”

Este tipo de delito advém da ação de mascarar bens, valores e direitos obtidos de maneira ilegal por meio de crimes e contravenções penais, no esforço de aparentar que foram adquiridos de forma lícita. O Grupo de Ação Financeira determina o delito de lavagem de dinheiro como artifício de camuflar a origem ilícita dos bens provenientes do crime.

Segundo Sérgio Moro o delito de lavagem de dinheiro incide na ação de encobrir, ou sonegar produtos provenientes do crime. (2010, p.15)

2.CATEGORIZAÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O crime de lavagem de dinheiro pode ser conceituado apenas como método utilizado pelo agente empregado afim de movimentar proveitos financeiros adquiridos em razão de ações ilícitas, visando aparentar ganhos legais.

Em conceito histórico o termo “lavagem de dinheiro” surgiu nos Estados Unidos, em meados dos anos 20, em que as lavanderias situadas em Chicago foram usadas por organizações criminosas com objetivo de modificar a origem ilegal dos proventos que, por intermédio de uma empresa legal justificavam a procedência ilícita do capital provenientes de comercialização de entorpecentes e bebidas (LIMA, 2016)

Inicialmente o termo citado acima foi empregado por autoridades americanas afim de delinear o plano empregado pela máfia no século XX, com a finalidade de legitimar a procedência do dinheiro e bens. Tal termo foi utilizado primeiramente em um processo judicial no mesmo país por volta de 1982, a partir de então integrou a literatura jurídica. (BADARÓ; BOTTINI, 2013).

3.A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Em um caso concreto retrata a apropriação imérita de domínios da marinha, no qual o indiciado entrou em um navio contendo barris com parafusos de cobre com o emblema real sendo bens do Estado. Apesar de assegurar o desconhecimento de se tratar de domínio do Estado, houve condenação em primeiro grau por desvio de bens públicos, segundo análise dos jurados o réu escolheu por iludir de forma voluntaria, visto que os parafusos de cobre carregam a simbologia estatal. Todavia, em defesa do acusado alegou-se que o mesmo não havia ciência a respeito da procedência dos bens em questão, assim não possuía prova real sendo absolvido.

Ainda assim, se evidenciado o caso a respeito de seu conhecimento sobre a procedência ilegal do bem citado acima, baseando na presunção dos jurados em que afirma que o mesmo possuía conhecimento, seria mantido a sanção.

Mais tarde, a referida teoria passou a ser adotada reiteradamente por Tribunais Ingleses, sendo popularizada nos Estados Unidos. Percebe-se que na forma de sanção inglesa, não há uma definição sobre o dolo, possibilitando melhor aplicabilidade da Teoria supracitada no sistema jurídico adotado.

No Brasil a referida teoria se tornou conhecida em 2007, surgindo inicialmente em um processo nº 2005.81.00.014586-0, da 5ª Região do Tribunal Regional Federal. A referida ação diz respeito ao desvio de cento e sessenta e sete milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais, do Banco Central situado na cidade de Fortaleza no Ceará.

Neste fato após a subtração do valor, os agentes integrantes da organização criminosa seguiram até uma empresa de automóveis, comprando com o dinheiro furtado onze automóveis efetuando o pagamento em espécie.

No processo de verificação do inquérito, um dos agentes foi localizado admitindo o delito e delatando os agentes.

Acerca do conceito relacionado a Teoria da Cegueira Deliberada afirma ser uma maneira particular de responsabilidade pelo delito, dolo consciente, já que se percebe que o meliante com ciência inventa impedimentos afim de não distinguir a procedência ilegal do crime.

Os agentes participantes do crime em questão, discernem amplas proeminências de ilegalidades, porém buscam isentar-se da incumbência da ação afim de não sofrer futuras incriminações.

O autor Robin Charlow explica:

O conceito legal de cegueira deliberada é um estado mental, por assim dizer, mais culpável que a imprudência, exigindo a consciência de um alto nível de risco sobre a existência de determinado fato e que indique que o resultado ocorrerá. (CHARLOW, 1992, p. 1386).

Já Sheriff Gordon afirma que:

Cegueira deliberada existe quando um indivíduo fecha deliberadamente os olhos para os meios de conhecimento, porque ele prefere permanecer na ignorância. Cegueira intencional deve ser

restrita à situação em que o acusado acredita que um determinado estado de coisas existe, sabe que ele pode confirmar essa crença, tomando um simples passo como fazer uma pergunta, ou andando em volta de um canto para ler um quadro de avisos, mas não o faz, porque ele quer ser capaz de permanecer na ignorância. (GORDON, 1978, p. 254).

Assim sendo, a Teoria é denunciar o indivíduo que possui conhecimento a respeito da procedência ilegal do valor, direito ou bem pelo mesmo omitido, optando por iludir-se quanto ao ato criminoso afim de não admitir o desfavorecimento.

3.1 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA

Diante de um caso, onde é possível a aplicação da teoria em estudo, é necessário que se tenha cautela quanto ao momento de sua aplicação, e que se observe os requisitos necessários, para que sua execução não venha a ocorrer de maneira exacerbada, ou ainda, não ponderada.

De acordo com Sydow (2016, p. 258-259), oito são os elementos fundamentais da cegueira deliberada:

- (1) deve se estar numa situação em que o agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido;
- (2) tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade;
- (3) o agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido;
- (4) deve haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações;
- (5) é necessário se identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento;
- (6) ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado;
- (7) ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada;
- (8) ausência de circunstância de ação neutra.

Considerando as hipóteses demonstradas pelo doutrinador, nota-se que possuiu uma apreensão em relação ao processo legal. Desta forma, o legislador constatou a aplicabilidade verdadeira no tocante ao dolo. Visto que o desconhecimento optativo não pode ser empregado como possível sanção, em casos de não comprovar que o indiciado possui conhecimento sobre o ato ilegal.

Segundo Spencer Sydow, apesar da Teoria abordada neste trabalho ser instituída por “ato inicial, sólido no que diz respeito ao procedimento causador da conjuntura de falta de ciência e uma ação futura, integro em resultado não ansiado e que acontece como consequência de falta de prévio conhecimento”. (SYDOW, 2016, p. 147).

Aborda-se a questão sobre as contrariedades que apresenta a responsabilidade legal em razão do segundo ato não ansiado pelo réu, ocasionalmente é perpetrado pelo agente consciente por sua ignorância:

Uma forte insegurança jurídica poderia se instalar na sociedade e suas relações posto que se imporia a empresas e indivíduos a obrigação de acompanhar todas as consequências advindas de suas estratégias preventivas e todos os indivíduos que por elas fossem afetados. Interessante também destacar que o ato secundário (consequência indesejada) não necessariamente terá sido praticado pela pessoa responsável pelo obscurecimento, o que torna ainda mais difícil o controle da responsabilidade jurídica pelo fato, colocando muitas vezes na mão de terceiros, situações que podem gerar reprovabilidade a um indivíduo ou pessoa. (SYDOW, 2016, p. 149).

Ainda que haja contrariedade em examinar se o acusado possuía conhecimento sobre a ação praticada, é fundamental que seja comprovado a ação primária do agente, baseando-se no comportamento causador da falta de ciência. Assim mesmo, apresenta de suma importância, visto que o mesmo não comprove que o acusado possuía ciência da ação criminosa, fica evidente que o agente assimilava no período anterior à prática do delito, desta forma, incidirá sobre o mesmo o ato inicial.

Optando em sustentar-se indecisão, e não esclarecer os acontecimentos, a sanção do agente que age com falta de ciência, com restrita noção do ato ilegal, dever ser moderada em relação ao agente que praticou o delito com ciência total da ação criminosa.

3.2 APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DNHEIRO

Embora a Teoria citada possua o emprego aos delitos, decorre consistindo em considerável ferramenta na luta contra delitos denominados “colarinhos brancos”, atentados por agentes com maior grau de instrução em maior parte dos casos sendo figuras públicas.

Por conseguinte, em fatos de lavagem de dinheiro que a hipótese se constitui de forma extensa aplicada de forma universal. Acontece geralmente, em fatos em que o

causador do delito, ainda que possua maneiras de aperfeiçoar seu conhecimento sobre os acontecimentos, em outros termos, a respeito da causa ou condição dos valores, bens e direitos implicados, opta em conserva-se ausente a esse respeito. (MORO, 2010, p.100).

Antes de sua modificação a Lei 9.613/1998 afirma que: 1º, § 2º, I: "Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo". Em sua alteração, o termo "sabe serem" foi vetado, sendo escrita deste modo: "Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de infração penal". (BRASIL, 2012).

Verifica-se que o jurista ao modificar a legislação que antecipava tão somente o dolo direto, em seu artigo primeiro da Lei já alterada, evidencia a temática sobre a aplicabilidade do dolo eventual em tais atos criminosos relatados acima.

Previamente a alteração da legislação o termo empregado "que sabe serem" dispersava a probabilidade empregar o dolo eventual, com sua alteração, novas preocupações surgiram a respeito da temática.

4.O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

O termo delação é uma temática não tão atual, os acontecimentos Históricos são marcados por traições entre os seres humanos, o mais antigo e conhecido relato se trata de Judas Iscariotes que vendeu Cristo por 30 (trinta) moedas, história mundialmente conhecida e fácil de ser confirmada;

Lima cita outros exemplos, tais como o de Joaquim Silvério dos Reis, ocorrido no Brasil, que denunciou Tiradentes, levando-o à força, há exemplo de Calabar que culpou os brasileiros, entregando-os aos holandeses. No transcorrer do tempo e o avanço da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever uma maneira de bonificar essa traição. Assim que surge, a colaboração premiada. (LIMA, 2016).

A prática da delação premiada auxilia na luta contra a lavagem de dinheiro. Seu propósito é possibilitar/ "contribuir" para a identificação dos principais agentes da lavagem, que são os principais responsáveis pelo delito.

Para aqueles que colaborarem espontaneamente com as autoridades, contribuindo com conteúdo frutífero, apresentando esclarecimentos que guiem a averiguação a procura de elucidações das contravenções penais e, não menos, ao descobrimento de valores e bens oriundos de práticas criminosas, reduz-se a pena de um a dois terços, possuindo potencial de iniciar em regime aberto, possuindo o magistrado competência para executar ou converter por pena restritiva de direito. (DIETRICH, 2010; BARRETO, 2015).

A delação premiada atualmente pode ser encontrada em muitos dispositivos legais, no ordenamento brasileiro poderá ser encontrada na Lei 8.072/90, na Lei n.º 11.343/06, no artigo 41, na Lei 9.807/99 nos artigos 13 e 14.

Por não estar expresso na Lei quando devem ser concedidos os benefícios, entende-se que cabe ao juiz analisar o caso e examinar as informações prestadas pelo colaborador do crime e determinar qual o benefício adequado, levando sempre em consideração que o mais requisitado benefício de não aplicação de pena, deve apenas ser concedido nos casos em que as informações oferecidas pelo colaborador possibilitem chegar até o principal autor do crime e/ou a recuperação total do produto do crime.

Assim, no tocante em delação se o investigado ou indiciado confessar a autoria da infração penal, se ele se abstém imputando a culpa a terceiro, tem-se apenas um simples testemunho. Já "a colaboração premiada funciona, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie." (LIMA, 2016, p.521).

Como é possível perceber, o instituto da delação premiada demonstra uma considerável organização de combate ao crime organizado. É "provocada" pelo Estado que objetiva "desvendar" os crimes e alcançar os principais "chefes" que comandam a organização criminosa e o delito de Lavagem de dinheiro. O Estado não está interessado na "fama" da delação, se é considerada uma traição entre colegas de crime, ele está interessado em capturar os principais criminosos e usa do interesse que cada um tem de se beneficiar, de amenizar sua pena, para alcançar seus objetivos e tentar, pelo menos, diminuir a criminalidade, porém sabe-se que essa é uma luta longa e um trabalho árduo.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa permitiu analisar de maneira aprofundada sobre o delito de lavagem de dinheiro, dentro do contexto histórico, conceituado como se dá a prática criminosa bem como suas etapas, baseando-se em jurisprudências e doutrinas. Partindo do presente estudo, constatou-se que a probabilidade de emprego do dolo eventual em delito em elucidação, logo a possibilidade de executar a Teoria da Cegueira Deliberada.

Previamente, foi avaliado profundamente acerca do delito de lavagem de dinheiro, visando provar a agressão cometida através do delito no sistema monetário do país, considerando a Lei prescrita bem como sua alteração Lei 16.683/2012 permitindo maior penalidade para repelir o delito, partindo da averiguação do dolo eventual.

Posto que confirmada a existência de dolo eventual, pondera-se os fatores primordiais para a aplicabilidade da Teoria, como forma de verificar se os dados da prática ilegal estavam esclarecidos e compreensíveis de serem adquiridas pelo acusado, bem como a causa individualista do acusado. Averiguado os fatores, possivelmente o magistrado

compreenda que há capacidade de advir uma responsabilização pautada na Teoria da Cegueira Deliberada.

Apesar de já ser aplicada em determinados fatos, tal teoria desponta-se de complexa aplicabilidade, visto que as condições necessárias, muitas vezes difíceis de serem comprovados em casos reais. Desta forma, diversos processos, em que o agente é absolvido apenas em segundo grau.

Compreende-se que qualquer fato real carrega consigo particularidades, deste modo, mostra-se imprescindível uma investigação profunda em cada ação, afim de constatar o elemento subjetivo do acusado, melhor dizendo, se existiu verdadeiramente a pretensão de isentar-se da culpa, com a finalidade de acontecer um julgamento pautado no conceito de dolo eventual baseado na teoria da Cegueira Deliberada.

Avaliando os fatos abordados no presente artigo em que a referida teoria aplicada, aponta-se que o emprego da supracitada acima é plausível e já empregada em maior decorrência, todavia é imprescindível observar quanto aos fatores para seu implemento, afim de garantir os princípios fundamentais constitucionais no investigado.

Em suma, conclui-se a carência, que advenham mais contestações em relação a teoria especialmente relacionada a definição do dolo eventual, que é a forma que possibilita a execução da mesma, haja vista que, há muitas inseguridades com relação a ausência de uma definição real de dolo eventual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais. Comentários à Lei 9.613/98 com alterações da Lei 12.683/12. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

BRASIL. Lei nº 2.848, artigo 18, Código Penal, de 7 de dezembro de 1940. PARTE GERAL TÍTULO I DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 dez. 1940.

CHARLOW, Robin. Willful Ignorance and Criminal Culpability. Tex: L. Rev, 1992.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GORDON, Sheriff. Criminal Law of Scotland. 2ª edição. 1978. p. 254.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 16 ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio E. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2005.

KLEIN, Ana Luiza. A doutrina da Cegueira Deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no Direito Penal Brasileiro. [Trabalho de Conclusão de 53 Curso]. Rio Grande do Sul: Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Curso de Direito, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de Lavagem de Dinheiro. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. 1ª edição. Curitiba: Saraiva, 2010.

SYDOW, Spencer Toth. A teoria da cegueira deliberada. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

A MISTANÁSIA NO BRASIL FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19

JULIANA MARIM DOS SANTOS:

Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, UNIFUNEC.

Dra. REGINA MARIA DE SOUZA¹⁸

(orientadora)

RESUMO: O trabalho tem como objetivo analisar a punibilidade do estado nos casos de mistanásia durante a pandemia de COVID-19 de acordo com a Constituição Federal. O conceito citado consiste em uma morte infeliz, imatura e miserável de pessoas que não recebem o tratamento necessário ou não chega a consegui-lo por seu condicionamento político, sociológico ou econômico e pelo fato de depender apenas do atendimento público de saúde. O Estado como agente responsável quanto há omissão, deve sofrer punibilidade por infringir o direito inviolável a vida e a saúde. Houve, desde 2020, a intensificação deste problema, existente desde o início do Sistema Único de Saúde, devido a pandemia acarretando milhares de mortes e pessoas com severas sequelas devido a negligência do Estado. A metodologia empregada é o método dedutivo através de meios digitais, artigos e legislações relacionadas ao tema. Foi possível notar, após a pesquisa, que o Estado não está cumprindo seu dever de fiscalizar e garantir saúde igualitária para toda a população.

Palavra chave: Direito Fundamental da Vida. Misthanásia. Pandemia da COVID-19. Saúde Pública.

ABSTRATC: The work aims to analyze the state's punitiveness in cases of mythanasia during the COVID-19 pandemic, according to the Federal Constitution. The concept cited consists of na unhappy, immature and miserable death of people who do not receive the necessary treatment or do not get it due to ther political, sociological or economic conditioning and the fact tha they depend only on public health care. The State as responsible agente when there is omission, must be punished for infringing the inviolable right to life and health. There has been, since 2020, the intensification of this problem, existing since the beginning of the Unifed Health System, due to the pandemic causing thousands of deaths and people with severe consequences due to the negligence of the State. The methodology used is the deductive method through digital media, articles and

¹⁸ Docente do Curso de Direito, doutora em Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, UNIFUNEC

legislation related to the subject. It was possible to notice, after the research, that the State is not fulfilling its duty to inspect and guarantee equal health for the entire population.

Keywords: Fundamental Right of Life. Mythanasia. COVID-19 pandemic. Public health.

1 INTRODUÇÃO

O tema aqui desenvolvido trata da mistanásia como um grande problema a ser enfrentado ainda mais nos dias atuais, de pandemia, em que se pode acompanhar milhares de pessoas em todo o mundo sofrendo em filas de hospitais, sem sequer serem atendidos, enfrentando uma doença que ninguém no mundo havia se preparado e no nosso país não é diferente.

Veremos no decorrer do artigo que o ordenamento jurídico trata deste assunto, a responsabilidade do Estado da garantia a vida a todos os cidadãos na Constituição Federal, no Código Penal e também no Código Civil, visto que há uma responsabilização do corpo médico, sendo funcionários públicos ou terceirizados pela administração pública municipal, estadual ou federal.

Dentro destes fatos cabe a nós analisar decretos, leis, códigos e até a própria Constituição, pois que direitos e garantias temos enquanto milhares de pessoas estão morrendo em filas de hospitais públicos em busca de atendimento médico, mas que por omissão ou falta de condicionamento não o conseguiram. Trataremos então dos direitos para essas pessoas, de que forma podemos, por exemplo, aplicar a teoria da Culpa Anônima quando não há a prestação do serviço por parte da administração.

O princípio do direito constitucional tem que preservar o direito do cidadão a vida, sendo previsto na CF em seu Título II "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" (BRASIL, 1988), quando o Estado age com omissão em relação ao cidadão há o crime na esfera penal, sendo o agente público a frente da gerência administrativa dos negócios do estado o responsabilizado. Com relação a ação Cível, ela é proposta diretamente contra o Estado, quando o mesmo se omite da prestação do serviço por omissão ou por falta de responsabilidade, por *culpa in vigilando* ou *in elegendo*.

Contudo, na realidade atual, esses direitos estão sendo feridos e desrespeitados pelos órgãos públicos de saúde, sendo assim trataremos a seguir a defesa das garantias do cidadão, respondendo o Estado por omissão e por processo crime, se o agente público falhar em sua função de dirigir os negócios do Estado, como veremos a seguir a mistanásia ocorrendo de forma exorbitante em nosso país por consequência dessas falhas do Estado e de seus agentes.

2 CONCEITUAÇÃO DA MISTANÁSIA

Mistanásia origina-se do grego “mis” (miserável) e “thanatos” (morte), tratando-se da “morte miserável” que declara uma morte infeliz, prematura e desamparada. Esse termo é usado para se referir as pessoas que morrem por serem desprovidas de condicionamento social, assim, não tiveram acesso ao sistema de saúde ou o mesmo não tinha recursos para atendê-lo.

Trazendo para a realidade atual, são as pessoas que morrem à espera de atendimento nos corredores, cadeiras da sala de espera, e muitas não conseguem sequer ser pacientes, assim indo a óbito por omissão.

Dentro da grande categoria de mistanásia quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. (MASSA; MASSA, 2019, p. 25)

Pode-se constatar que os pacientes que vão a óbito por conta da mistanásia são pessoas sem condições financeiras de custear atendimento particular, assim, dependendo inteiramente da assistência pública, que na maioria das vezes é lenta e ineficaz.

Ressaltando que o termo em estudo não somente se encaixa em pessoa de baixa renda, mas também as que nem sequer possuem uma renda, como moradores de rua que vivem em condições deploráveis, que constantemente são ignorados pelos agentes de saúde devido a sua aparência e pré-conceitos já estabelecidos dessa classe.

Trata-se de um ser humano que na tentativa de restabelecer sua saúde passa por uma situação deplorável, um falecimento prematuro mediante a exclusão social, econômica e política. Essa morte em condição de miséria por indivíduo desfavorecido, reconhecida como mistanásia, é presente na história do mundo e também no Brasil.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INVOLABILIDADE DA VIDA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO SER HUMANO

A nossa constituição aborda como tema principal a dignidade humana em decorrência de pós-ditadura, iniciando um novo ciclo com garantias individuais. Em seu artigo quinto, caput, nos garante “[...]a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade [...]” como alguns dos direitos fundamentais do ser humano sem qualquer discriminação.

No decorrer do artigo quinto é possível perceber a presença de numeras garantias que oferecer uma vida digna e justa para qualquer ser humano, assim, tem-se a vida como direito fundamental. Igualmente relata Francisco Lavor (2018 p.3) “Assim, conscientes de que a vida é o maior bem que o ser humano pode ter, razão pela qual a Constituição Federal ressalta sua inviolabilidade, o nosso ordenamento jurídico fixou diversas formas de proteção e garantia à vida...”

Mas os noticiários trazem uma realidade diferente do que está previsto em lei, em que a vida é desrespeitada em seu mais alto grau de desumanidade. No âmbito da saúde é negligenciado o direito de tentar sobreviver, com omissão de socorro, falta de preparo dos agentes de saúde ou insuficiência de recursos para o atendimento primordial (LEITE, 2020, p. 2).

Infelizmente a existência da mistanásia é evidente no Brasil, todos os dias vemos inúmeras notícias de pessoas morrendo sem ao menos conseguir ser pacientes dos hospitais, esperando por atendimento em filas gigantes, sendo atendidas nos corredores e nas cadeiras de salas de espera. Quando chegam a ser atendidas, tem-se o tratamento indevido que causam danos irreversíveis ou são mandadas para casa enfermas ainda por falta de recursos.

Como exposto, a mistanásia implica naqueles que são desprovidos de recursos, nem mesmo detêm acesso ao serviço médico básico, assim sendo uma notória violação a um dos direitos fundamentais, previsto no art. 5º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que diz “[...] ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante [...]”, elementos presentes no cotidiano da classe carente sujeitada ao Sistema Único de Saúde.

Pode-se constatar a desordem que o Sistema Único de Saúde se encontra, não se tem investido o necessário na saúde, com isso, não há médicos suficientes ou devidamente capacitados para atender a população, ou não a equipamentos e medicamentos para o tratamento. Sempre há um problema no qual pessoas saem sem seu devido atendimento. (UOL, 2020, p.1)

Os profissionais da saúde perante o quadro de desordem dos hospitais e postos de saúde, em inúmeras ocasiões se encontram na situação de decidir sobre a vida das pessoas, tendo que escolher qual vida salvar, miseravelmente dando relevância de uma vida pela outra, contexto em que se constata a mistanásia.

A Constituição da república Federativa do Brasil, em seu art. 196, dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso

universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988, p.49), garantindo assim o acesso a saúde a todos de maneira igualitária.

Dessa forma podemos ver que por inegável rejeição social ocorrem mortes prematuras, essas não podem ser insignificantes em um Estado Democrático de Direito, visto que tem como princípio fundamental a inviolabilidade da vida. Cabe ao Estado fazer cumprir o encargo constitucionalmente acordado de propiciar um sistema de saúde decente para todas as pessoas.

Tendo em vista todos esses fatores de responsabilidade do Estado para com as garantias essenciais, neste caso a garantia à vida, trataremos então o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal (1988) que diz “(...)a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais(...)”, é preciso levar em consideração então, que médicos ou quaisquer profissionais da saúde tenham que “escolher” quem será atendido e logo em seguida a pessoa, que por omissão, não foi atendida vem a óbito, é direito da família que o responsável, no caso do SUS o Estado, seja punido.

Neste mesmo exemplo da punibilidade do Estado encaixa-se a Lei nº 8.080/90 que em seu parágrafo 2º traz o seguinte “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” (BRASIL, 1990, p.1). Havendo a comprovação de que a vítima evoluiu ao estado de óbito por falta de atendimento médico não prestado, contra o Estado como polo passivo do caso, aplicamos a Teoria da Culpa Anônima e Responsabilidade Subjetiva.

O ordenamento jurídico na teoria do risco administrativo atribui a responsabilidade à pessoa jurídica de direito público nos casos de ação ou omissão de seus agentes no exercício de função pública, segundo o artigo 37, § 6, da CF/88 que dispõe:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988, p.48).

Na responsabilidade civil por descumprimento de seu dever de agir.

4 A PANDEMIA DA COVID-19 E A INTENSIFICAÇÃO DOS PROBLEMAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Trazendo o tema para a realidade atual, com a pandemia do COVID-19, houve a intensificação deste problema, como resultado de uma questão delicada de uma má administração. Há muito tempo não se investe o mínimo necessário para a saúde, e

atualmente houve cortes ainda maiores nessa área. A saúde no Brasil já era um problema e agora está em estado de calamidade.

Todos os dias os noticiários apresentam relatos de hospitais que não possuem leitos de terapia intensiva e de equipamentos de suporte ventilatório, um verdadeiro caos instaurado na saúde pública em alguns casos nem mesmo sabão para lavar as mãos e muito menos máscaras.

O problema começa no salário baixo para os profissionais da saúde, com isso o número insuficiente de especialista na área causando sobrecarga e adicionando obstáculos diários para a linha de frente, a falta de equipamentos e sua precariedade prejudica ainda mais colocando assim em risco a saúde de todos. Isso ocorre em uma das piores formas de processo, onde o abandono na omissão de atendimento sendo ferido o maior princípio da dignidade da pessoa humana.

Na Constituição a garantia a saúde é prevista no nosso artigo 5º, como mencionado anteriormente, mas também dos artigos 196 ao 200, que tratam da seção de saúde e SUS. Em seu artigo 196 diz que a saúde é garantia de todos, dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos, garantindo a promoção, proteção e recuperação.

Há de se concluir assim que todos os brasileiros têm este direito garantido, mas em decorrência do quadro atual, este direito vem sendo omitido, enquanto o Estado como órgão que deveria garantir isto é omissor, visto a demanda nas filas de hospitais, faltando-lhes com a dignidade assim ocorrendo uma eventual mistanásia, de forma em que, em alguns postos e hospitais públicos, estão sendo obrigados a selecionar as pessoas que serão atendidas de acordo com os critérios de emergência médica.

Se em nosso ordenamento Jurídico supremo é garantida a vida e proibido qualquer tipo de abreviação da vida, sendo por meio da eutanásia ou ortotanásia, então o próprio estado que deveria garantir este direito o tira, quando deixa pessoas, de forma indigna, nas filas aguardando um atendimento, em meio a uma pandemia, sendo selecionados quem vai ou não ser atendido, esse mesmo estado que nos garante na própria constituição também deve ser punido como previsto nos artigos seguintes da mesma seção, como por exemplo em seu artigo 197 no caput que trata “cabendo ao Poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle” .

O questionamento que fica é se este mesmo poder está cumprindo com este dever de fiscalizar o que ocorre atualmente no país, e se está fiscalizando e acompanhando a situação de milhares de mortes por COVID-19, visto que os números continuam a crescer. A omissão quanto a sua obrigação de garantir a vida, prevista na constituição, deve ser investigada e não se pode omitir enquanto poderes e muito menos população, já que é a

população que tem o dever de escolher e fiscalizar também o serviço dos que foram escolhidos para nos representar, seja nos poderes legislativo ou executivo.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO BRASILEIRO E A PRECARIZAÇÃO DO ATENDIMENTO DIANTE DO CRESCIMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19

As negligências dos governos e a precarização do SUS fizeram com que houvessem mais de meio milhão de mortos em todo país, ocupando o terceiro lugar no ranking mundial de maior número de mortos em todo mundo. Pode-se acompanhar em todo país o maior e mais trágico exemplo de mistanásia, um número tão alto de mortes deve-se a negligência, a omissão, a incompetência e insuficiência da saúde pública para o tratamento e vacinação.

O quanto o governo federal foi omisso em relação as vacinas, em específico da Pfizer que mandou inúmeros e-mails em agosto do ano passado, sem resposta, para fazer do Brasil vitrine de imunização mundial, somente com essa proposta seria 70 milhões de doses, o que não ocorreu por negligência. Pior que isso foi as omissões, como apresentadas na CPI do COVID, em relação a vacina produzida no país pelo Instituto Butantan. Foram inúmeras as negligências e omissões por parte do governo, todas apresentadas na CPI do COVID (CRUZ, 2021, p.2).

A presença desse vírus no Brasil potencializou problemas e evidencia a existência da mistanásia no cotidiano dos cidadãos lamentavelmente, sendo provado o desrespeito ao direito fundamental.

5.1 DE MANAUS

Durante a chamada terceira onda nos meses de janeiro e fevereiro, Manaus foi o palco de uma lamentável situação, no qual o caos se instalou e a população amedrontada e em desespero era internada, entubada e muitas foram vítimas do covid-19.

O Amazonas vive um caos diante da pandemia, com um número superior a 233 mil infecções por covid-19 e mais de 6,4 mil mortes, parte delas registrada nos últimos dias, quando o estado enfrentou um colapso na oferta de oxigênio hospitalar (SAMPAIO, 2021, p. 2)

A falta de equipamentos, de equipe médica e de leitos, era palpável, nos tornando um epicentro mundial da doença. Com erros aparentemente estratégicos por parte do ministério da saúde.

Mesmo com todos os avisos por parte dos hospitais de Manaus, o governador do Amazonas e o então ministro da saúde, Eduardo Pazuello, disseram não saberem da falta de cilindros de oxigênio, um dos motivos que os levaram a serem investigados

posteriormente na CPI do COVID. O que a população de Manaus sofreu, no início do ano, com falta de insumos, com a grande propagação da nova cepa que acabara de surgir, a negligência dos governantes. (SENADO, 2021, p.12)

O que a população de Manaus sofreu, no início do ano, com falta de insumos, com a grande propagação da nova cepa que acabara de surgir, a negligência dos governantes.

5.2 FALTA DE OXIGÊNIO

Como já mencionado, no começo de 2021 os pacientes internados por covid-19 ou não, começaram a morrer de asfixia pela falta de cilindros de oxigênio, não só nos hospitais mas os fornecedores também sofriam com a falta do mesmo, situação que poderia ter sido evitada pelo ministério da saúde com mudanças de estratégias e planejamento.

Na CPI do Covid um dos pontos principais que os senadores questionaram foi a irresponsabilidade do ex-ministro da saúde e a secretaria estadual de saúde do Amazonas, que mesmo sendo alertados desde o ano anterior deixou a situação acontecer e milhares de pessoas morreram nos hospitais com esse colapso, segundo o G1 (2021).

O que matou essas pessoas não foi o covid em si, mas a irresponsabilidade, a negligência e a omissão por parte dos governantes, um exemplo claro e evidente de mistanásia.

5.3 KIT ENTUBAÇÃO

No início do ano, também, vários estados do país sofreram com a falta do “kit intubação”, medicamentos de Intubação Orotraqueal (IOT) formado por sedativos, anestésicos e bloqueadores neuro musculares específicos para a intubação dos pacientes.

Diante dessa situação um grupo de empresas decidiu doar 2,3 milhões de doses dos referidos medicamentos, contudo os mesmos vieram com as bulas em chinês e mandarim, mais um problema para a utilização dos insumos, que foi solucionado pelo ministro da saúde com documentos com orientações em português (G1, 2021).

E problemas atrás de problemas, faltaram medicamentos, faltaram cilindros oxigênio, faltou organização do ministério de saúde, que trocou de ministro 3 vezes durante a crise, faltou responsabilização por essas negligências, a única coisa que não faltou foram mortos, e nesse quesito, infelizmente, ficamos em terceiro lugar no ranking mundial.

5.4 DAS MORTES NAS FILAS NA UTI

Cerca de 5065 municípios brasileiros não possuem leitos de Unidade de Terapia intensiva (UTI) segundo estudo do Conselho Federal de Medicina (CFM). A oferta de leitos de Unidade de Terapia intensiva (UTI) em estabelecimentos públicos ou conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS) está disponível em somente 505 dos 5570 municípios brasileiros, de acordo com o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), dados da situação antes da pandemia (CFM, 2016, p.1).

Diante de uma situação de pandemia ter menos de 10% dos municípios do país com equipamentos de tratamento intensivo é uma situação lamentável, e o que mata as pessoas não é o vírus e sim a negligência. Em um país onde a própria constituição garante a direito a vida e garante que o Estado é responsável por essa garantia, na prática milhares de pessoas morreram durante a pandemia na espera de medicamentos e leitos.

5.5 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

É de conhecimento dos cidadãos brasileiros a responsabilidade do Estado sobre a saúde, em sua integralidade, sendo um direito fundamental garantido, de maneira igualitária o fornecimento de todos as ações e serviços necessários a adequada assistência a saúde do ser humano de forma digna.

De acordo com a Constituição Brasileira em seu 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 (BRASIL, 1988, p. 49).

Os casos de urgência e emergência são de responsabilidade dos Estados e da União, assim funciona o sistema de subfinanciamento que é utilizado no SUS. Tendo em vista que são os municípios e estados que sustentam a união, em contrapartida a União devolve esse dinheiro direcionado para cada secretaria municipal, incluindo a secretaria de saúde que utiliza nas urgências e emergências.

Os Governos Federal, Estadual e Municipal investem cerca de R\$ 240 bilhões anualmente na área. No entanto, esse número precisa suprir as necessidades de 150 milhões de brasileiros. Desse modo, ainda que o Estado invista, não é o suficiente para atender a alta demanda. Nesse ponto, há uma sobrecarga dos municípios. Antes eles eram responsáveis somente pela atenção básica, mas agora precisam destinar parte da verba também para atendimentos complexos, já

que os repasses dos Governos Federal e Estadual não são suficientes para as duas áreas (LOLATO, 2019, p.3).

Por esses motivos ocorre a mistanásia antes da chegada do covid-19, com a falta de recursos para as necessidades cotidianas das pessoas, um problema existente sendo ignorado a anos e com a pandemia tudo intensificou e virou um caos.

5.6 CPI DA COVID 19

A CPI foi instaurada, segundo Wilson Silva, em 27 de abril de 2021 (2021) e podendo ser estendida por um ano, a CPI, que está sendo realizada pelo Senado Federal com uma comissão parlamentar de inquérito para investigação de políticos, servidores públicos, ministros, secretários, tem como objetivo discutir as ações do governo federal no enfrentamento ao covid-19, principalmente de que o mesmo foi omissivo no que se refere as medidas sanitárias de distanciamento social e utilização de máscara.

Alguns pontos principais além da omissão são alegações de que a imunidade de rebanho por infecção funcional, discussão esta descartada pelos infectologistas que deixam claro que a vacinação é o único caminho para o controle efetivo da doença e de sua propagação.

Outro ponto, já mencionado, são as suspeitas de corrupção na compra das vacinas por parte do governo federal, que realmente deixam muitas dúvidas para quem acompanha as investigações, o cenário político ou mesmo apenas os jornais, todos viram as notícias de que o Butantan estava tentando uma negociação de financiamento do governo federal para produção das vacinas aqui mesmo no país, desde julho de 2020 para entregar mais de 1 milhão de doses ainda em dezembro do mesmo ano e que não obteve resposta.

Outro caso já retratado acima, muito suspeito e que está em investigação na CPI é o do laboratório Pfizer que enviou vários e-mails para o Brasil na tentativa de negociação das vacinas e assim como o Butantan também não foi respondido.

Até então a comissão já convocou ex-ministros, políticos, secretários, funcionários do ministério da saúde e secretarias de saúde, ouviu e interrogou os que atenderam as convocações, mas o que aparenta é que esta investigação está longe de acabar, no dia 14 de julho houve mais uma prorrogação de 90 dias, estendendo mais ainda o prazo para investigação (SILVA, 2021, p.3)

5.7 VACINA

O atraso na vacinação da população brasileira é uma das pautas que estão sendo investigadas na CPI da covid, já que a grande dúvida é que se o Instituto Butantan e o

Laboratório Pfizer se prontificaram e tentaram de várias formas fazer do Brasil uma vitrine da imunização mundial, qual a razão do Ministério da Saúde não os responder e atrasar tanto as vacinas deixando o número de mortos passar dos 560 mil.

Um país que deveria ter começado a vacinação ainda em dezembro está meses atrasado no calendário de vacinação, o que atrasa todo o andamento e a normalização do país.

Pior que um atraso na vacinação é uma política negacionista e de antivacina, que causa medo na população, com teorias da conspiração como a matéria do Folha de São Paulo:

Teorias da conspiração e movimentos antivacinas encontraram espaço para crescer porque se dispuseram a prestar atenção nos medos das pessoas e explorá-los, enquanto cientistas e políticos tratavam a hesitação com ignorância (PINTO, 2021, p.2)

No caso do Brasil os próprios políticos é que causaram essa insegurança e hesitação na população dificultando ainda a imunização desse vírus.

5.8 RAPIDEZ NA H1N1 E NO COVID NÃO

Em 2010 na pandemia da gripe suína o Brasil lançou uma campanha de vacinação que em 3 meses já havia vacinado metade da população, há 10 anos atrás quando mais países foram infectados, quando a facilidade para identificação e contenção do vírus não era tão fácil quanto agora, com a disposição de novas tecnologias. Nenhum país no mundo vacinou tão rápido quanto o Brasil (BARIFOUSE, 2021, p.1)

E desta vez a situação foi totalmente contrária, 3 meses após o início da campanha de vacinação apenas 4% da população estava imunizada, contudo questões políticas e erros de estratégia nos levaram a escassez de vacinas.

Segundo a epidemiologista Carla Domingues (2021):

É lamentável. Temos um programa que é referência, mas estamos na rabeira mundial, junto com países que não têm a menor capacidade de fazer vacinação por causa de questões política e erros estratégicos que levaram à escassez de vacinas (DOMINGUES, 2021, p.3).

Como podemos identificar a mistanásia está presente como um todo, a datar da chegada do vírus até a imunização.

5.9 DEZ 2019 ATE ABRIL 2020 QUE JÁ TINHA A INFORMAÇÃO

Mesmo os primeiros casos da doença terem sido registrado em dezembro, sabendo que era um novo tipo de vírus e a velocidade de propagação, ainda assim, houveram as festas de fim de ano, carnaval, sem prevenção, sem medidas de prevenção em voos internacionais, nada foi adotado para prevenção a pandemia, o que trás mais uma situação de omissão na área da saúde, por parte de um governo, que aparentemente só se importa com o ministério da fazenda, só da a devida importância a arrecadar dinheiro e não a direcioná-lo para as áreas que realmente necessitam.

Esperaram a doença chegar ao país, mesmo sabendo que não tinha, e ainda não tem, estrutura para uma doença com um nível de mortalidade tão alto e de propagação tão rápido, era óbvio que haveria um colapso na saúde pública e privada também, foram milhões de pessoas infectadas por negligência e por uma política negacionista que nunca será esquecida.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto pode-se notar no decorrer do artigo que todos os direitos e garantias nos são dados pela Constituição Federal de 1988, mas o mesmo órgão que nos garante a saúde e a vida, nos deixa à mingua em um momento de maior carência, onde não possuímos leitos suficientes para acolher a todos, não conseguimos que todos os pacientes que possuem o vírus sejam atendidos e assim cometendo uma atrocidade contra nosso próprio povo, a mistanásia à vista de todos, estampada em todos os jornais do país inteiro.

Enquanto nossos direitos são feridos vemos a carência do povo, que deveria estar sendo suprida, por nossos governantes como nos é garantido, mas a grande maioria da população não tem sequer atendimento adequado, os postos não têm medicamentos e nem testes para todos, assim julgando quem terá maior necessidade de receber o tratamento.

Os números de mortos e infectados aumentam a cada dia que passa e há uma omissão nítida por parte do governo que camuflar a realidade do dia a dia que estamos vivendo. Não se tem verba suficiente, fiscalização e competência para se fazer cumprir a legislação vigente no Brasil, bem como o direito fundamental da vida.

Para finalizar, podemos concluir que a mistanásia está presente no Brasil desde sempre e com a chegada da pandemia de COVID-19 esse problema se intensificou, o direito fundamental da vida é violado e essa prática cresce a cada dia, assim é demonstrado que o Estado não tem condições de fiscalizar, e sequer cumprir a lei.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eugenio. **A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e Suas Excludentes**. Ministério Público, set. 2018. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

_BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BARIFOUSE, Rafael. **Por que Brasil vacinou 88 milhões em 3 meses contra H1N1 e agora patina contra covid-19**. BBC News, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56774966>. Acesso em: 31 de jul. 2021.

CARVALHO, Salo; AGUIAR, Lucas. **Limites da responsabilidade na omissão de socorro às vítimas da Covid-19**. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/carvalho-aguiar-responsabilidade-omissao-socorro>. Acesso em: 28 ago. 2020.

SENADO FEDERAL. **CPI da Pandemia**. Senado Notícias, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/ao-vivo/cpi-da-pandemia> Acesso em: 05 de ago. 2021.

CREMEB. **5065 municípios brasileiros não possuem leitos de UTI, aponta estudo do CFM**. Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, 2016. Disponível em: <https://www.cremeb.org.br/index.php/noticias/86-das-cidades-brasileiras-nao-possuem-ningum-leito-publico-de-uti/> Acesso em: 16 jun. 2021.

CRUZ, Valdo. **Negligencia do governo Bolsonaro com vacina do Butantan foi maior do que com a Pfizer, diz Calheiros**. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/valdo-cruz/post/2021/05/27/negligencia-do-governo-bolsonaro-com-vacina-do-butantan-foi-maior-do-que-com-a-pfizer-diz-calheiros.ghtml>. Acesso em: 16 jun. 2021.

CPI da Covid: entenda o processo de instalação da Comissão! Politize, 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cpi-da-covid-19/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

GOOGLE. **Números de mortes Covid-19**. Google. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=numero+de+mortes+covid&oq=numero+de+mor&aqs=chrome.1.69i57j0i433i457i512j0i402l2j0i433i512j0i433j0i433i512j0i512l3.4891j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em 20 de jul. de 2021.

LAVOR, Francisco. **Mistanásia: uma breve análise sobre a dignidade humana no Sistema Único de Saúde no Brasil.** Jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68102/mistanasia-uma-breve-analise-sobre-a-dignidade-humana-no-sistema-unico-de-saude-no-brasil>. Acesso em: 01 ago. 2020.

LEITE, Gisele. **Questionamento sobre o direito à vida na pandemia de coronavírus no Brasil.** Jornal Jurid, 2020. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/questionamento-sobre-o-direito-a-vida-na-pandemia-de-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 05 ago. 2020.

LOTATO, Gilvane. **Os Principais Desafios da Saúde Pública e 5 Práticas Indispensáveis.** Ipog. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/saude/gestao-em-saude-publica/>. Acesso em 09 de jun. de 2021.

MASSA, Maiara; MASSA, Leonardo. **Eutanásia e Mistanásia: A Hipocrisia do Estado.** Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/biodireito/eutanasia-e-mistanasia-a-hipocrisia-do-estado/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

MECUM, Vade. **Constituição Federal.** 25. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

RBD. **Na terceira onda da covid-19, Manaus é retrato de negacionismo.** Rede Brasil Atual, 2021. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2021/02/terceira-onda-manaus-negacionismo/>. Acesso em: 16 jun. 2021.

Remédios do kit intubação vindos da china tem rótulo e bula em mandarim. Jornal Nacional, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/04/23/remedios-do-kit-intubacao-vindos-da-china-tem-rotulo-e-bula-em-mandarim.ghtml>. Acesso em: 08 jul. 2021.

ADOÇÃO: PORQUE NÃO DEMORAR

GUILHERME FABRES DE ALMEIDA GOMES:

Centro Universitário de Santa Fé do Sul

Me. RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA¹⁹

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo o estudo da adoção de crianças e adolescentes no Brasil, abordando sua evolução na linha do tempo, no que se refere a leis normas e ideias relacionadas ao ato de adotar, foi colado em pauta também, as divergências, quando se trata do nosso sistema de adoção, que é muito criticado por sua demora, e por nunca conseguir diminuir a quantidade de adotados disponíveis em nosso sistema. Tentou-se também mostrar o quanto e divergente a ideia de quem e o real causador desta demora, se a culpa e somente do Estado na execução de seu sistema, ou se os próprios candidatos impactam neste problema, que será vertente para o próximo problema que foi abordado, que são as consequências da demora na adoção, deixando as crianças por muito tempo em abrigos ou a mercê de, familiares sem estrutura para criá-los. Com isso pode se concluir que os únicos que tem a perder nessa bagunça toda são apenas as crianças, que terão seu desenvolvimento psicossocial comprometido. O trabalho foi realizado por meio de revisão de literatura, com pesquisas em sites, livros e revistas de referência de alta relevância para área de estudo, através do método dedutivo.

Palavras-chave: Adotandos, Demora, Criança, Evolução Consequências.

ABSTRACT: This study aimed to study the adoption of children and adolescents in Brazil, addressing their evolution in the timeline, with regard to laws, laws and ideas related to the act of adopting, it was also posted on the agenda, as disagreements, when it is about our adoption system, which is very critical for its delay, and for never being able to decrease the amount of adoptees available in our system. We also tried to show how divergent the idea of who is the real cause of this delay, whether it is the fault of the State alone in the execution of its system, or if the candidates themselves impact on this problem, which will be relevant to the next problem that was approached, which are the consequences of delay in adoption, leaving children for a long time in shelters or at the mercy of family members with no structure to raise them. With this it can be concluded that the only ones who have to lose in this mess are all children, who want their psychosocial development

¹⁹ Mestre em Direito e docente no UNIFUNEC – Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP

compromised. The work was carried out through literature review, with searches on websites, books and magazines of high reference compared to the study area, through the deductive method.

Keyword: Adopted, Delay, Child, Evolution Consequences

1.INTRODUÇÃO

É fato que uma pequena frase, o dito popular de que o ser humano “nasce e cresce, se reproduz e morre”, traduz a grosso modo o objetivo de nossas vidas na terra, seja ela por um olhar biológico, ou mesmo por um olhar psicológico. Portanto desmiuçando esta frase em três partes, concluímos que, para se estar aqui é óbvio o nosso nascimento, e que a partir deste estamos fadados a falecer, portanto o entre meio desta frase não é algo garantido, mas que sempre é procurado pelo ser humano, principalmente por aqueles que tem o desejo de dar continuidade a vida e perpetuar suas ideias.

Todos aqueles que sonharam algum dia em serem pais, criam em sua mente a ideia de gerar um ser, ter seu gene propagado, dar a ele a vida, ensinar seus conhecimentos e valores pessoais, dar amor afeto, para que ele em um futuro possa repetir estas mesmas ações, perpetuando a humanidade, porém nem sempre este desejo pode se tornar uma realidade do âmbito biológico, seja por uma infertilidade dos pais ou até mesmo nos casos de casais homoafetivos, onde um único filho não poderá ter o gene de ambos.

Por outro lado, temos aquelas crianças, que talvez pela tenra idade não tenha discernimento do que pode estar ocorrendo, mas que mesmo assim é capaz de sentir a falta de uma imagem de família, afeto e em quem se espelhar.

Volta-se aquela frase do início, onde aqueles que foram reproduzidos, talvez possam não ter sido desejáveis naquele momento, ou mesmo estarem inseridos em famílias que se encontram numa situação tão degradante, que talvez não possam dar a ele o mínimo de elementos para o desenvolvimento pessoal, seja ele alimentar, afetivo ou educacional, e nestes casos onde encontramos o aparecimento do abandono familiar. É complexo o julgamento neste ponto, tendo em vista que os pais por estarem tentando se “desfazer” de seu (s), talvez na ideia, de que ele introduzido numa nova família, poderá ter um futuro bem mais próspero do que os genitores naturais podem oferecer.

E neste momento em que se abre um leque de decisões por parte destas pessoas, o que se fazer daí em diante, e é justo neste momento que pode surgir a conceito de adoção.

Um ato que nem sempre foi tido como um elo de juntar pessoa que estão dispostas a se ter uma relação familiar em todos seus sentidos. É notório quando avaliamos a

evolução da adoção no mundo, no âmbito histórico, que no início a ideia principal era dar continuidade a sua história pessoal, onde propagar seu nome familiar ao longo dos tempos era algo primordial.

E é isso que vemos em relatos remotos, onde a adoção era uma forma de solucionar problemas de casais que não foram agraciados pela natureza com o dom da vida, esquecendo de que do outro lado também se encontrava um ser humano, ainda mais frágil e desamparado emocionalmente do que os próprios futuros pais. Sendo em alguns casos até tido como influenciadores políticos.

Porém advindo da idade média o alto poder influenciador da igreja, onde se pregava um escoro na família matrimonial, a adoção caiu em desuso.

Foi somente com a instituição das leis napoleônicas no Séc. XIX, que o tema de adoção veio à tona novamente, irradiado por leis modernas, assim se disseminando pelo mundo.

Porém nos dias de hoje o conceito se ter um novo membro na família, não passa somente pela simples ideia de integrar um indivíduo em seu plano familiar, os novos pais, que normalmente estão neste embate, procuram este processo pelo fato de não serem agraciados com a vinda de uma prole de forma natural. E com isso trazem com sigilo o desejo de se passar com o seu filho de coração, todas as etapas de um desenvolvimento natural.

E neste momento que vemos, o futuros pais na busca do filho dos sonhos, aquele que preencherá o vazio que, a não chegada de um filho biológico pode causar. Há ainda aqueles pais meticulosos que temem com a difícil aceitação familiar, social e do próprio adotado por suas características físicas não se assemelharem com a de seus pais. Sem mencionar os casos de crianças e adolescentes portadores de alguma deficiência, que de algum modo passam a impressão aos adotantes de serem próprias de mais problemas além dos comuns.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

2.1. Código civil de 1916

O Brasil neste momento ainda não era agraciado com o surgimento de uma lei, que tratava o assunto, sendo os casos solucionados, baseando-se em lei advindas de outras localidades.

Foi somente em 1916 que o código civil, dispôs em seus artigos, diretrizes sobre este assunto, porém, devido ser baseado nos primórdios romanos, a adoção ainda era tratada como um solucionador de problemas de infertilidade.

Esta relação de solução pode ser vista quando analisamos os artigos do código civil de 1916 nos seguintes artigos:

Art. 368. Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar.

Neste artigo fica traduzido que a real intenção, era solucionar o problema do adotante, quando se limitava apenas a pessoas acima de 50 anos, que costumeiramente não conseguiria se reproduzir por meios naturais e ainda não havia tido filhos.

Outro ponto a ser avaliado era a falta de vínculo de parentesco do adotado com os demais parentes da nova família, cuja não fossem os pais, salvo somente para efeitos de casamento, concomitantemente com a não extinção do vínculo familiar com os parentes biológicos.

2.2. Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957

Advindo esta lei, passou a se ter uma visão mais humanitária, onde o intuito filantrópico de se extinguir aqueles deficientes de amor fraternal, pois e nesta lei que vem a permissão de se adotar mesmo quem já havia concebido uma ou mais proles, além da diminuição da idade do adotante para 30 anos.

Porém esta lei não introduziu de vez o adotado na nova família, isso e visto na nova redação do seguinte artigo do código civil.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária."

Isso só corrobora com a ideia de que o adotado ainda não era tratado como um legítimo filho.

Segundo GONÇALVES(2019), foi neste momento que surgiram as adoções consideradas ilegais, pois famílias vendo que desta forma teriam problemas no convívio, principalmente influenciada pelas famílias biológicas com a qual os adotados ainda teriam vínculos, práticas como a de se realizar o registro de crianças alheias como suas, tornaram-se comuns, as chamadas adoções a brasileira.

2.3. A Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965

Foi a partir desta lei que as coisas mudaram, e neste momento em que os adotados puderam adentrar de vez em suas novas famílias. Neste momento o ordenamento jurídico incorpora o indivíduo na sua nova família, extinguindo os laços com sua família biológica,

simulando o seu registro a de um filho biológico realizado tardiamente. Criando assim um grau de parentesco em linha reta entre adotante e adotado.

2.4. A Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979

Seguindo a análise de GONÇALVES (2019) esta lei vem não pra modificar radicalmente o ordenamento da adoção, mas para substituir a chamada legitimação adotiva, que era amparada pela lei anterior, substituindo-a pela adoção plena, o que a deixava irrevogável o ato realizado entre adotante e adotado.

Criando assim um novo ordenamento jurídico com três espécies de adoção, sendo a adoção simples àquela que permitia a adoção de menores que se encontravam em situação irregular vivendo em condições desumanas; a adoção plena àquela que atribuía ao filho adotado à condição de legítimo; e a adoção do Código Civil destinada à adoção de pessoas de qualquer idade (MARONE, 2016).

2.5 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13-7-1990)

Segundo GONÇALVES(2019) O advindo do ECA trouxe plenitude ao processo de adoção, regulamentando que a partir daqui, todos indivíduos seriam integralmente introduzido na sua nova família indo ao encontro dado seguinte artigo do ECA:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

3. DESENVOLVIMENTO

O trabalho terá por objetivo avaliar a situação do processo de adoção no Brasil, enfatizando as pesquisas nos motivos da demora e suas consequências, haja visto que estes pontos causam uma grande discussão em nossa sociedade, quando nos deparamos com os casos de adoção, que por alguns motivos acaba-se morosos e demorados, e esta característica traz consequências tanto para o cenário nacional de adoção, e principalmente para aquele que anseia por uma nova família.

Porém é grande a briga para que se possa chegar em um consenso de onde está o problema ou os problemas que acabam gerando esta demora, por um lado vemos um estado se movimentando a passos lentos em seu judiciário e com sua legislação talvez não tão ágil quando o que necessitaríamos, e colocando assim em cheque sua ideia de priorizar o bem estar social da criança e adolescente, e em contrapartidas adotantes em sua grande maioria, optado por perfis de crianças que limitam suas escolhas.

3.1 PRAZOS DO PROCESSO DE ADOÇÃO

O prazos de um processo de adoção pode-se basicamente ser dividido em duas partes, onde primeiramente será o tempo gasto desde que aquela criança identificada com possíveis problemas familiares e que futuramente possa fazê-la integrar-se em um programa de adoção, até ao exato momento em que realmente este indivíduo está apto a ser adotado.

Seguindo a premissa que as instituições que lidam com estas crianças e adolescentes sempre devem priorizar a reintegração desta criança em sua família original, assim como prevê o art.º19:

Artº19.É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

§ 3 º-A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será está incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1 º-do art. 23, dos incisos I e IV do **caput** do art. 101 e dos incisos I a IV do **caput** do art. 129 desta Lei.

Ainda de acordo com o ECA, somente após o período de procura da família extensa, aquela que compreende parentes próximos e de fácil convívio e aceitação da criança e adolescente sob sua guarda ou tutela, podendo perdurar por até 90 dias.

Após findada esta procura, e que se iniciará o processo de extinção do poder familiar da família biológica, habilitando posteriormente a criança ou adolescente a ser integrada em uma família substitua.

Da mesma forma se tem todo um trâmite em que pessoa com intenção de adotar uma criança ou adolescente tenha que passar até estar apto a entrar na “fila” da adoção.

Art. 197-F. O prazo máximo para conclusão da habilitação à adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Como se interpreta no Art 197-F do estatuto da criança e adolescente o prazo máximo em que futuros pais passaram realizando os trâmites para que habilitem-se a entrar na fila da adoção e de 8 meses (240 dias), haja visto que se for de forma fundamentada o juiz poderá prorrogar o prazo de 120 dias por igual período.

Vale ainda ressaltar que esta habilitação do adotante, por incluir em seus procedimentos, avaliação de cunho psicológicas e social, terá uma validade máxima de três anos, devendo o futuro adotante, regularizar sua situação ao findo deste prazo para que não tenha seu nome inativado no cadastro nacional de adoção.

3.2 PORQUE A DEMORA?

A demora em um processo de adoção, está e a maior discussão quando o tema abordado e adoção, um consenso de se determinar a real causadora de demora não existe.

De um lado os que defendem que a justiça brasileira é a real causadora de toda a demora de uma adoção, seus processos e métodos utilizados são morosos, e em alguns casos considerados inviáveis, a ponto de torna uma criança considerada ideal para adoção, em um indivíduo fadado a passar o restante de sua vida jovial em um abrigo ou instituição, sem o afeto de alguém que o ame.

Toda criança ou adolescente que teve seu convívio com os genitores impossibilitado por algum motivo antes que possam entrar em um programa de adoção, terão que esperar a procura pela família extensa, como já mencionado neste artigo a família extensa e aquela em que tem alguma relação consanguínea com afinidade afetividade com a criança. Porém esta procura se torna fútil a partir de determinado ponto, ou conforme o caso em questão.

Maria Berenice Dias diz que está busca e muito extensa, pois e notório que afim de se cumprir a ideia de que a criança deve conviver com alguém com o qual tem algum laço familiar biológico, sendo assim os prazos no qual o ECA traz em seu texto, são constantemente violados. Ela ainda vai além ao dizer que em alguns casos e uma ação equivocada, pois é fatídico que um recém-nascido não apresenta vínculo afetivo nenhum por alguém, não havendo assim a necessidade de se promover algo que não resultaram em bons frutos.

Deixando assim a adoção um ato estigmatizado, de tal forma que 15 dispositivos a coloca como uma última opção, desmerecendo que o mais importante é constituição de um vínculo de filiação afetiva.

Dando sequência, em seguida vem a destituição do poder familiar, outro processo que tem um prazo estipulado, porem nem sempre e desempenhado, havendo casos de uma extensão em até 8 vezes o prazo original.

Mas como já havia dito, o assunto tem os dois lados da moeda, portanto não são poucos os que defendem que, o longo percurso daquele que quer adotar uma criança se deve simplesmente a ele, pois suas escolhas são as causadoras de demora.

O que pode ser embasado nos dados encontrados na CNJ, que realmente nos mostra que a um grande descompasso entre o número de pessoas querendo adotar uma criança, e o números de pessoas aptas a serem adotadas, sendo este último uma quantidade bem inferior ao primeiro.

E neste ponto que se apoia os defensores da tese, que os perfis desejados pelos futuros pais impactam diretamente na demora da adoção.

LEVINZON(2020), em seu livro sobre adoção, resolveu dar destaque a algumas perguntas que o adotandos fazem a todos e a si mesmo quando pensam em um filho adotivo, e uma delas é a seguinte --" e se a criança não se adaptar à nova família" --, e baseada nesta ideia que o pais acham, que crianças com idades bem tenras, que variam abaixo dos 2 anos de idade, onde a criança ainda não tem um grande poder de discernimento do que está ocorrendo, e a possibilidade de se haver um convívio afetoso com a nova família desde o início de sua vida, trará uma melhor adaptação a nova vida. Tendo ainda o receio de que indivíduos mais velhos tragam hábitos de suas famílias biológicas, que o atrapalhem a conviver sob novas regras familiares.

Portanto realmente se a uma busca por parte dos pais por um filho considerado perfeito, e que preencham os requisitos que tragam tranquilidade aqueles quem tem agora por obrigação a educação de um indivíduo em formação.

Isso só corrobora com uma pesquisa realizada por PEIXOTO (2019), onde relatou em seu artigo um estudo realizado com casais, afim de avaliar a relação pós adoção, e descobriu que 3 dos 8 casais entrevistados tiveram dificuldades em lidar com situações, onde o comportamento da criança foi influenciado pelo seu convívio anteriormente a adoção com a família biológica.

3.3 CONSEQUÊNCIAS DA DEMORA

Como citado no tópico anterior a grandes divergências ainda sobre a real causa da demora, no momento da adoção de uma criança ou adolescente, o que não se diverge e o fato de que criança que convivem por muito tempo em um abrigo social, até serem introduzidas em uma nova família, ou mesmos as que nunca terão a chance de se integrarem em uma família, traz consequências graves a sua formação psicossocial.

Muitas crianças que são erroneamente classificadas como adoções tardias, aquelas que já ultrapassaram os 2 anos de idade, pois passam a sensação que não terão mais jeito, e que só seriam adotadas por um milagre, intensifica ainda mais o sentimento de abandono.

[...] primeiramente vitimados por questões socioeconômicas que historicamente vêm sendo responsáveis pelo crescimento das

desigualdades de toda ordem, são também vitimados por um processo de estigmatização, marginalização e exclusão quando são alijados do direito à família por consequência de uma cultura da adoção que privilegia crianças recém-nascidas em detrimento de crianças maiores e/ou adolescentes. (PIERINI, 2019).

Com isso aquele indivíduo, que passa dias e dias à espera de alguém, começa a desenvolver sua própria personalidade, além de meios de defesa contra esta solidão, desenvolvendo comportamentos atípicos ao de crianças que nunca sofreram com a deficiência de um seio familiar estruturado.

No que tange aos sentimentos vivenciados pelas crianças recém-inseridas em famílias substitutas, angústia, insegurança, medo, saudade, ansiedade, tristeza, alegria, dúvida, revolta são alguns exemplos que demonstram o quanto os pais adotivos precisam estar receptivos para acolher seu filho de uma forma amorosa e compreensiva (PEIXOTO, 2019). Nestes casos os pais adotivos encontraram muitas dificuldades além do normal, assim como relata LEVINZON (2019), a atuação dos adotantes não serão apenas de pais, mas *pais-terapeutas*, desafio este que talvez possa se tornar motivo de desistência daquela família perante aquela criança.

Outro ponto, é que ao passar do tempo a criança vai desenvolvendo uma relação de afeto com os próprios cuidadores dos abrigos ou mesmo com outras crianças que ali estão, tornando mais um desafio este rompimento de laços.

3.4 E QUEM NÃO É ADOTADO

E por fim, os casos mais drásticos em que as crianças e os adolescentes acabam por nunca serem adotados, quando atingem a maioridade, estes são impedidos de viver por muito mais tempo em lares, com a responsabilidade de seus atos, vem a dura hora de seguir seus passos sozinhos.

Uma pessoa que ao olhar para trás, sabe que tem seus pais ou mesmo uma família no qual se apoiar em momentos de dificuldades, viverá diferentemente daquele que se vê sozinho no mundo, e este crescimento sem amparo familiar gerará cicatrizes no psicossocial do indivíduo, que perdurara por toda sua vida, podendo gerar pessoas revoltadas com a sociedade ou até mesmo pior consigo mesmas.

3.5 ADOÇÃO TARDIA

Como o próprio título diz, adoção tardia é aquela no qual se considera pelos especialistas no assunto, ocorrendo fora de um padrão de idade no qual se concentra a maioria das crianças adotadas, estes mesmos especialistas concordam que, a criança perde a cada dia que fica mais velha uma porcentagem da sua chance de adoção, mas que a

partir do quinto ano de vida, esta perda é drástica, e se agrava a uma velocidade alarmante ao entrarem na adolescência.

Segundo uma avaliação dos próprios dados da CNJ, nos dez anos decorridos de 2009 a 2019 houve um aumento em 16 %, chegando a quase metade dos cadastrados de adotantes que aceitariam realizar uma adoção tardia.

Porém mesmo com este acréscimo o que vemos é uma estagnação da quantidade de criança com idades maiores serem adotadas, isto ainda é reflexo da estereotipação perfeita de um filho, para ROCHA 2018, que em seu trabalho avaliou a adoção tardia, relata que esta ação ainda é rodeada de muitos mitos e desconfianças por parte daqueles que querem um filho, pois acredita-se que adolescentes adotados, serão incapazes de se adaptarem a realidade de uma nova família, por trazerem consigo vícios das famílias naturais ou mesmos aqueles adquiridos nos próprios abrigos, ele ainda ressalta que a uma falta de empenho por parte do Estado em promover ações nas quais possam quebrar este paradigma e tornar estas ações mais aceitáveis.

O que corrobora com o observado por SILVA, 2010, que encontrou em suas entrevistas e avaliações, situações onde não ocorria um adequado acompanhamento de crianças e maiores idades, tanto na chegada ao abrigo quanto na inserção a nova família, destacando ainda que realmente há uma necessidade de um acompanhamento mais cuidadoso nestas idades, haja vista que quanto maior o indivíduo maior será sua capacidade de formar opinião e discernir sobre o que está acontecendo a sua volta. Porém conclui-se que não há unanimidade entre todas as crianças apresentarem uma maior dificuldade e nem tão pouco será um problema somente daqueles mais velhos.

Entretanto não será somente isto que ajudará a melhorar a situação, Ainda na linha de raciocínio de ROCHA, 2018, ainda bate em uma tecla muito importante, no qual a sociedade se ausenta neste momento, sendo comum o pensamento de que seria uma responsabilidade 100% do estado de formar um indivíduo social e intelectualmente para a vida, ao construir, gerir e manter abrigos em ótimas condições.

4. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho pode-se avaliar que, mesmo advindo o estatuto da criança e adolescente com suas recentes reformulações na tentativa de dar celeridade aos processos de adoção.

Existe ainda algumas pendências a serem melhoradas, tais como um melhor acompanhamento da real velocidade com que os casos estão sendo conduzidos pelo judiciário, e se realmente estão cumprindo os prazos.

Outro ponto importante e que ainda não se definiu 100% o interesse da criança como o mais importante, haja visto que, ela é a mais prejudicada emocionalmente.

Que seriam de suma importância projetos sociais, e ação do Estado que intensificasse a desmitificação de que exista a criança perfeita para a adoção, pois até mesmo numa filiação biológica os pais não tem a certeza de que a criança nascerá assim como imaginaram.

Tentando assim reintegrar todos aqueles indivíduos independentemente de sua idade, sexo ou aparência física, ou mesmo problemas de saúde, pra que se faça valer o artigo 227 da Constituição Federal de 88, onde garante o pleno direito de todos crescerem em um ambiente familiar, que lhes propicie o necessário para seu bom desenvolvimento social.

E por fim dizer que mesmo aquele que apresente uma idade um pouco avançada deve-se receber uma nova chance, e não deixarmos que crianças e adolescentes, com um enorme futuro a frente fique enterradas em abrigos e não possam desfrutar do amor de uma nova família.

5.REFERÊNCIAS

CNJ, Conselho Nacional De Justiça, Sistema nacional de adoção, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/>, acessado: 23 de julho de 2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, DISPONÍVEL EM: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, ACESSADO EM: 06 de maio de 2021.

DIAS, Maria Berenice, Adoção: um depósito de crianças e o absoluto desleixo estatal, disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/artigos> , acessado em 15 de agosto 2020.

ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, **lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm acessado: 05 Maio de 2021.

GONÇALVES, Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família, 16. ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

LEVINZON, Gina Khafif, Tornando-se pais: a adoção em todos os seus passos, 2ª ed., São Paulo, Blucher, 2020.

MARONE, Nicoli de Souza, A evolução histórica da adoção, Rio Grande, 2016 Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-146/a-evolucao-historica-da-adocao/> acessado: 15 de julho de 2020.

PEIXOTO, Angelita da Costa. Et. al., Desafios e estratégias implementadas na adoção de crianças maiores e adolescentes, **Nova Perspectiva Sistêmica**, Florianópolis, abril 2019.

PIERINI, Alexandre José, A adoção tardia na perspectiva da garantia da convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, **Revista Serviço Social em Debate**, v. 2, n. 1, Araraquara, 2019.

ROCHA, Hudson dos Santos, Adoção tardia e inserção social do menor, Faculdade Vale do Cariacica, São Mateus, Julho 2018.

SILVA, Jaqueline Araújo da. Adoção de crianças maiores: percepções e vivências dos adotados. **Psicologia em Revista**, v. 16, n. 2, p. 434-436, 2010.

O CONTRATO DE FIANÇA LOCATÍCIA: A NECESSIDADE DE UMA [RE]LEITURA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

FELIPE BOCK: Assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Resumo: O presente trabalho versará sobre o contrato de fiança prestada de forma adjeta ao contrato de locação, bem como os efeitos daí emergentes para o fiador. O objetivo primordial desta pesquisa é verificar se a excussão do *único* imóvel residencial do fiador, que serve para a sua moradia e de sua família, visando satisfazer interesse exclusivamente patrimonial do credor, na hipótese de o devedor principal – o locatário – não adimplir com a obrigação pactuada, encontra supedâneo jurídico no nosso sistema. Este estudo propiciou, de forma sucinta e despretensiosa, estender os conhecimentos da matéria abordada, refutando a possibilidade de constrição judicial sobre o *único* bem de família do fiador, sobretudo frente os princípios veiculados nas disposições constante dos artigos 1º, III, e 6º, ambos da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Contrato de fiança locatícia. Penhora. Único bem de família. Dignidade da pessoa humana. Direito fundamental à moradia.

Summary: the following document will address the subject of the bail contract provided in the adjective manner to the tenancy agreement, as well as the effects for the guarantor. The primary goal of this research is to verify if the foreclosure of the guarantor's only residential property, wich serves as his and his family habitation, if you have interest exclusively in the lenders's property, in the case of the main debtor – the tenant – does not pay with his contractual obligations, he will find legal precedence in our legal system. This study provided, in a succinct and unpretentious way, to extend the knowledge of the matter addressed, refuting the possibility of legal pledge on the guarantor's only family property, especially in front of the principals presented at articles 1st, III and 6th, both of the Brazilian Constitution written in 1988.

Keywords: lease guarantee agreement. Foreclosure. Family's only house. Human dignity. Fundamental right to housing.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos gerais do contrato de fiança. 1.1. Da fiança locatícia. 1.1.1. Caráter adesivo do fiador ao contrato de locação. 2. Princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Direitos sociais. 3.1. A moradia como direito fundamental. 4. Os efeitos do direito à moradia no ordenamento jurídico. 4.1. Da inconstitucionalidade inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O contrato de fiança possui importância incontestável na atualidade, porquanto se constitui numa espécie de garantia, em que se busca reforçar o cumprimento de uma determinada relação obrigacional. Por meio dele, como se sabe, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. Ou seja: o fiador fica responsável pelo cumprimento de determinada obrigação. Foi criado para este específico escopo: garantir o cumprimento da relação obrigacional.

Atualmente, todavia, é o contrato de fiança prestado sob a forma adjeta ao contrato de locação imobiliária que vem despertando maior interesse e atenção por parte dos juízes, advogados, empresários, enfim, da comunidade em geral. Isso porque grande parte da população não tem acesso ao que comumente se designou de 'casa própria', razão pela qual o aluguel de um imóvel se torna medida cogente.

Como se sabe, em que pese seja a relação locatícia inserida no gênero negócio jurídico – relação contratual –, as regras e os princípios da clássica teoria contratualista não mais condiziam com as exigências sociais. Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, máximas da teoria clássica, criavam um certo desequilíbrio nas relações locatícias, pois, ante a escassez de oferta de imóvel para locação e da enorme procura por um lugar onde morar, aquele que detinha uma parcela maior de poder, geralmente o locador, ditava as condições do contrato, cabendo à parte mais fraca – hipossuficiente, o locatário – apenas aderir ao contrato oferecido, pois, do contrário, não teria um imóvel para morar.

Ante o abuso de determinadas pessoas, em vista do poder econômico que detém, ao Estado não restou outra alternativa senão a de editar legislações que fossem mais incisivas, de forma a incidir imperativamente nas relações obrigacionais locatícias, com o fito de equilibrá-las, além de restringir profundamente a liberdade contratual. Assim, nasceram as legislações esparsas, em que o direito à moradia dos locatários vem sendo, há muito tempo, objeto de proteção e de importância curial por parte do poder público²⁰.

²⁰ "A Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991) não pôde prever todos os conflitos entre locador e locatário, mas fixou princípios, no intuito de compatibilizar a iniciativa econômica

A atual legislação que disciplina as relações locatícias, Lei 8.245/91, em que pese buscar o equilíbrio da relação estabelecida entre locador e locatário, em perfeita harmonia com os ditames constitucionais – em particular com princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a estabilidade do inquilino na comunidade familiar, em seu local de trabalho e em sua moradia, adquirem valor prioritário na solução dos conflitos de interesse, além dos objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – acrescentou, por meio do seu artigo 82, o inciso VII no artigo 3º da Lei 8.009/90, dispondo que a impenhorabilidade da residência do devedor é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Dessa forma, em que pese, num primeiro momento, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei 8.009/90, ter estendido ao fiador a proteção do bem de família, a Lei 8.245/91, por um problema habitacional que vinha ultimamente se agravando, alterou substancialmente a figura do fiador de locação imobiliária, ao passar a admitir a penhora do seu único bem imóvel para garantir a satisfação do credor, qual seja, o recebimento dos aluguéis. Assim, perdeu o fiador de locação locatícia a proteção ao seu direito à moradia.

O objeto do presente trabalho visa, justamente, analisar o contrato de fiança locatícia, por meio de uma releitura à luz do direito fundamental à moradia, que encontra sua fundamentalidade material radicada no mínimo existencial.

1. Aspectos gerais do contrato de fiança

As relações entre sujeitos de direito geram direitos e, correlativamente, obrigações, cujo cumprimento é assegurado, na maioria das vezes, e em virtude de lei, pelo patrimônio do devedor²¹. Tem-se, no patrimônio do devedor, uma garantia genérica da satisfação do interesse do credor. Todavia, por ser uma garantia geral, torna-se, não raras vezes, precária, seja porque o devedor tem um patrimônio reduzido [muitas vezes nem possui patrimônio], seja porque possui muitas dívidas. Em vista disso, faculta-se às partes estabelecer garantias

privada, tutelada na Constituição, com os valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do trabalho, da estabilidade do homem em seu *habitat*". TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civi. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2004, p. 16.

²¹Assim, os artigos 391 do Código Civil e 798 do Código de Processo Civil, que, respectivamente, determinam: "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor" e "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei."

específicas, que asseguram de modo particular, com algum reforço, as expectativas do credor. Será este reforço conferido pelas garantias que assegurará maior possibilidade de satisfação, ainda que coativamente²², da prestação no caso de não haver cumprimento voluntário. Essas garantias compreendem as chamadas garantias reais e pessoais. Dentre as pessoais ou fidejussórias, encontra-se o instituto da fiança, ao lado do aval. Ficaremos somente com a fiança, por se consistir em objeto fundamental para o presente estudo.

O termo fiança como lembra Antônio Chaves, provém do latim – *fido, fidis, fidere, fisus, fisum* –, sendo empregado nas acepções, de “ter confiança em”, “confiar em”, “fiar-se em”, “contar com”, “garantir”, “abonar”²³. Em termos comuns, fiança significa garantia, segurança, responsabilidade.

Voltando-se os olhos para a história, percebe-se que o instituto da fiança não é recente, embora nada se encontre sobre essa garantia no Código de Hamurabi²⁴. Todavia, assinala Pontes de Miranda que afiançar, nos documentos em que há qualquer referência à fiança, “é sustentar a cabeça do devedor”²⁵. O autor recorda que, no direito germânico, uma das formas de fiança era a dação de refém, ou seja, o homem livre era entregue ao poder do credor enquanto a obrigação não era cumprida. Somente quando cumprida a obrigação, saía ele do poder do credor. Todavia, se ocorria a mora, perdia a liberdade e passaria a ser propriedade do credor, que podia vendê-lo, matá-lo, ou tê-lo a seu serviço²⁶.

Sem maiores explicações históricas, importante é que a fiança se apresenta como um compromisso perante o credor, isto é, “o fiador garante o adimplemento do afiançado

22O não-cumprimento de uma obrigação, como se sabe, confere ao credor o direito de agredir o patrimônio do devedor, por intermédio dos tribunais, a fim de obter coativamente a satisfação do seu crédito.

23CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 1.224, v.3.

24PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 129, t. XLIV.

25PONTES DE MIRANDA, 2006, p. 129.

26Aponta, ainda, Pontes de Miranda, que “na idade média, perdurou, transformada, a fiança corporal, que passou a ser promessa de submissão ao devedor, se fosse exigida (promessa de reclusão, Einlagerversprechen). Com a fiança patrimonial, o fiador assumia a dívida de fiador, ou prometendo que o devedor prestaria, ou convertendo-se em devedor da dívida do devedor. Podia dar-se – mas era raro – a liberação do devedor, o que mudava a figura jurídica. Todas essas espécies eram personalíssimas, porém, depois, a fiança patrimonial gravou o patrimônio e fez-se herdável. No século XVI, a reclusão (Einlager) foi abolida, permanecendo, contudo, na Suíça, até o século XIX”. PONTES DE MIRANDA, 2006, p. 130-1.

e firma o *compromisso* de solver, se o não fizer o devedor”²⁷, com todo o seu patrimônio. O que se promete é o adimplemento da obrigação [contrato]²⁸.

O Código Civil, ao tratar do assunto, definiu o contrato de fiança como um contrato por intermédio do qual uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra²⁹. Portanto, caso o devedor não cumpra a obrigação, todo o patrimônio do fiador soma-se ao daquele, ficando as duas massas patrimoniais assegurando a realização coativa do direito do credor. A fiança, diferentemente das garantias reais, que recaem sobre determinado imóvel, é assegurada por todo o patrimônio do fiador, garantindo a realização da prestação³⁰. Pertinente a lição de Antunes Varela:

O fiador, ao assegurar o cumprimento do devedor, obriga-se *pessoalmente* perante o credor. Isso significa, não que seja a *pessoa* coisificada do fiador o objeto da garantia, como sucederia na primitiva fase do direito romano, mas ser a *pessoa* do fiador, com toda a projecção material da pessoa sobre os bens, que é o seu *patrimônio*, quem garante a realização da prestação devida.³¹

Com o objetivo de se consistir numa medida acautelatória, à proporção que visa a “reforçar o direito do credor, propiciando maior facilidade para a realização do crédito”³², percebe-se que em muitas hipóteses acarreta sérios e graves inconvenientes ao fiador, pois *todo* o seu patrimônio fica atrelado ao cumprimento da obrigação. Justamente por essa característica [totalidade do patrimônio do fiador garante o cumprimento da obrigação], o contrato de fiança é muito frequente na vida do homem comum, do empresário, dos bancos, das entidades civis, em síntese, da comunidade em geral. No entanto, é no mercado imobiliário que a sua importância vem despertando maior atenção, tanto por parte dos estudiosos do Direito, quanto por parte dos tribunais brasileiros, e isso porque, se, de um lado, conforta a situação do locador [credor], por outro viés, compromete sobremaneira a situação do garante, visto que, em consonância com a atual legislação brasileira, o seu único imóvel pode ser constrito a fim de satisfazer a dívida oriunda de

²⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 498, v.3.

²⁸PONTES DE MIRANDA, 2006, p. 123.

²⁹Artigo 818 do Código Civil: “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

³⁰ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 819.

³¹ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 477-8, v.2.

³²GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 265.

contrato de locação – contrato que, em princípio, é benéfico. Como muito bem asseverou Arnaldo Marmitt, “a prestação de fiança é hoje em dia algo muito ingrato e de alto risco”³³, especialmente quando adjeta ao contrato de locação, pois, não raro, envolve inconvenientes para o fiador³⁴.

1.1. Da fiança locatícia

A fiança locatícia sempre despertou o interesse jurídico-social na sociedade brasileira, e isso pela circunstância de grande parte da população não ter acesso ao que comumente se designou de “casa própria”³⁵. Vale dizer que, da ausência de uma ampla e eficiente política habitacional por parte do poder público, o tema “locação” foi objeto de inúmeras e sucessivas leis³⁶. Todo ser humano, necessitando morar e, não raras vezes, sem meios de tornar-se proprietário de um imóvel, vê-se impelido a formalizar um contrato de locação³⁷. É a solução mais viável para quem não possui “casa própria”, pois os recursos requeridos para locar um imóvel são larga e infinitamente inferiores aos necessários para adquirir uma moradia.

A atual legislação inquilinária [Lei 8.245/91] ao tratar das garantias locatícias³⁸, adotou, da mesma forma que a legislação anterior [Lei 6.649/79], o instituto da fiança como uma das modalidades de garantia do crédito, ao estabelecer, no seu artigo 37, que, “no contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I – caução; II – fiança; III – seguro de fiança locatícia, IV – cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento”.

33MARMITT, Arnaldo. **Bem de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 94.

34Mário Júlio de Almeida Costa, após percorrer as características da fiança, conclui que, “apesar de ser uma garantia muito difundida nos dias atuais, e isso pelas vantagens que traz para o comércio jurídico, salienta que, não raro, envolve inconvenientes para o garante”. ALMEIDA COSTA, 2005, p. 828.

35“Mas cumpre lembrar, ainda, que em nossa pátria um grande número de famílias de classes economicamente inferiores – em face do êxodo rural e das migrações oriundas de carências regionais -, aglomeram-se nas grandes cidades, vivendo em barracos de favelas, quartos de cortiços e até mesmo debaixo de viadutos e pontilhões, embora todas permaneçam sonhando com a verdadeira ‘casa própria’”. NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Fundamentos sóciojurídicos do bem de família (Lei 8.009/90). **Revista dos Tribunais**: São Paulo, a. 82, nº 691, 1993, p. 08.

36RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 491-2.

37Tendo em vista que o objetivo do presente trabalho não é discorrer acerca do contrato de locação de coisas, recomendamos a leitura de RIZZARDO, 2005, p. 481-73.

38As garantias, na atual legislação inquilinária, estão disciplinadas nos artigos 37 a 42.

Das quatro modalidades, a fiança é a mais utilizada na prática³⁹ do mercado imobiliário, isto é, a fiança constitui a garantia mais comum nos contratos de locação de imóveis urbanos, e os motivos, além dos já destacados acima, incluem-se, ainda, em primeiro lugar, o fato de ser ela um ato de liberalidade – é gratuita. Não envolve excessivos gastos.

Assim, quem desejar alugar um determinado imóvel para residir deverá⁴⁰ apresentar uma das modalidades de garantia prevista no artigo 37 da Lei 8.245/91. Na maioria dos casos, senão na totalidade, a garantia ofertada é a fiança. Aí é que surgem os questionamentos e as controvérsias jurídicas, ou seja, a partir do momento em que existe um fiador disposto a se comprometer com as obrigações – decorrentes do contrato de locação – do locatário [afiançado], advêm algumas consequências que, não raras vezes, vão desembocar no Poder Judiciário, sendo a extensão da responsabilidade do garante [fiador] a principal delas⁴¹, além de outras, como a exoneração da fiança e da possibilidade ou não de o fiador poder figurar no pólo passivo em ação de execução se não integrou a relação processual formada na competente ação de despejo⁴². E, isso tudo, por inexistir, na legislação brasileira, uma regulamentação específica da fiança locatícia⁴³, somado à circunstância de que ao fiador não é dada nenhuma possibilidade de discutir ou, até mesmo, modificar as cláusulas do contrato que lhe é apresentado.

1.1.1. Caráter adesivo do fiador ao contrato de locação

³⁹Nessa esteira, Heitor Vitor salienta, de forma incisiva, que “a prática demonstra que a fiança convencional é, na maioria dos casos, preferida ao seguro e à caução, que apresentam alguns inconvenientes, especialmente para o locador”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

⁴⁰Utilizou-se aqui o verbo “dever” na modalização incisiva justamente para ressaltar a obrigatoriedade de umas das garantias, pois dificilmente alguém no comércio imobiliário conseguirá formalizar contrato de locação sem apresentar alguma garantia, seja através de caução, fiança, seguro de fiança locatícia, ou, de acordo com a Lei nº 11.196/05, que acrescentou uma outra forma de garantia, a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Uma delas, certamente, o credor (locador) exigirá.

⁴¹Foi justamente visando a ultimar tal controvérsia que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 214, com o seguinte teor: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

⁴²Esta controvérsia, aliás, gerou a súmula 268 do Superior Tribunal de Justiça, a qual reza que “o fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado”.

⁴³Ressalta-se, aqui, que o atual Código Civil perdeu o ensejo de disciplinar a fiança locatícia, como fez o Código Civil Português. Caberá à doutrina e, especialmente, à jurisprudência delinear alguns aspectos importantes.

O contrato de locação de imóvel urbano [Lei 8.245/91] caracteriza-se pela paridade entre locador e locatário, na medida em que se encontram em pé de igualdade – negociam de igual para igual as condições do contrato que irão reger a relação contratual obrigacional⁴⁴. Caracteriza-se, ainda, por ser um contrato oneroso, de trato sucessivo, além de ser marcado pelo traço da informalidade – pode ser escrito, ou meramente verbal. Todavia, no mercado imobiliário, em vista da segurança que vorazmente se persegue, adota-se a forma escrita.

Não obstante isso, na sociedade de massa atual, a característica da paridade desses contratos pode, de certa forma, ser questionada, pois o mercado imobiliário, pela posição econômica, pela sua atividade de distribuição de bens e serviços e pela busca da racionalização da sua atividade, vê-se impelido a estabelecer uma série infinita de contratos no mercado. Esses contratos, pela característica da homogeneidade do seu conteúdo, são confeccionados para uma série indefinida de contratantes. Desse modo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a imobiliária predispõe antecipadamente um esquema contratual que é oferecido à simples adesão dos pretensos locatários.

Essa prática contratual, categorizada juridicamente como contrato de adesão⁴⁵, representou, sob diversas perspectivas, uma ruptura na ordem contratual clássica. Tal

⁴⁴Na concepção tradicional do contrato, segundo Cláudia Lima, “a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais. Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente nas relações entre dois particulares (consumidores), mais raramente, entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52.

⁴⁵Parcela da doutrina tem feito uma distinção entre contrato de adesão e contrato por adesão. O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a necessidade imperiosa do aderente de contratar. Além de não poder interferir nas condições do contrato, não pode sequer recusá-lo, sob pena de ficar privado de serviços fundamentais para a vida moderna. É o caso dos contratos com os fornecedores de serviços de eletricidade, água, esgoto, telefonia etc. A vida moderna não permite às pessoas viverem sem o fornecimento de tais utilidades. A oferta feita sob condições de monopólio do explorador de tais serviços não tem como ser recusada por ninguém. Todavia, há situações em que o monopólio da atividade não está presente, não obstante as cláusulas sejam estabelecidas unilateralmente pelo estipulante. Nesse caso, embora o aderente não tenha como impor alterações nas cláusulas do contrato, não está forçado a se vincular. Adere, apenas, se for de sua conveniência e interesse. Esse é o que a doutrina designa de contrato por adesão. Em que pesem as diferenças aclaradas e perfeitamente compreensíveis, entendemos, amparado no entendimento de Flávio Tartuce, que as expressões contrato de adesão e contrato por adesão são sinônimas, e isso por dois motivos: a) a terminologia empregada tanto pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 54) quanto pelo Código Civil (artigos 423 e 424), fala em contrato de adesão; b) se procedêssemos à diferenciação, forçoso seria concluir que os artigos 422 e 423 do Código Civil não se aplicariam aos contratos por adesão, mas

técnica caracteriza-se pela forma com que o vínculo obrigacional surge. Sua característica principal é que todos os termos da relação obrigacional são previamente estipulados por uma das partes de modo que à outra parte não é dada nenhuma possibilidade de debater as condições, muito menos, introduzir ou alterar substancialmente as cláusulas no esquema proposto, e isso pela circunstância do poder que uma das partes dispõe. É própria do contrato de adesão a discrepância da força econômica entre os contratantes.

É isso o que exatamente ocorre na fiança prestada de forma adjeta à locação de imóvel urbano. O fiador recebe pronta e devidamente regulada a relação contratual, não lhe sendo possível discutir, muito menos, aditar o contrato com outras cláusulas que melhor lhe convêm. Limita-se a aceitar em bloco "(muitas vezes sem sequer as conhecer completamente)" as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela imobiliária⁴⁶. A corroborar tal entendimento, acresce-se, ainda, a circunstância de que inexistente a fase das tratativas, a falta de um debate prévio – que possibilitaria às partes transigirem acerca de quais as cláusulas que vão ser aceitas ou rejeitadas para reger a relação contratual. Somente cabe ao fiador a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante. As renúncias que o fiador faz nos formulários têm caráter adesivo, na medida em que não há nenhuma possibilidade de discussão das suas cláusulas. São simplesmente impostos ao pretense fiador, de modo que cabe a este aceitar o contrato como exatamente lhe é imposto (apresentado), ou negá-lo, prejudicando, assim, o afiançado que aguarda uma locação⁴⁷, uma moradia.

Por conta dessas desvantagens do contratante mais fraco, bem como pela necessidade de se evitarem abusos que esse tipo de contratação tende a perpetrar, é que se exige a intervenção do Estado em tais negócios. Pertinente, nesse sentido, a lição de Cesare Massimo Bianca:

L'ordinamento non può rimanere indifferente di fronte al fenomeno delle condizioni generali poiché l'incontrolato potere di manipolazione dei rapporti contrattuali non è casuale ed episodico ma

somente aos contratos de adesão, o que, de certa forma, fere de morte o princípio constitucional da isonomia, pois chegaríamos a situações de injustiças em situações idênticas. Ademais, não foi a intenção do legislador estabelecer diferenças entre ambos temas. TARTUCE, Flávio. **Função social do contrato**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 235. Dessa forma, utilizaremos as expressões "contrato de adesão" e "contrato por adesão" como sinônimas.

46ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 321.

47ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

caraterizza ormai tutta l'attività imprenditoriale ed esprime una situazione di diseguaglianza socio-economica delle categorie [...] che esige um intervento dello Stato in attuazione del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale (3 Cost.).

Il problema che si pone è allora quello di um controllo sostanziale delle condizioni generali che valga a tutelare gli aderenti contro la regolamentazione abusiva dei rapporti contrattuali, e cioè contro l'abusivo aggravamento della posizione del contraente debole.⁴⁸

O contrato, há muito, deixou de ser entendido como aquele instrumento com a possibilidade de obtenção de lucros arbitrários, obtidos à custa e em detrimento de uma das partes. É inspirado, atualmente, por princípios éticos e disciplinado conforme os interesses da sociedade na manutenção da justiça social, na distribuição mais justa das riquezas e na promoção do progresso econômico⁴⁹. Tal qual a propriedade, não pode ser manejado com abuso, devendo cumprir sua função social, ou melhor, tem a seu cargo a tarefa de tutelar a pessoa humana, nos termos em que determina a Constituição Federal. Dinamiza a circulação de bens e riquezas em uma sociedade. Não pode o homem ser visto como ser individual, cujos atos praticados digam respeito, tão-somente, a sua esfera patrimonial e moral, sem atentar-se para as consequências, num aspecto coletivo, de seus atos [dever jurídico para com os demais indivíduos que compõem a sociedade]. Como

⁴⁸Em tradução livre do autor, lê-se que 'o ordenamento não pode permanecer indiferente diante do fenômeno das condições gerais, pois o descontrolado poder de manipulação das relações contratuais não é causal e episódico, mas agora caracteriza toda a atividade empresarial e exprime uma situação de desigualdade socioeconômica das categorias dos consumidores, a qual exige uma intervenção do Estado de forma a atuar o princípio constitucional da substancial. O problema que se põe é então aquele de um controle substancial das condições gerais que passe a tutelar os aderentes contra a regulamentação abusiva das relações contratuais, isto é, contra o abusivo agravamento da posição do contratante débil'. BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile: il contratto**. Milano: Giuffrè, 1998, p. 370.

⁴⁹Ruy Rosado de Aguiar Jr., comentando ainda o projeto de Código Civil, já asseverava: "Em conclusão, aplaudo o Projeto no que representa de inovador na visão geral do contrato como um ato que deve atingir finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes, da ordem pública. Para o juiz civil fornecer os instrumentos necessários para a realização da justiça material. Aplau-do também no que tem de apuro técnico. Apenas observo que, nesse propósito de atender àqueles princípios gerais antes enunciados, ao elaborar as normas de conduta, deixou de lhes dar plena aplicação — ou lhes deu em extensão aquém da possível e desejada. De qualquer forma, na Teoria Geral do Direito e na matéria obrigacional, constitui um avanço do qual não podemos mais retroceder." AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **As obrigações e os contratos: Projeto do Código Civil**. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo6.htm>>. Acessado em: 22 set. 2006.

adverte Mosset Iturraspe, “o contrato não pode ser o reino do egoísmo, do puro interesse individual, sem pôr em grave risco o bem comum e a paz social”⁵⁰.

O ordenamento jurídico atual demonstra sua feição nitidamente solidarista, ao estabelecer como fundamentos da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, na tentativa de atingir uma melhor justiça social⁵¹. Peremptória é a afirmação de Teresa Negreiros, nesse particular:

A função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, e a buscar em valores sociais que o ordenamento institui como fundamento de todos os ramos do Direito – sejam eles predominantemente públicos ou privados – novos horizontes de aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos. Assim, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade da pessoa humana no âmbito da ordem econômica.⁵²

Nesse aspecto, parece que ao operador do direito é incumbido o dever de, a par dos elementos fáticos, primar diuturnamente o compromisso com a justiça no caso concreto⁵³, seja valendo-se tanto das normas principiológicas quanto das normas regras. Todavia, para que isso ocorra, não pode o aplicador do direito ficar jungido às normas [princípios e regras] específicas de determinada disciplina jurídica⁵⁴. É preciso buscar, em virtude da primazia que ocupa dentro do sistema jurídico, na Constituição o fundamento de validade e de justificação dos dispositivos contidos nas demais áreas do direito. É o que ensina Jorge Miranda, ao asseverar que “cada disposição legal não tem somente de ser

⁵⁰ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia contractual**. Buenos Aires: Ediar, 1977, p. 79.

⁵¹“Como veremos, o interesse fundamental da questão da *função social* está em despertar a atenção para o fato de que a *liberdade* contratual não se justifica e deve cessar, quando conduzir a iniquidades, atentatórias de valores de *justiça*, que igualmente têm peso social”. NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

⁵²NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 226.

⁵³“Desta constatação decorre que o juiz tem o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que, *motivando a decisão*, possam preencher e especificar a moldura [...]”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12.

⁵⁴[...] um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o veiculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”. BRANCO; MARTINS-COSTA, 2002, p. 118.

captada no conjunto das disposições da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de ser considerado no contexto da ordem constitucional⁵⁵.

A Constituição Federal de 1998 já não é novidade. Em face à regulamentação explícita relativa aos institutos de direito civil, trouxe princípios e normas de conteúdo valorativo, que interferem diretamente no campo das relações entre os indivíduos. Dentre as inovações, as referências constitucionais mais frequentes são: dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e da livre iniciativa, defesa do consumidor, função social da propriedade, paternidade responsável, solidariedade social, igualdade substancial, justiça social. Todas essas inovações, e muitas outras não citadas, são agora trazidas ao cotidiano das relações jurídicas privadas, ganhando densidade normativa e informando o complexo normativo infraconstitucional.

Diante de tais considerações, surge o seguinte questionamento: se, por um lado, o contrato de locação, que possui a finalidade de conceder, por meio de uma retribuição, uma moradia àqueles que não a possuem, concretizando, dessa forma, os objetivos proclamados na Constituição Federal, por outro viés, como se pode explicar o fato de esse mesmo contrato poder vir a causar lesão ao direito de moradia do fiador? Ao que tudo indica, parece que o dispositivo legal [Lei 8.009/90, artigo 3, VII] que permite a expropriação do bem de família do fiador não está em sintonia com os fundamentos e objetivos proclamados pelo constituinte de 1998, sobretudo com o direito fundamental à moradia, que, em última análise, concretiza o princípio *da dignidade da pessoa humana*.

2 Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro destaca-se o da dignidade da pessoa humana⁵⁶. Escreve Fladimir Jerônimo que,

dentre os valores, ao menos na Constituição brasileira, sobressai o da dignidade da pessoa humana, dotado de proeminência axiológica sobre os demais. Assim, o expresse reconhecimento da dignidade da

55 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 263, t.II.

56Registre-se que a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão legal em outros capítulos da nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]” – artigo 170, *caput* –, seja quando, agora no esfera social, fundou o planejamento familiar “nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” – artigo 226, § 7º –, além de impor o “dever de a família, de a sociedade e de o Estado assegurarem à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” – artigo 227, *caput*.

pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objeto de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado.⁵⁷

A dignidade da pessoa humana constitui verdadeiro núcleo básico e informador⁵⁸ de todo o ordenamento jurídico, ou seja, como valor⁵⁹ inserto em princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana serve de baliza para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, o que evidencia seu caráter instrumental.

Tomando por referencial o que já foi exposto, pode-se concluir que o constituinte, inspirando-se, sobretudo, no sistema constitucional lusitano e hispânico, alçou a dignidade da pessoa humana em “condição de princípio (e valor) fundamental (art. 1º, inciso III)”. Significa dizer que tal princípio atua como mandamento de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida do possível, considerando as realidades fáticas e jurídicas existentes.⁶⁰

Sendo assim, parece evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição, irradia-se em todo o ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que as disposições com ele confrontantes sejam moldadas aos seus postulados, sob pena de violarem escancaradamente os objetivos do constituinte de 1998. Todavia, não se pode deixar de registrar que, desde o início da vigência da nossa Constituição até fins da década de 90, tal princípio não foi investigado com profundidade na dogmática constitucional brasileira e isso talvez pela circunstância de a expressão ‘dignidade da pessoa’ – ou ‘dignidade humana’ – ser vaga. Em razão disso, e abstraindo-se aqueles casos

57MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 63.

58Segundo Flademir, “a dignidade da pessoa humana fornece, portanto, ao intérprete uma pauta valorativa essencial à correta aplicação da norma e à justa solução do caso concreto”. MARTINS, 2003, p. 63.

59Atualmente a doutrina majoritária reconhece que as Constituições contemporâneas são tributárias de certos valores que albergam, em suas normas-diretrizes, comandos ou objetivos, a serem perseguidos – alcançados – por todo o sistema normativo. Segundo Luís Barroso, os “princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. [...]. Em toda a ordem jurídica, existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153.

60SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 66/72.

em que a violação a tal princípio é evidente, muitos são os casos em que há dúvidas sobre a violação ou não da dignidade da pessoa – se o princípio se aplica ou não. Seu conteúdo não é fácil precisar⁶¹, sendo possível afirmar, amparado em Ingo Wolfgang Sarlet, que a sua complexidade “decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ‘ambigüidade e porosidade’ assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”⁶².

Não obstante essas constatações, que, na teoria geral do direito, chama-se de ‘zona de penumbra’ ou ‘zona cinzenta’, importante destacar que é nos direitos fundamentais que a dignidade da pessoa humana se concretiza, num primeiro momento⁶³. Está-se a afirmar, de outro modo, a ampla relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. Não por acaso, Edilson Pereira de Farias escreveu que “o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais”. Esclarece, ainda, o autor que a dignidade da pessoa humana é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trata dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (art. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17). Ademais, aquele princípio funcionará como uma ‘cláusula aberta’ no sentido de respaldar o surgimento de ‘direitos novos’ não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º. Estreitamente relacionada com

61A melhor concepção de dignidade da pessoa humana é-nos fornecida por Ingo Sarlet: “[...] temos 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 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, 2006, p. 60.

62SARLET, 2006, p. 39-40.

63Ingo Sarlet afirma que “os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio [...], em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”. SARLET, 2006, p. 84.

essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.⁶⁴

Forçoso concluir, dessa forma, a relação de reciprocidade, em que o princípio da dignidade da pessoa humana se concretiza através dos direitos fundamentais, que, por sua vez, se justificam por uma união perfeita com tal princípio⁶⁵, isto é, imperioso reconhecer que existe uma unidade sistêmica – que não é monolítica⁶⁶ – relativamente aos direitos fundamentais que têm por base o valor primordial da dignidade da pessoa humana.

Sarlet, em trabalho específico sobre o tema objeto de análise, é enfático ao salientar que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental [...] exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”. E acaba por concluir que, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”⁶⁷. Dessa forma, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana guarda relação não só com os direitos fundamentais ditos de primeira geração – direito à liberdade, por exemplo –, mas fundamentalmente com os demais direitos, sejam eles sociais, culturais ou econômicos⁶⁸. Isso porque, no constitucionalismo contemporâneo, “os direitos sociais são compreendidos como autênticos ‘direitos subjetivos’ inerentes ao espaço existencial do cidadão”⁶⁹, o que, de certa forma, faz nascer, em favor da pessoa, um direito de atuação positiva na criação de pressupostos materiais.

64FARIAS, E. P. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 66-7.

65Segundo Cleber Francisco Alves, o princípio da dignidade humana “traduz uma pretensão de conferir uma unidade sistêmica e um valor substrato de validade objetivamente considerado, notadamente quanto aos direitos e garantias fundamentais do homem”. ALVES, 2001, p. 134.

66“A unidade dos direitos fundamentais é apenas relativa e o estatuto jurídico dos indivíduos está, por isso, aberto às refrações dos princípios dominantes da organização econômica, social e política”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 109.

67SARLET, 2006, p. 84-5.

68Segundo Jorge Miranda, “[...] os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos sociais e culturais comum têm a fonte ética na dignidade da *pessoa*, de *todas as pessoas*”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 181, t.IV.

69CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 466.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º da nossa Constituição, sejam eles compreendidos na condição negativa, sejam na dimensão positiva, “constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana”⁷⁰.

3 Direitos sociais

A mais séria e grave querela a respeito dos direitos sociais, e que se configura como ponto capital para a presente análise, refere-se justamente ao seu tratamento como direitos fundamentais ou não. Salienta-se, contudo, que os argumentos de ambos os entendimentos são contundentes⁷¹, motivo pelo qual apenas teceremos breves considerações. Impende deixar assente, desde logo, que, mesmo aquela parte da doutrina que não os considera direitos fundamentais, reconhece a sua importância e relevância no mundo dos interesses juridicamente protegidos pela ordem jurídica⁷².

O primeiro argumento no que se refere à exclusão dos direitos sociais da nota da fundamentalidade reside no possível conflito latente com os direitos civis e políticos, ou seja, ao tratarmos os direitos sociais sob a ótica fundamentalista, o que acarreta uma excessiva socialização, é razoável aceitar a violação de um dos maiores princípios, qual seja, o da liberdade, que, de acordo com Ricardo Lobo Torres, exhibe o “status negativus, que significa o poder de autodeterminação do indivíduo, a liberdade da ação ou de omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado”^{73/74}.

⁷⁰SARLET, 2006, p. 90-1.

⁷¹Robert Alexy já denunciou a paridade dos entendimentos: “Si uno echa una mirada a los argumentos em pro y contra de los derechos fundamentales sociales, nota claramente que ambas as partes pueden aducir razones de peso”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 494.

⁷²ALEXY, 2002, p. 433.

⁷³TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2001, p. 265.

⁷⁴Esclarece Vicente de Paulo Barreto que os “direitos sociais seriam considerados como referidos a dimensões não-substanciais da sociedade, pois seriam direitos que, para serem implementados – se isso fosse possível em virtude das limitações orçamentárias, argumenta a doutrina alemã da ‘reserva do possível’ –, violentariam os direitos constitutivos do núcleo do estado liberal: as liberdades individuais e a propriedade”. Ainda, o autor esclarece que “a doutrina do estado e o sistema político da Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial [...] tiveram a preocupação de evitar a todo o custo que se repetissem as condições sociais e econômicas que serviram de caldo de cultura para o surgimento de projetos políticos, como o nazismo, que, em nome da correção da crise social, provocou o sacrifício das liberdades públicas e individuais da nação alemã”. BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 115.

Um profundo e denso investimento em um leque de direitos sociais, como se sabe, necessita de uma alta carga tributária, fazendo com que o Estado intervenha, de forma agressiva, no patrimônio dos indivíduos, sobretudo no do devedor⁷⁵.

Outro argumento bastante utilizado e invocado pela doutrina que não os considera no leque dos direitos fundamentais se refere à justiciabilidade⁷⁶. Esclarece Cláudio Ari Mello que a recusa à exigibilidade judicial dos direitos sociais reside no argumento de que, para a sua concretização, se exige necessariamente uma lei que, previamente, institui a estrutura normativa básica para a sua satisfação no âmbito administrativo, e o momento e o conteúdo dessa lei dependiam de escolhas políticas do legislador que não podiam ser invalidadas ou substituídas por juízes⁷⁷. Explica, ainda, de acordo com esse argumento, invocando Böckenförde, que a estrutura normativa dos direitos fundamentais de liberdade permite que sejam garantidos judicialmente mediante interpretação do texto constitucional de forma direta, ao passo que a estrutura normativa dos direitos sociais não permite a imediata garantia dos seus direitos através do poder judiciário, pelo contrário, somente podem ser assegurados por meio de juízos políticos de alocação de recursos.

Victor Abramovich y Christian Courtis, realizando alguns apontamentos sobre a exigibilidade dos direitos sociais, arrola a existência de entrave à realização judicial dos direitos sociais, qual seja, o da impossibilidade do Poder Judiciário interferir nas questões políticas dos Estados:

Outro de los tradicionales obstáculos para hacer justiciables los derechos sociales reside en el criterio sumamente restrictivo que suele emplear la magistratura a la hora de evaluar su facultad de invalidar decisiones que pueden calificarse como políticas. Así, cuando la reparación de una violación de derechos sociales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, afecta

⁷⁵ALEXY, 2002, p. 493.

⁷⁶Utilizou-se o termo justiciabilidade no mesmo sentido atribuído por Cláudio Ari Mello: “[...] e por justiciabilidade quero significar a exigibilidade judicial da prestação que satisfaz o bem tutelado pelo direito social, tese que remonta à idéia de que a cada direito corresponde uma ação que o assegura”. MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Livraria do Advogado nº 56, set./dez., 2005, p. 124. Segundo Vicente de Paulo Barreto, “o argumento mais difundido contra a natureza de direitos humanos dos direitos sociais refere-se à sua efetividade, pois os direitos sociais diferenciar-se-iam dos direitos civis e políticos pelo fato de terem caráter programático. Os textos constitucionais ao proclamarem e regularem os direitos sociais estabeleceriam normas de caráter programático, dependentes de regulamentação infraconstitucional posterior e, por essa razão, esses direitos não teriam a força de direitos públicos subjetivos. Seriam tão-somente direitos públicos negativos, mas que de qualquer forma tornariam inconstitucional qualquer medida do Poder Público tendente a retroceder em matéria de direitos sociais”. BARRETTO. In: SARLET, 2003, p. 114.

⁷⁷MELLO, 2005, p. 126.

de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, o implica tomar una decisión acerca de qué grupos o sectores sociales serán prioritariamente auxiliados o tutelados por el Estado, los jueces suelen considerar que tales cuestiones son propias de la competencia de los órganos políticos.⁷⁸

Outro fator que inviabiliza a exigibilidade dos direitos sociais, consoante Christian Courtis se refere à inadequação dos mecanismos processuais clássicos, ou seja, “las acciones judiciales tradicionales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles clásicos”. Reconhece, todavia, que as novas perspectivas da ação, sobretudo a ação civil pública e o mandado de segurança, possibilitam, de alguma forma, colocar em xeque este obstáculo⁷⁹. Por último, arrola o autor um aspecto de ordem cultural⁸⁰.

Basicamente, esse, os argumentos lançados para não adjetivar os direitos sociais da nota da fundamentalidade. Registra-se que não se pretendeu abordar todos os argumentos contrários, mas apenas os mais importantes e que geralmente são citados pela doutrina.

Diferentemente, de outro lado, incorporando nos direitos sociais as mesmas características dos direitos fundamentais de primeira geração – inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, dentro outros⁸¹ – de tal forma a lhes atribuir o adjetivo da fundamentalidade, encontra-se parte da doutrina. Comungam do entendimento de que não basta assegurar a liberdade jurídica. É necessário e essencial que se assegure a liberdade fática. Importa dizer que, sem as necessidades básicas [essenciais]

78 CHRISTIAN COURTIS, Victor Abramavichy. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159.

79 “Parte de la tradición del derecho procesal contemporáneo ha comenzado hace tiempo a hacerse cargo de estas dificultades de inadecuación del instrumental procesal heredado, tributario de una tradición individualista y patrimonialista, señalando las necesidades de adaptación de las acciones judiciales previstas por los códigos de procedimiento a problemas tales como la incidencia colectiva de ciertos ilícitos, o la necesidad de atender urgentemente violaciones irreparables de bienes jurídicos fundamentales”. A título de exemplo, no Brasil, cita “el empleo de acciones tales como la denominada ‘acción civil pública’ em materia ambiental y de protección del consumidor se ha generalizado, habilitando la tutela judicial frente a tipos de ilícitos que, de outro modo, hubieran sido ejecutados impunemente”. CHRISTIAN COURTIS. In: SARLET, 2003, p. 165-6.

80 “[...] la ausencia de tradición de exigência de estos derechos – en especial en los casos de derechos que se definen fundamentalmente por una prestación, como los derechos a la salud, educación, vivienda, entre otros – a través de mecanismos judiciales”. CHRISTIAN COURTIS. In: SARLET, 2003, p. 166.

81 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 180-2.

materiais para uma vida digna, desaparecem também as condições da liberdade – os direitos civis e políticos de primeira geração. A propósito, confira-se a doutrina de Robert Alexy:

El argumento principal en favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de la libertad. Su punto de partida son dos tesis.

La primera reza: la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor [...].

La segunda tesis reza: bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un 'ámbito vital dominado por ellos', sino que depende esencialmente de actividades estatales. También, con la reserva de algunas cualificaciones, puede estarse de acuerdo com esta tesis.⁸²

Os direitos sociais servem como garantias que propiciem o integral desenvolvimento humano. E, sendo uma das dimensões que os direitos fundamentais do homem podem assumir, os direitos sociais objetivam concretizar melhores condições de vida ao povo e aos trabalhadores, demarcando os princípios que viabilizarão a igualdade social e econômica, isto é, a própria cidadania⁸³, no que concerne a iguais oportunidades e efetivo exercício de direitos, considerando as diferenças e erradicando as carências que levam às largas distâncias entre os homens.

Cabe indicar, ainda, que, entre ambos os direitos – os de primeira e de segunda gerações –, operam-se múltiplas relações. Sem condições sociais básicas, não é possível falar de uma verdadeira liberdade de expressão, nem de trânsito, nem a plena realização do ideal democrático, síntese da participação política e cidadã, pois que elas requerem a possibilidade de exercitá-las, e a mesma possibilidade desaparece caso inexistam as condições materiais. Igualmente, se não há liberdades básicas [civis e políticas], desaparece o significado dos direitos sociais⁸⁴. De que serve a educação se não há como dispor da

⁸² ALEXY, 2002, p. 486-7.

⁸³ A cidadania, sobretudo na atualidade, deve ser entendida como a reunião de atributos (morais, éticos, direitos e deveres) que possibilitem ao indivíduo agir em sociedade e em conformidade com as exigências sociais, pautando sua atuação no sentido da solidariedade, do comunitário, desapegado do individualismo. A prática cidadã tem como fundamento uma sociedade livre, justa e solidária. Pressupõe democracia, respeito ao próximo (indivíduo). Recomenda-se, nesse sentido, a leitura de TORRES. In: _____. 2001, p. 243-330.

⁸⁴ "Sem alimentação suficiente, sem casa para morar, sem vestuário digno, sem assistência de saúde, sem instrução, sem meio de transporte e sem condições de satisfazer as necessidades pessoais e familiares

liberdade de expressão para criticar ou refletir sobre o que aquilo que é ensinado? Onde ficam os valores democráticos, se as condições de vida do povo não estão em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana?

O ser humano, quando desprovido de determinadas necessidades básicas, não consegue desenvolver-se, isto é, fica enfraquecido na sua liberdade de ação. Quando não tem nenhuma perspectiva de vida, ele se rende a qualquer benesse imediatista, às vezes, em troca de seus bens mais valiosos. Nesse sentido, como afirma Alexy, se “las normas de derecho fundamental deben asegurar la libertad”, e se por liberdade se entende “a la ausencia de situaciones ecocómicas deficitarias”⁸⁵, parece plausível aceitar que as normas de direito fundamental devem incluir também os direitos sociais.

Dessa forma, fundamental é a ideia de que esses bens jurídicos de caráter social sejam incluídos no leque dos direitos que não podem ser negados a nenhum indivíduo⁸⁶. Caracterizam-se por serem direitos mínimos, aos quais todos os indivíduos devem ter acesso, sob pena de se agravarem⁸⁷ os conflitos sociais e de criar focos sociais de profunda insatisfação. Não há, portanto, dignidade humana sem um mínimo de condições materiais

básicas, o ser humano fica impedido (materialmente impedido) de realizar sua inserção no meio social em padrões de dignidade, de exercer as liberdades fundamentais que a Constituição assegura, tampouco de pôr em prática as expressões naturais da personalidade, a exemplo da liberdade de pensamento, de manifestação de opinião, de associação, da autoproteção da imagem e da honra, de aproveitamento e ascensão no mercado de trabalho, de constituição de família, de viajar no território nacional e ao exterior em tempo de paz, dentre tantas outras mais. Fica, também, impedido de cumprir determinados deveres constitucionais, como é o caso das obrigação dos pais – de assistir, criar e educar os filhos menores e do dever de amparo às pessoas idosas não âmbito na família, conforme imposto pelos artigos 220 e 230 da vigente Lei Maior. [...] Com efeito, conquanto se possa histórica e teoricamente distinguir entre as liberdades primárias do homem e de conteúdo negativo em face do Estado, constituídas pelos chamados direitos civis e políticos [...] e as liberdades de conteúdo positivo ou contraprestacionais com relação ao Estado, consistentes nos direitos sociais, econômicos e culturais, é assente no constitucionalismo contemporâneo aplicável aos direitos humanos que ambas essas gerações da liberdade se interligam e complementam, de modo a compor uma visão global do homem e seus direitos na prática social”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 282.

⁸⁵ALEXY, 2002, p. 216.

⁸⁶Vicente de Paulo Barretto, nesse sentido, afirma que o “Estado Social de Direito, substituindo o Estado Liberal, inclui no sistema de direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. A satisfação de certas necessidades básicas e o acesso a certos bens fundamentais, para todos os membros da comunidade, passam a ser vistos como exigências [...]”. BARRETTO. In: SARLET, 2003, p. 112.

⁸⁷Afirma Alexy que para “[...] el individuo tienen importancia existencial el no tener que vivir bajo el nivel de una existencia mínima, el no estar condenado a un permanente no hacer nada y el no quedar excluido de la vida cultural de la época”. ALEXY, 2002, p. 488.

de existência⁸⁸. Peremptória é a afirmação de Ingo Sarlet ao afirmar a nota da fundamentalidade dos direitos sociais:

Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas conseqüências jurídicas – ambos os “grupos”⁸⁹ de direitos se encontram revestidos pelo manto da ‘fundamentalidade’.⁹⁰

Vicente de Paulo Barretto salienta, que, além da idéia de igualdade social, que não se identifica com a mera igualdade formal, os direitos fundamentais sociais derivam do princípio da dignidade da pessoa humana:

Além dos valores da igualdade e da liberdade [...] os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Esse regime, fundado sobre o princípio democrático, pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos da cidadania.⁹¹

[...]

Os direitos sociais derivam, em última análise, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, através de uma linha de eticidade. Assim, constata-se que não há distinção de grau entre os direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos são elementos de um bem maior: a dignidade da pessoa humana, que tem duas face,

⁸⁸VIEIRA DE ANDRADE, 1987, p. 103.

⁸⁹O autor refere-se aos direitos de cunho negativo e aos direitos sociais.

⁹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97.

⁹¹O autor afirma que a “cidadania, em seu conceito jurídico clássico, estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado. Esse vínculo, entretanto, no quadro do estado democrático de direito torna-se mais abrangente, pois o cidadão é aquele que goza detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade)”. Vicente de Paulo Barretto assevera que o “Estado Social de Direito, substituindo o Estado Liberal, inclui no sistema de direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. A satisfação de certas necessidades básicas e o acesso a certos bens fundamentais, para todos os membros da comunidade, passam a ser vistos como exigências [...]”. BARRETTO. In: SARLET, 2003, p. 130-1.

conectadas, sobretudo, por sua fundamentação ética, universal, comum: a liberdade e a igualdade.⁹²

Enquanto alguns direitos sociais previstos na Constituição são pronta e diretamente exigíveis⁹³ [jornada de trabalho, adicional noturno, repouso semanal remunerado, férias anuais, licença à gestante etc], outros, "deixam de concretizar-se, muito embora sejam veiculados em dispositivos que apresentam a mesma estrutura lógico-normativa das demais regras definidoras de direitos, comportando aplicação direta e imediata"⁹⁴.

A proteção jusfundamental aos direitos sociais parece-nos que se mostra a mais coerente com a realidade nacional, pois o desafio da atualidade é o combate às condições econômicas deficitárias da grande maioria da população. A própria Constituição declara que consistem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

3.1 A moradia como direito fundamental

A Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, acrescentou, de forma expressa, ao rol dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal, o direito à moradia. Essa alteração constitucional, merecedora de aplauso, se mostra relevante e importante porque o legislador brasileiro manifestou, de forma expressa e clara, a preocupação com o direito à moradia dos brasileiros. Muito embora não havendo alusão expressa no texto constitucional sobre o direito à moradia, o texto constitucional já fazia referência ao vocábulo moradia, o que possibilitava, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica, se extrair a ideia do direito à moradia⁹⁵.

92Vicente de Paulo Barretto assevera que o "Estado Social de Direito, substituindo o Estado Liberal, inclui no sistema de direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. A satisfação de certas necessidades básicas e o acesso a certos bens fundamentais, para todos os membros da comunidade, passam a ser vistos como exigências [...]". BARRETTO. In: SARLET, 2003, p. 130-1.

93Segundo Roberto Barroso, existem na Constituição Federal verdadeiros "*direitos sociais*, conceptualmente qualificáveis como direitos subjetivos, tutelando bens e interesses pronta e diretamente exigíveis. Muitos deles já se tornaram plenamente efetivos, gerando, sem maior polêmica, o desfrute imediato e positivo de determinados benefícios, bem como a possibilidade de exigi-los". BARROSO, 2006, p. 143.

94BARRETTO. In: SARLET, 2003, p. 143.

95Percebe-se que a Constituição em vários outros dispositivos se refere à moradia, a exemplo do que ocorre no artigo 7º, IV: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim"; e no artigo 23, IX: "É competência comum da União, dos

Ninguém ousa discordar de que o tema moradia é uma temática que enseja uma insuperável problemática tanto no campo jurídico-econômico quanto no sóciopolítico. Nesse aspecto, importante observar que vários são os países que contemplam, ainda que de forma indireta, o direito à moradia. A Constituição italiana de 1948, em seu artigo 47, dispõe que “a República estimula e protege a poupança sob todas as formas; regula, coordena e controla o exercício do crédito. Estimula o acesso da poupança popular à compra de habitação e da propriedade pelos seus cultivadores, bem como a colocação direta e indireta da população em ações das grandes empresas de produção do país”⁹⁶. Da mesma forma, a Constituição da Espanha, no capítulo referente aos princípios diretores da política social e econômica, especificadamente no seu artigo 47, diz que “todos os espanhóis têm direito de desfrutar de uma habitação digna e adequada. Os poderes públicos promoverão as condições necessárias e estabelecerão as normas pertinentes para tornar efetivo esse direito, regulando a utilização do solo de acordo com o interesse geral, para impedir especulação”⁹⁷. Também assim, a Constituição do Reino da Bélgica, em seu artigo 23, reza que “todos têm direito de viver segundo os ditames da dignidade da pessoa humana. Com esse objetivo, a lei, o decreto ou as normas previstas no artigo 134 garantem, tendo em conta as correspondentes obrigações, os direitos econômicos, sociais e culturais, e determinam as condições de seu exercício. Esse direitos incluem, nomeadamente: [...] a) o direito a uma habitação condigna”⁹⁸. A Constituição da Finlândia, artigo 15 A, estabelece que “os poderes públicos garantirão o direito de todas as pessoas à habitação e apoiarão os esforços na aquisição da sua própria habitação”⁹⁹.

Da análise dos dispositivos constitucionais acima explicitados, verifica-se que o tema moradia se constitui em matéria relevante tanto para os países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento quanto para aqueles outros chamados desenvolvidos. É a consciência internacional de que a moradia serve para promover uma vida condigna.

A análise do direito à moradia dá-se por diversos ramos da ciência, pelo simples fato de ser ela uma necessidade humana tão essencial como a vida. Constitui, a bem da verdade, condição sine qua non para a existência de uma vida digna. Quer dizer que o direito à moradia está intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa, que constitui a pedra nuclear do sistema jurídico. Nesse passo, “um indivíduo, para se desenvolver como

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

96GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As constituições dos estados da União Européia**. Lisboa: Vislis, 2000, p. 445.

97GOUVEIA, 2000, p. 247.

98GOUVEIA, 2000, p. 181-2.

99GOUVEIA, 2000,p. 293.

pessoa, para nascer, crescer, estudar, formar sua família, adoecer e morrer com dignidade, necessita de um lar, de uma moradia, da sede física e espacial onde irá viver”¹⁰⁰.

A dignidade humana contempla também a garantia dos meios materiais razoavelmente necessários para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. O mínimo material, portanto, é indispensável para o pleno desenvolvimento da pessoa humana, de tal forma que, consoante a ilação de Ricardo Lobo Torres, “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade”¹⁰¹. Assim, negar o mínimo existencial ao indivíduo é, em última análise, negar-lhe a dignidade. Esclarecedor, nesse sentido, são as ponderações realizadas por Ingo Sarlet:

O que se pretende, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral o ser humano, onde as condições mínimas para a existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹⁰²

Nesse contexto, o direito à moradia cumpre um papel importante, na medida em que visa a proporcionar ao indivíduo uma vida digna, ou seja, proporcionar formação e desenvolvimento da personalidade humana. Quanto a isso, não pairam hesitações. Tanto é assim que, tratando dos direitos fundamentais como forma de exigência e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet é peremptório ao afirmar que a moradia é indissociável do ser humano:

Até mesmo o direito de propriedade [...] se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa, considerando que a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos

100GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48.

101TORRES. In: TORRES, 2001, p. 267.

102SARLET, 2006, p. 59.

casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade.¹⁰³

Nesse mesmo passo, Anderson Schreiber, escrevendo sobre o ser e o habitar, afirma que é natural ao ser humano a ideia de possuir um local para delimitar o campo de sua atividade. Segundo o autor, até mesmo aqueles que não possuem uma plena capacidade civil, apresentam tal atitude:

A não-habitação ou habitação das ruas representa não apenas a perda da moradia, mas a perda da própria condição de pessoa. De fato, todo indivíduo tende naturalmente a delimitar um espaço de ocupação que lhe possa servir de referência à sua própria identidade. Analisando, por exemplo, o comportamento de pacientes de determinado hospital psiquiátrico do Rio de Janeiro, pesquisadores constataram como práticas frequentes entre os internos o 'apego físico a bens pessoais' e a 'criação de espaços individuais nos quartos coletivos e nas áreas de convívio comum'.¹⁰⁴

Por essas e outras razões, termina-se esse tópico dizendo que antigos institutos do direito civil tradicional devem ser funcionalizados à proteção do direito à moradia, pois, além de ser adjetivado pela nota da fundamentalidade¹⁰⁵, é forma de exteriorização e é aspecto fundamental da concretização da dignidade da pessoa humana. É dentro desse contexto atual que se deve imprimir nova interpretação da disciplina do contrato de fiança locatícia, tradicionalmente voltado para assegurar o cumprimento do contrato de locação, mas cada vez mais direcionado à proteção da pessoa.

4 Os efeitos do direito à moradia no ordenamento jurídico

O direito à moradia, instituído pela Emenda Constitucional nº 26, conforme preconiza parcela significada da doutrina, constitui-se em norma programática¹⁰⁶. Sendo

¹⁰³SARLET, 2006, p. 89.

¹⁰⁴SCHREIBER, Anderson. Direito à Moradia como Fundamento para a Impenhorabilidade do Imóvel Residencial do Devedor Solteiro. In: SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia; et. al. (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81.

¹⁰⁵A fundamentalidade está empregue na acepção conferida por Sarlet. SARLET, 2006, p. 88-92.

¹⁰⁶"As normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais são, segundo alguns autores, *normas programáticas*. As constituições condensam, nestas normas programáticas, princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social (cfr. Artigo 9º). A relevância delas seria essencialmente políticas, pois servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes". CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 464.

assim, mister realizar algumas considerações em torno das normas constitucionais programáticas.

Originariamente, nem a doutrina nem a jurisprudência tinham percebido o verdadeiro alcance das normas constitucionais programáticas. Era comum, e ainda é, a afirmação que elas, embora sendo qualificadas como espécies normativas, dependem de políticas públicas para a sua efetividade. Delas não resulta direito subjetivo de exigir determinada prestação. Não vinculam o poder público.

“Estas normas”, conforme Luís Roberto Barroso, “têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”¹⁰⁷. Essa característica, peculiar das normas programáticas, se explica pelo fato de, sendo o Estado caracterizado como uma sociedade política – e, assim, sendo um meio para que os seus membros possam atingir seus fins particulares –, tem um fim geral, uma finalidade maior, que é a síntese de todas as outras: o bem comum do povo.

Portanto, a principal característica das normas programáticas é que elas enunciam os fins, as metas, os objetivos, sem, contudo, explicitarem os meios que serão empregados em sua consecução. Elucidativas, nesse aspecto, são as palavras de Luís Roberto Barroso, ao discorrer acerca dessa espécie normativa constitucional:

Contêm elas disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. Seu objeto é o de estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação. Característica dessas regras é que elas não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras.¹⁰⁸

Justamente por apenas traçarem linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos, “investem os jurisdicionados em uma posição jurídica menos consistente do que as normas de conduta típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação”¹⁰⁹.

Não por outro motivo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirmou que essa espécie normativa, que incha as Constituições contemporâneas, mormente nos capítulos sobre a “ordem econômica” e sobre a “ordem social”, contribui para a desvalorização da ideia de

107BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

108BARROSO, 2004, p. 109.

109BARROSO, 2004, p. 109.

Constituição. Isso porque, não raro, essas normas permanecem letra morta¹¹⁰. Assim, a falta de efetividade das normas constitucionais, especialmente as programáticas, contribuiu decisivamente para comprometer a credibilidade da Constituição¹¹¹.

Todavia, atualmente, é pacífico o entendimento de que, pela sua própria natureza, a Constituição é tida como a primeira lei positiva [como ápice do ordenamento jurídico]. Por isso, não pode ser vista e, muito menos, aceita como mera ou simples “folha de papel”; pelo contrário, deve ser respeitada por todos os componentes do Estado [notadamente o seu povo e os seus governantes], diante da força normativa que dela decorre. Konrad Hesse, nesse particular, afirma que “a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser”¹¹². A propósito, transcreve-se a lição de Konrad Hesse:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

E o referido autor continua:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição

110FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 88.

111“De fato, quando os textos constitucionais acenam no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não logram nenhuma eficácia social, cria-se um profundo abismo entre o mundo do ‘dever-ser’ e a realidade, que corrói a crença na Constituição como norma jurídica. Ela passa a ser vista pelos seus destinatários como um repertório de utopias e de proclamações políticas, de pouca valia prática. No imaginário social dá-se uma completa inversão de valores: mais do que a Constituição, vale a lei, e ainda mais do que esta, a portaria do Ministro”. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 73.

112HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).¹¹³

Nesse sentido, em que já não é mais novidade afirmar a força normativa e a supremacia¹¹⁴ da Constituição, parece-nos que, mesmo aquelas normas constitucionais que apenas estabelecem fins, metas, diretrizes, objetivos a serem alcançados pelo Poder Público [normas programáticas], são capazes de surtir alguns efeitos jurídicos, da mesma forma como ocorre com as demais disposições constitucionais. Portanto, pode-se dizer que as normas programáticas gozam do mesmo valor jurídico das demais normas constitucionais¹¹⁵.

Conforme afirma Canotilho,

[...] marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que «impõem uma actividade» e «dirigem» materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: «simples programas» «exortações morais» «declarações» «sentenças políticas» «aforismo políticos» «promessas» «apelos ao legislador» «programas futuros», juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade.

E o autor continua afirmado que

às «normas programáticas» é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da

113HESSE, 1991, p. 15-9.

114“A supremacia da Constituição pode ser vista, tendencialmente: a) em relação ao seu conteúdo (supremacia material); b) em relação à organicidade, aos procedimentos e competências pelos quais seus preceitos se inter-relacionam com os demais, indicando relação de hierarquia (supremacia formal)”. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 13-4.

115“Queremos demonstrar a improcedência daquela posição negativista, não só reafirmando a eficácia jurídica, maior ou menor, de todas as disposições constitucionais, e especialmente destacando o importante papel que as chamadas normas programáticas exercem na ordem jurídica e no regime político do país.” E, em outra passagem: “Todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas. São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações recíprocos; quando nada, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47-48; 51.

constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interpositio do legislador.¹¹⁶

Portanto, atualmente, diferentemente da concepção clássica, é atribuída às normas programáticas carga de eficácia, ainda que, de alguma forma peculiar. Significa dizer que o direito à moradia, embora sendo instituído por norma programática, gera alguns efeitos no nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, vários são os autores que escreveram acerca do assunto. Destaca-se a doutrina do professor José Afonso da Silva, que, após uma longa explicação acerca da eficácia das normas programáticas, conclui o seguinte:

Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem um sentido teleológico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.¹¹⁷

Lançados esses substratos doutrinários, é fundamental compreender que a norma do artigo 6º da Constituição Federal, especialmente no que pertine ao direito à moradia,

¹¹⁶CANOTILHO, 2000, p. 1140.

¹¹⁷SILVA, J., 1998, p. 164.

ainda que seja qualificável como norma programática, a depender de implementação de políticas públicas pelo poder público, está plenamente em vigor, razão pela qual irradia alguns efeitos.

Primeiramente, poderíamos afirmar que o direito fundamental à moradia acarreta a revogação de todos os atos normativos anteriores à vigência da Constituição que, de forma direta ou indireta, o lesionem¹¹⁸. Nesse ponto, clara é a doutrina de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que as normas programáticas, desde que entram em vigor, “revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam”¹¹⁹.

Outro efeito imediato que advém do direito à moradia é aquele que impõe ao legislador o dever de legislar de forma a concretizar o acesso à moradia por parte de todos os cidadãos¹²⁰. As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar as

118“Deve haver compatibilidade de um dispositivo legal com a norma constitucional. Havendo contradição entre qualquer norma preexistente e preceito constitucional, esta deve, dentro do sistema, ser aferida com rigor, pois é indubitável o efeito ab-rogativo da Constituição Federal sobre todas as normas que com ela conflitam. As normas conflitantes ficam imediatamente revogadas na data da promulgação da nova Carta. Não sendo nem mesmo necessárias quaisquer cláusulas expressas de revogação. Tal ocorre porque, com a promulgação da Lei Maior, cria-se uma nova ordem jurídica, à qual devem ajustar-se todas as normas, sejam elas gerais ou individuais”. DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 42.

119BARROSO, 2006, p. 117.

120Conforme o posicionamento do Ministro Eros Grau, em voto prolatado no Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, o legislador infraconstitucional está vinculado aos preceitos da Constituição: “Por outro lado - e aqui quero ferir ao cerne do voto do Ministro Carlos Velloso -, diria que o argumento centrado na afirmação do caráter programático do artigo 6º da CB não pode prosperar. Pois é certo que o legislador está vinculado pelos seus preceitos. Ou seja, os textos da Constituição são dotados de eficácia normativa vinculante. E mais: já é mesmo tempo de abandonarmos o uso da expressão “normas programáticas”, que aparece nos autos, não no voto de Vossa Excelência, porque essa expressão porta em si vícios ideológicos perniciosos. Seguidamente pergunto-me por que terá sido esquecida a lição do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, que, em acórdão já de 29 janeiro de 1969, assumiu, em síntese, o seguinte entendimento: a) quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa --- que levou à omissão do Legislativo --- vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição; b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo”.

leis, bem como o da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente¹²¹.

Ao mesmo tempo, todavia, deve procurar proteger o direito de quem já possui a sua moradia. Nesse aspecto, importante função desempenha a lei de impenhorabilidade do bem de família, pois visa justamente a proteger e a garantir a moradia de quem a já possui. Todavia, em vista da atual conjectura social e econômica do nosso país, bem como o alto índice de déficit habitacional, deveria ela estender tal benefício ao fiador, e não o excluir como o fez.

Ao mesmo tempo em que o direito fundamental à moradia impõe ao legislador o dever de legislar de forma a concretizar o seu acesso, por outro lado, gera um efeito negativo, qual seja, proíbe que o legislativo edite normas que contrariem a determinação constitucional. Como muito analisado por Luís Roberto Barroso, “desviando-se os atos de quaisquer dos Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância superior”¹²². Dessa forma, fácil perceber que qualquer ato normativo que afronte a norma programática é materialmente inconstitucional¹²³.

Além desses efeitos das normas programáticas, podemos dizer que o direito fundamental à moradia gera, no mínimo, direito subjetivo negativo, isto é, presta-se para exigir que não só do Estado, mas também os particulares se abstenham de qualquer ato que contrarie essa proteção jusfundamental.

Luís Roberto Barroso, nesse particular, afirma que se, por um lado, das normas programáticas não decorre para o indivíduo nenhum direito subjetivo, em sua versão positiva, por outro,

fazem nascer um direito subjetivo ‘negativo’ de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, atípico [...], elas invalidam determinados

121BARROSO, 2006, p. 116.

122BARROSO, 2006, p. 116-7.

123“*As normas contrárias à Constituição não são recepcionadas, mesmo que sejam contrárias apenas a normas programáticas e não ofendam nenhuma preceptiva*”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 78.

comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigí-la.¹²⁴

Calha, ainda, salientar que o programa constitucional insculpido na norma de proteção à moradia alcança o seu apogeu na classificação de Sarlet como direito de defesa. Em que pese o acesso à moradia implicar programas voltados para esse fim – sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos –, não resta dúvida de que quem já possui a casa própria pode se opor aos atos que o atingem, ou seja, confere-se a quem já possui a casa própria o direito de não expropriá-la, salvo, é claro, se colidente com direito de igual fundamentalidade. Esse direito possui efeito imediato¹²⁵. Nesse sentido, já afirmou Vieira de Andrade:

Essa proteção jurídica (penal ou civil) ou de facto é em certa medida devida pelo Estado e, no âmbito desse dever, vai também ter influência nas relações entre particulares: pelo menos, ficam por essa via proibidos todos os actos de pura e simples violação de direito fundamentais.¹²⁶

Feitas essas singelas considerações, resta-nos concluir que o direito fundamental à moradia, não obstante depender de alocações de políticas públicas por parte do poder instituído, alcança seu apogeu, no que pertine aos efeitos, dentre todos aqueles acima citados, na classificação proposta por Ingo Sarlet como direito de defesa. Isso equivale dizer que quem possui a tão sonhada casa própria é titular de direito subjetivo negativo no sentido de que esse direito não seja violado, podendo-se opor, portanto, ao cumprimento de tais leis que o infrinjam.

4.1 Da inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90

Quando a Lei 8.009/90 instituiu o bem de família legal, apenas estavam elencadas seis exceções às quais tal benefício não era estendido e, dentre elas, não constava o caso do fiador de contrato de locação. Somente após, com a edição da Lei 8.245/91, por meio do artigo 82¹²⁷, acrescentou-se um novo inciso no artigo 3 da Lei 8.009/90, qual seja, incluiu-se nova exceção à benesse do bem de família, de forma a permitir a sua excussão

¹²⁴BARROSO, 2006, p. 117.

¹²⁵"Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional". BARROSO, 2006, p. 117.

¹²⁶VIEIRA DE ANDRADE, 1987, p. 287.

¹²⁷Art. 82. O artigo 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII: Art. 3º ... VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação".

do bem de família na hipótese de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Portanto, movida uma execução para exigir cumprimento de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, o fiador pode vir a perder o seu único imóvel que serve de sua moradia.

Como anteriormente analisado, os direitos fundamentais, e aqui se inclui a moradia, encontram-se em posição privilegiada no ordenamento jurídico, funcionando como valores essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana. Dentro desse contexto, a moradia constitui, a bem da verdade, condição sine qua non para a existência de uma vida digna, isto é, o direito à moradia está intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa. Como muito bem destaca por Godoy, "um indivíduo, para se desenvolver como pessoa, para nascer, crescer, estudar, formar sua família, adoecer e morrer com dignidade, necessita de um lar, de uma moradia, da sede física e espacial onde irá viver"¹²⁸.

Eliane Maria Barreiros Ainda, nesse passo de ideias, pontifica que "o valor moradia é uma necessidade existencial da pessoa humana antes mesmo de agrupada em núcleo familiar"¹²⁹. Tal ideia é reforçada por Flávio Murilo Tartuce Silva, ao assinalar que o "direito constitucional à moradia acaba limitando a autonomia privada"¹³⁰.

Sem desejar problematizar ainda mais, ressalta-se que a preservação do direito à moradia é decorrência da tutela do mínimo existencial, harmonizando-se com a normativa constitucional, que guinda à princípio fundamental e norteador da República brasileira a dignidade da pessoa humana¹³¹. Como muito bem destacado por Perlingiere, a moradia deve ser concebida "como um aspecto de um unitário valor normativo que é a tutela da pessoa"¹³². Também Sarlet, ao abordar a temática, afirma:

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna e na medida em que a

128GODOY, 2006, p. 48.

129AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia fente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45.

130SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **A inconstitucionalidade da previsão do art. 3, VII, da Lei 8.009/90**. Disponível em <<http://www.juristas.com.br>>. Acessado em: 25 nov. 2008.

131Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 16, n. 61, jan.-mar./2007.

132PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198.

moradia cumpre essa função. Nesta perspectiva, talvez seja ao direito à moradia – bem mais do que ao direito de propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (Sphäre ihrer Freiheit). Com efeito, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com o mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.¹³³

O reconhecimento da Constituição como norma hierarquicamente superior de nosso ordenamento jurídico está fundamentado no princípio da supremacia da Constituição¹³⁴, que tem como premissa que ela se situe no vértice¹³⁵ do sistema jurídico nacional, conferindo validade para os demais dispositivos infraconstitucionais¹³⁶.

Também já não é mais novidade afirmar que as normas constitucionais, pela força normativa igual às demais normas integrantes do ordenamento jurídico, se projetam sobre

133SARLET, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, a. 34, n. 107, set./2007, pp. 126-7.

134“A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma lex superior que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprímazia normativa); (2) as normas da constituição são normas de normas (normae normarum) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes políticos com a Constituição”. CANOTILHO, 2000, p. 1112.

135“A ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a constituição no vértice da pirâmide. Em virtude desta posição hierárquica ela actua como fonte de outras normas. No seu conjunto, a ordem jurídica é uma ‘derivação normativa’ a partir da norma hierarquicamente superior, mesmo que se admita algum espaço criador às instâncias hierarquicamente inferiores quando concretizam as normas superiores”. CANOTILHO, 2000, p. 1116.

136“A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político.’ Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus”. SILVA, J., 2002, p. 49-50.

todo o complexo normativo. Como afirma Konrad Hesse, a Constituição “não é mais apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado”; tornou-se a “ordem jurídico-fundamental da sociedade”, pois suas “normas abarcam também – de forma especialmente clara, garantias como o matrimônio, a família, a propriedade, a educação ou a liberdade de arte e da ciência – as bases de organização da vida não estatal”¹³⁷.

Por meio dessa nova perspectiva constitucional, sustenta-se a incidência direta e imediata da normativa constitucional sobre as relações interprivadas, o que é muito bem analisado e defendido por Pietro Perlingieri:

A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.¹³⁸

“A norma constitucional”, nos dizeres de Perlinegieri, “pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”¹³⁹.

Além disso, passou a Constituição Federal a ser a fonte de validade dos demais dispositivos infraconstitucionais, de forma a condicionar a interpretação e a aplicação dos dispositivos editados pelo legislador ordinário¹⁴⁰. Por isso é que não se pode pensar um instituto de modo isolado, mas numa perspectiva dos sistemas de normas e princípios constitucionais¹⁴¹ e infraconstitucionais em que se desenvolve o trânsito jurídico. Isso

137HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la constitución. In: HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, p. 16.

138PERLINGIERI, 2002, p. 12.

139PERLINGIERI, 2002, p. 11.

140Exemplo disso é a interpretação que se passou a dar ao artigo 70 do Código Civil de 1917 após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1998.

141Fabiana Rodrigues ensina que a constituição é um sistema de normas que devem ser interpretadas de forma sistemática, ou seja, “nenhum artigo, nenhum dispositivo legal pode ser entendido em sua particularidades. Até porque, se assim não for desenvolvida a interpretação, o jurista fatalmente não captará o verdadeiro sentido de um postulado, pois este não está isolado em si mesmo, pelo contrário, depende dos demais para que seja compreendido em sua total dimensão. (...) Os princípios da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais e regionais, são critérios axiológicos sobre os quais se alicerça a norma fundamental e devem estar presentes em toda hermenêutica, que tem por obrigação considerá-los

significa que a norma infraconstitucional deverá ser sempre aplicada numa perspectiva constitucional, isto é, “a norma constitucional assume, no direito privado, a função de, validando a norma ordinária, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”¹⁴².

Nesse sentido, direito civil, agora colorido pela Constituição e contaminado por suas normas, que se pautam pelo primado do “ser” sobre o “ter”, traduz-se na transformação da ética da liberdade por uma ética solidarista, de co-responsabilidade, cooperação e lealdade. Nesse contexto, o que se ressalta, não é o direito que está em crise, senão “o direito burguês, do século passado, que, a partir de crise profunda, reviviu-se, agora substituído por um novo direito, adequado ao capitalismo do nosso tempo, apto a bem servi-lo”, o direito civil, conforme explica Teresa Negreiros, voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana, é, agora,

chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mais sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais.¹⁴³

Partindo-se do deslocamento apontado acima, importantes são as consequências para o universo jurídico, sobretudo no que pertine ao direito civil. Conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes,

a transposição de normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida, pelo Código, ao “indivíduo” para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.¹⁴⁴

antes de qualquer disposição oriunda de outra fonte normativa e, conseqüentemente, concretizá-los através de uma prática interpretativa sempre subordinada à legalidade constitucional.” BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **Problemas do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 283-4.

¹⁴²MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, jul/set, 1993, p. 29.

¹⁴³NEGREIROS, 2006, p. 18.

¹⁴⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, a. 12, n. 16, jul./2000, p. 180.

Conclui-se, portanto, que, por meio do fenômeno da constitucionalização do direito civil, se impõe a “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição”. Essa releitura da legislação ordinária à luz da Constituição transforma a norma constitucional em razão primária e justificadora das relações jurídicas, concretizando-se não somente com regra de hermenêutica, mas também como norma de conduta, lícita e que incide sobre as relações jurídicas de forma a concretizar novos valores. Na feliz síntese do professor Pietro Perlingieri, incumbe ao civilista

apresentar um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação.¹⁴⁵

Nesse novo cenário jurídico, em que se defende a “reconstrução de um sistema de ‘Direito Civil-Constitucional’, como idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida proeminência”¹⁴⁶, mais humanizado¹⁴⁷ – o patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas.

145PERLINGIERI, 2002, p. 12.

146PERLINGIERI, 2002, p. 32.

147“Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; evidencia-se que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do indivíduo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”. PERLINGIERI, 2002, p. 33.

Dessa forma, à luz do processo de constitucionalização do direito civil¹⁴⁸ – pois não há outra forma de pensar modernamente o direito civil, consoante analisado anteriormente –, parece forçoso concluir que inciso o VII do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, introduzido pelo artigo 82, da Lei do Inquilinato, não pode continuar surtindo os efeitos por ele propugnados. Vale dizer: nos quadros do que estamos a postular – e comungando da visão humanista e solidarista da doutrina que embasou as ideias defendidas, bem como da necessária jus-humanização das relações privadas –, resta-nos concluir que o inciso VII do artigo 3º, da Lei 8.009/90, viola a Constituição Federal de 1988, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, ao lado de outros valores fundamentais como a vida, o desenvolvimento humano, o mínimo existencial, dentre outros. Atualmente, há de se buscar uma decisão cujo sentido radique materialmente na proteção da pessoa e na garantia das condições mínimas para uma vida digna¹⁴⁹. Conforme afirmou Teresa Negreiros, a releitura, à luz da Constituição, inverteu o papel da dogmática civil, agora preocupada com a funcionalização à promoção dos valores existenciais¹⁵⁰.

Contudo, não podemos deixar de atentar ao fato de que não se desconhece o legítimo direito do locador, qual seja, direito de crédito. Apenas se está afirmando que entre ambos, o direito à moradia precede ao do crédito, nessa hipótese.

Conclusão

Tratou o presente trabalho de verificar se a regra jurídica insculpida no inciso VII do artigo 3º, da Lei 8.009/90, que afastou o benefício do bem de família nos casos de obrigações decorrentes de fiança locatícia, está em sintonia com a ordem constitucional. De tudo o que foi visto, extraem-se as conclusões que seguem.

No âmbito do direito civil brasileiro e de acordo com uma interpretação exclusivamente legalista, o fiador de uma relação locatícia pode vir a perder o seu bem de família, pois, como analisado, consoante uma interpretação literal do inciso VII do artigo 3º, da Lei de Impenhorabilidade – desprovida, portanto, de uma interpretação teleológica

148“O processo de constitucionalização do direito contratual – assim como do direito civil como um todo – implica a substituição do seu centro valorativo: em lugar do indivíduo, e de sua autonomia, encontra-se a pessoa humana, sua socialidade e dignidade. Daí se afirmar que, ao lado da liberdade individual, a Constituição faz introduzir no direito dos contratos o valor da solidariedade. A tutela da dignidade da pessoa – tarefa agora também confiada ao direito civil – torna o direito contratual sensível à questão social, dotando-o de um caráter tutelar inteiramente estranho ao modo como o contrato era concebido pelo direito clássico”. NEGREIROS, 2006, p. 507.

149“Final, há na Constituição [...] a proteção a um mínimo existencial que, de acordo com a ótica civil-constitucional, deve repercutir igualmente no âmbito das relações disciplinadas pelo direito civil. Por outro lado, o direito civil em si mesmo já aponta para este caminho, como ilustra o caso da impenhorabilidade do bem de família”. NEGREIROS, 2006, p. 517.

150NEGREIROS, 2006, p. 516.

no sentido de buscar o verdadeiro objetivo da edição da referida –, não resta outra opção ao magistrado, quando da análise do caso concreto, senão aquela de efetivar a penhora sobre o imóvel, de titularidade do garante, a fim de que, com a arrecadação proveniente da alienação em hasta pública do bem, satisfazer o direito creditício do locador.

Não obstante essa interpretação, destacou-se que, embora a função primordial do contrato seja a de circulação de riqueza, a moderna teoria contratual vem emprestando ao contrato outras características mais dignas, a exemplo do princípio da função social. Dessa forma, à semelhança do que ocorre com a propriedade, também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um “instrumento de realização do projeto constitucional”¹⁵¹. Nesse sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista; pelo contrário, o contrato passou a abranger novos temas, tais como a justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza etc.

Nesse diapasão, em que se impõe reconhecer, em vista do fenômeno da constitucionalização do direito civil – que implica a substituição do centro valorativo do direito civil: em lugar do indivíduo e de sua autonomia, encontra-se a pessoa humana, sua socialidade e dignidade –, que a disciplina contratual não está a látere do projeto constitucional, que possui como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza a miséria e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais; ao reverso, a Constituição introduz, no direito dos contratos, o valor da solidariedade, da justiça social, dentre outros já mencionados.

Dentro desse contexto, em que o centro valorativo agora recai sobre a tutela da pessoa humana, não resta dúvida de que, conforme restou analisado, o direito fundamental à moradia – previsto expressamente pelo artigo 6º da Constituição Federal, em face de se encontrar em posição especialmente privilegiada no nosso ordenamento jurídico, funcionando como verdadeiro valor essencial da pessoa humana de forma a vincular o poder público e todos os cidadãos – eficácia vertical e horizontal – constitui-se num meio indispensável ao desenvolvimento da pessoa. Justamente por isso, fácil extrair a conclusão de que a única moradia do fiador, enquanto condição sine qua non para a existência de uma vida digna, pois ninguém ouse discordar de que um indivíduo, para se desenvolver como pessoa, para nascer, crescer, formar sua família, adoecer e morrer com dignidade, necessita de um lar, de uma moradia onde irá viver, também seja protegida pela Lei de Impenhorabilidade do bem de família.

Além do mais, como vimos, o exposto reconhecimento do direito fundamental à moradia, em vista de ocupar o ápice normativo do ordenamento jurídico – artigo 6º da Constituição Federal –, gera, dentre outros, o efeito de vincular o legislador ordinário, impondo-lhe que legisle de forma a concretizar o acesso à moradia por todos os cidadãos.

¹⁵¹TEPEDINO. In: TEPEDINO, 2004, p. 286.

Mas não é só isso. O direito à moradia também vincula negativamente o Poder Legislativo, ao impor aos seus membros a proibição de editar leis que contrariem a determinação constitucional.

Ainda em relação ao direito à moradia, viu-se que, ainda que, em seu aspecto estrutural, a norma fosse considerada programática, implicando a alocação de políticas públicas, tal direito se qualifica como direito de defesa. Com isso, quer-se afirmar que quem já possui a sua moradia é titular de direito subjetivo negativo a que esse direito não seja violado.

Nesse passo de ideias, não nos restou outra conclusão senão a de considerar a norma do inciso VII do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, introduzido por meio do artigo 82, da Lei 8.245/91, incompatível com o programa constitucional, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana, ao lado de outros valores fundamentais como a vida, o desenvolvimento humano, o mínimo existencial, dentre outros

Por fim, acrescenta-se que este trabalho não teve por objetivo esgotar o assunto proposto, merecendo estudos mais aprofundados em virtude da relevância da matéria.

Referências bibliográficas

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia:** direito fundamental à moradia fente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **As obrigações e os contratos:** Projeto do Código Civil. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo6.htm>>. Acessado em: 22 set. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações.** 9.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio da dignidade da pessoa humana:** o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 1997, v.2.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **Problemas do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile: il contratto**. Milano: Giuffrè, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almeida, 1993.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v.3.

CHRISTIAN COURTIS, Víctor Abramavichy. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, E. P. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As constituições dos estados da União Européia**. Lisboa: Vislis, 2000.

GUERRA FILHO, Wilis Santiago (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Wilis Santiago (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la constitución. In: HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia contractual**. Buenos Aires: Ediar, 1977.

MARMITT, Arnaldo. **Bem de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Livraria do Advogado nº 56, set./dez., 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t.II.

_____. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t.IV.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, jul.-set./1993.

_____. Constituição e direito civil: tendências. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, a. 12, n. 16, jul./2000.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Fundamentos sóciojurídicos do bem de família (Lei 8.009/90). **Revista dos Tribunais**: São Paulo, a. 82, nº 691, 1993.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAULETTI, Maucir. Os contratos e a importância do controle das cláusulas abusivas. In: CARLI, Vilma Maria Inocência (coord.). **Teoria e direitos das obrigações contratuais**: uma nova visão das relações econômicas de acordo com os códigos civil e consumidor. Campinas: Bookseller, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.3.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2006. t. XLIV.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, a. 34, n. 107, set./2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Direito à Moradia como Fundamento para a Impenhorabilidade do Imóvel Residencial do Devedor Solteiro. In: SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia; et. al. (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SICA, Heitor Vítor Mendonça. "Questões polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia". In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **A inconstitucionalidade da previsão do art. 3, VII, da Lei 8.009/90**. Disponível em <<http://www.juristas.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Função social do contrato**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2005

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civi. In: _____. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

A QUESTÃO JURÍDICA SOBRE A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

GLYCIA MARQUES PEREIRA DARWICH:
Bacharelada do Curso de Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho-UNIRON.

LUCIANE LIMA COSTA E SILVA PINTO¹⁵²

(orientadora)

RESUMO: A presente escrita tenciona tratar sobre os impactos da morosidade nos processos de adoções, como também as consequências negativas ocasionadas nas vidas de cada criança e adolescente que carecem de um lar, demonstrando alguns fatos que pontuam a longa espera. O propósito é tratar de maneira breve os procedimentos no processo de adoção e a execução das atividades de alguns profissionais que têm comprometimento com esta causa. Com isso, essa pesquisa almeja dar voz àqueles que necessitam de apoio, que vivem sem acolhimento, que sofrem de maus-tratos, fome, abusos e outros. Os menores, vítimas dos exemplos citados, são colocados na adoção, esperando um aconchego para que possam tentar remediar as suas inseguranças, a falta de abrigo, de alimentação, de satisfação física e mental e, não menos importante, a falta da paternidade, do afeto e da atenção, que todos necessitamos, da mesma forma que necessitam ainda mais aqueles que são amedrontados bem no começo de seus longos anos de vidas. O impedimento não é a ausência dos requerentes à adoção e sim a lentidão nos tramites para que todo o processo venha a ser desenvolvido e concluído. Assim, o objetivo deste caso é a exposição da morosidade em relação a administração nos processos de adoção, sendo como um conjunto de pequenas falhas no que diz respeito a gerência de leis e comprometimento processual, como também, exigência dos adotantes em relação às crianças e aos adolescentes.

Palavras-chave: Direito. Adoção. Morosidade. Consequências.

ABSTRACT: This present written tends to treat about impacts of slowness in the adoption process, as well the negative consequences that may be affected in each child and each teenage lives that needs a home, showing some facts which characterize so much waiting. The purpose is deal in a very short way the procedure in adoption process and the execution of activities of some professionals that has commitment to this cause. With that, this research craves to give voice for those who needs support, the ones who lives without refuge, the ones who may suffer mistreatment, starving, abuses and others. Childs and

¹⁵² Advogada, Professora do curso de direito da UNIRON/RO. Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente-UNIR. Analista de Políticas Públicas pela IE/UFRJ.

teenagers that are victims of the said examples are put in a waiting line for adoption, trying to get a cosiness place that might cure their insecurities, the homelessness, lack of food, lack of physical and mental satisfaction and not less important the lack of a parenthood, affection and attention that we all need, and they need much more since they are frightened in the very beggining of their long lives. The impediment is not the absence of applicants to adoption, it is because of the slowness in the process to be completed. So, the objective in the whole case is to expose the slowness in management of adoption processes, being a series of small failures with regard of law management and processual commitment as well the requirement of adopters regarding the child and teenagers.

Keywords: Law. Adoption. Slowness. Consequence.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fundamentação teórica dos impactos da morosidade no processo de adoção: 2.1 Conceitos fundamentais para pensar a morosidade no processo de adoção: 2.1.1 O processo de adoção, adotante e adotado; 2.1.2 O poder familiar no processo de adoção; 2.1.3 A adoção tardia. 2.2 Aspectos históricos da morosidade na adoção. 2.3 Aspectos legais da adoção: 2.3.1 Os princípios que norteiam a proteção integral; 2.3.2 O direito fundamental à convivência familiar e comunitária. 3. A lentidão processual e seus impactos. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A adoção é a garantia do direito fundamental à convivência familiar e comunitária por meio da colocação em família substituta que ocorre devido à perda do poder familiar, ou seja, é uma seguridade que tem como objetivo proporcionar às crianças e adolescentes um bom desenvolvimento social e educacional, bem como ampliar as suas perspectivas de vida.

A duração em que os menores ficam acolhidos nos institutos pode ser decorrente do tempo nos trâmites processuais, sendo ou não concluída a adoção. Isso também ocorre devido a outros fatos, sendo inicialmente identificados como: a escolha dos adotantes acerca do perfil do adotado, delongas nas diretrizes de comunicação dos locais de adoção com a família biológica, prazos estipulados de maneira abrangente e ampla, filas de espera, entre outros, tornando o processo da adoção menos célere.

Desta forma, o tempo em que os menores ficam acolhidos nos institutos é decorrente de quais razões? É necessário que seja realizada uma análise minuciosa e também estabelecidas normas e procedimentos verdadeiramente organizados e efetivos, para que não ocorram frustrações e, decorrente disto, a permanência do menor, o retorno do adotado, ou a desistência de todo o processo adotivo. Os processos deveriam sempre ocorrer nos prazos dispostos em lei e a duração dos processos de adoção, que é compreendido entre o momento da habilitação até a adoção definitiva, deveriam perdurar

até no máximo 210 dias, sendo 120 dias para que a família seja considerada apta a adotar e mais 90 (noventa) dias de duração do estágio de convivência que acontece antes da adoção permanente, não devendo, portanto, ser um processo lento e muitas vezes prejudicial aos envolvidos.

Este artigo tem como objetivo examinar o tempo nos processos de adoção no Brasil e apurar a exigência dos postulantes em relação à escolha de perfis e também de padrões para crianças ou para adolescentes, que são pretendidos de adoção, verificando em conjunto o princípio da celeridade nos trâmites processuais, beneficiando de maneira objetiva o direito à vida destes jovens que foram negligenciados, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (1.988), no Código Civil (2.002) e no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1.990).

Este artigo é originário de uma pesquisa bibliográfica com caráter qualitativo, incitado por dúvidas, indagações e interesses no que diz respeito ao cumprimento dos prazos e abordagens processuais, juntamente com o retardo dos procedimentos legais da adoção, como também os impactos causados pela rigorosa escolha dos perfis dos adotantes em relação aos menores

A escolha do tema desta pesquisa está atrelada à delonga nos trâmites dos processos judiciais de adoção no Brasil. Normas são estipuladas para que as adoções sejam realizadas da forma mais amparada possível, com o propósito de assegurar um melhor adiantamento nas conclusões dos procedimentos da adoção, que por diversas razões acabam perdendo prazos e havendo a desistência das partes em relação à continuação do processo. As tentativas de que as crianças e adolescentes fiquem com as famílias naturais agravam ainda mais a situação, uma vez que somente após esgotados os esforços de retornar os menores para suas famílias biológicas é que enfim há o encaminhamento do indivíduo para a fila de espera de adoção, dando continuidade processual.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DOS IMPACTOS DA MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

A necessidade da segurança aos menores em desenvolvimento foi uma condição que surgiu como um clamor em decorrência dos tratados e convenções internacionais como a: Convenção dos Direitos da Criança, no ano de 1.989. Com esse surgimento, seus direitos foram definidos em lei garantindo proteção do menor, entretanto o Estado agia de forma repressiva e não obtinha obrigações com essa problemática, ou seja, essa doutrina não envolvia nenhuma forma de proteção à criança e ao adolescente, papel que era reservado à família.

O presente capítulo irá tratar sobre os conceitos da adoção no Brasil, a sua evolução histórica, quem são os envolvidos nos trâmites processuais, quais as possíveis

causas que originam a já identificada morosidade e o que isso afeta no direito da convivência familiar e comunitária dos menores, devendo estes serem os mais amparados pela indesejada desordem que lhes é arbitrada.

2.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA PENSAR A MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Faz-se necessário evidenciar nestas subseções os conceitos fundamentais do processo adotivo como um todo, citando quem são seus envolvidos, assim também a importância de definir e compreender o “poder familiar” que está diretamente interligado às obrigações parentais, tão quanto a possibilidade de ser feita uma adoção tardia, onde o adotado já atingiu a sua maioridade civil, estabelecendo os direitos, deveres e, principalmente, o amparo dos menores.

2.1.1 O processo de adoção, adotante e adotado

A adoção é o processo legal no qual aceita-se de forma espontânea uma criança desconhecida como filho, respeitando e seguindo as condições jurídicas para tal ato. Toda pessoa com mais de dezoito anos de idade, sendo casada, solteira ou em união estável, pode adotar uma criança ou adolescente. O adotante deve ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o menor pretendido de adoção. No âmbito jurídico, segundo as normas legais, o adotante é aquele que toma para si, na condição de filho, uma pessoa desconhecida, definindo um vínculo fictício de filiação. Por outro lado, o adotado é aquele reconhecido como filho por uma pessoa ou casal, que não são seus pais biológicos.

Podem ser adotadas as crianças e adolescentes com idade até dezoito anos os quais possuem pais falecidos ou que concordem com a adoção e que tiverem sido afastados do poder familiar. Esses indivíduos menores de idade, que são aptos para o acolhimento, são atendidos pela Justiça da Infância e Juventude, onde passam a residir em unidades de amparo até serem postos em uma família alternativa, podendo ser ocorrido através de tutela ou guarda. Os maiores de dezoito anos também podem ser acolhidos, porém passam a ser regidos pelo sistema de adoção de adultos, que é o Código Civil e julgados pelo juízo cível na vara de família.

Existem três modalidades na constituição de uma família, segundo o ECA, sendo elas: a família natural que é a comunidade estabelecida por pais e descendentes; a família extensa é aquela que vai além da parte dos pais e filhos ou de um casal, sendo formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente mantém vínculos de afinidade; a família substituta é regida de guarda, tutela ou adoção livre da situação jurídica da criança ou adolescente nos termos da lei. A colocação do menor nessa família será antecedida de preparação gradativa e acompanhamento posterior realizados pela equipe

interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pela política municipal que garante o direito da convivência familiar.

Quando cidadãos decidem adotar, estes devem se dirigir até a Vara da Juventude e Adolescência e manifestar o seu interesse. Os pretendentes deverão seguir os requisitos imprescindíveis e necessários para habilitação, dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de passarem por uma avaliação realizada por profissionais da Vara da Infância, como exemplo profissionais da área de psicologia e assistentes sociais. Após cumprir as condições pré-estabelecidas, o processo é encaminhado ao Ministério Público para que possa haver a deliberação, fazendo com que os pretendentes sejam inseridos no Cadastro Nacional de Adoção e assim serão classificados como capacitados para adoção.

A habilitação dos pretendentes é válida por três anos podendo ser renovada pelo mesmo período, portanto quando restarem 120 dias para a expiração deste documento, é recomendado que seja iniciado junto à Vara da Juventude e Adolescência o processo de adoção, uma vez que o prazo máximo estabelecido em lei para conclusão é justamente o período citado. Quando uma criança que possui o perfil solicitado pelos postulantes é encontrada, é estabelecido um contato pelo Poder Judiciário apresentando todo o histórico de vida do menor e, caso haja interesse no prosseguimento, é permitida a aproximação com a criança, monitorada pela justiça.

Caso essa convivência anterior tenha sido positiva, é iniciado o estágio de convivência, onde a criança ou o adolescente passa a residir com a nova família com acompanhamento da equipe técnica do Poder Judiciário por um prazo de até 90 dias, podendo também ser renovado pelo mesmo período.

2.1.2 O poder familiar no processo de adoção

É o conjunto de direitos e deveres pertencentes ao pai e a mãe que tem o compromisso de proteger e educar seus descendentes. Dessa forma o poder familiar é designado pelo Estado aos pais que devem zelar o futuro de seus filhos, sendo um conjunto de responsabilidades que formam o princípio constitucional da paternidade responsável. O poder familiar, que hoje é exercido pelos genitores em conjunto, é originário do "pátrio poder" que, antigamente, era um poder exclusivo ao pai, na época da vigência do Código Civil de 1.916. Após o surgimento do Estatuto da Mulher Casada, através Lei 4.121/1.962, houve mudanças no direito de família, possibilitando também que a mulher exercesse este poder.

O poder familiar é relacionado ao dever dos pais de sustento, guarda e educação dos menores, bem como o dever de cumprir ou de fazer cumprir determinação judicial, conforme artigo 22 do Estatuto. É o conjunto dos direitos e dos deveres que são imputados aos pais em relação a pessoa e aos bens dos seus filhos menores de dezoito anos. Esse

poder é definido como um composto de direitos e deveres pessoais e patrimoniais de encadeamento ao filho de menor. O artigo 24 do Estatuto mostra que a perda e a suspensão do poder familiar são decretadas judicialmente, com procedimento contraditório, em situações previstas na legislação civil, como também a possibilidade de inexecução injustificada dos deveres e obrigações imputadas no artigo 22.

A perda do poder familiar se dá por ato jurídico quando os pais castigam imoderadamente seus filhos, os deixam em abandono, praticam atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidem de forma regular no abuso de sua autoridade. Poderá também haver sua extinção nas hipóteses do Artigo 1.635 do Código Civil, como também o Artigo 1.638 alterado pela Lei n. 13.509/2017, em seu inciso V ao caput, bem como pela Lei n. 13.715/2018 inserida no parágrafo único, e em concordância ao Artigo 1.637 do Código Civil. Nessas circunstâncias, a criança ou o adolescente deve ser agregado em outra entidade familiar, qualificada como família substituta, tendo como principal ponto preencher o compromisso no tocante ao papel parental.

A família substituta decorre por meio de algumas definições jurídicas, podendo ser por meio da guarda, tutela ou adoção. A guarda como categoria da família substituta, de acordo com a norma do Estatuto é a modalidade destinada a reestabelecer a posse de verdade, obrigando que haja a prestação do auxílio material, moral e educacional para a criança ou adolescente. Essa cautela só cabe quando é descumprido o dever de guarda, que decorre do poder familiar, mencionado nos Artigos 1.566, IV; 1.583 e 1.584, caput, do CC/2.002. A tutela é a maneira de aplicação em família substituta que, além de compor a posse de fato do menor, também concede direito de representação ao curador, autorizando o gerenciamento dos bens e dos interesses do tutelado.

Como relatam Josiane Rose Petry Veronese e Mayra Silveira, “muito embora se assemelhe ao caráter protetivo do instituto da guarda, a tutela tem um raio de abrangência significativamente maior, sendo seu exercício incompatível com o poder familiar”. Já a adoção sob a visão do Estatuto, é a ação protetiva da situação em família substituta que determina o parentesco civil dos adotantes e adotados, pode acontecer quando há quebra de vínculo antecedente; constituição de nova relação; ligação entre adotantes; permissão dos pais biológicos; preferência dos adotandos; quanto ao período. A sentença de adoção destitui os pais biológicos do seu poder familiar e atribui aos novos pais.

2.1.3 A adoção tardia

A adoção tardia é o adjetivo usado para caracterizar a adoção de crianças maiores. É considerada “criança maior” a que já percebe a diferença do outro e do mundo, ou seja, aquela que tem uma certa independência do adulto para satisfação de suas necessidades básicas, como também o tempo de permanência da criança ou adolescente em instituição

de acordo com seu nível de desenvolvimento, que apresentem qualidades típicas de uma adoção tardia.

De acordo com o Artigo 39, parágrafo primeiro e juntamente com o Artigo 92 inciso II, da Lei nº 8.069/1.990, diz que antes do menor estar apto para a adoção, ou seja, antes de estar preparado para ingressar em uma família substituta, a Justiça deve primeiramente findar o contato tanto com a família natural quanto com a família extensa.

Este processo pode resultar no crescimento das crianças antes destas serem levadas à adoção e, quanto mais velhas, menores as probabilidades de serem adotadas. A adoção tardia é a menos requisitada pelos postulantes pois existe a insegurança dos adotantes sobre o conhecimento da história vivida pela criança, principalmente no fator psicoemocional. Também é algo advindo da parte do menor, pelo medo, de que haja um novo abandono. Com isso, se mesclarmos esses fatores vemos que há uma desarmonia tanto do adulto que pretende adotar quanto da criança que sonha em ser adotada.

Dessa forma, temos como consequências alguns problemas de adaptação, podendo haver uma grande dificuldade na acomodação familiar e da rotina, como por exemplo, as regras que a criança deverá seguir na nova família, entre outros. As crianças com idade de sete anos para cima são as que se enquadram na adoção tardia, porque há poucos pretendentes para essa faixa etária e, devido a isso, a quantidade de menores que residem nos abrigos é maior que a do número de adotados, tornando grande parte dos institutos sobrecarregados, sendo estes os filhos do Estado.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA MOROSIDADE NA ADOÇÃO

A adoção é praticada desde a antiguidade, possuindo significado diferente do que é vivenciado nos dias atuais. Nos povos antigos a adoção surgiu com a necessidade de se eternizar a família, estando assim mais ligada à religião do que ao próprio direito. Havia a precisão entre os antigos de manter o culto doméstico, sendo para eles a base da família, portanto as que não tivessem filhos naturais, estaria condenada a extinção. De acordo com o código de Hamurabi que surgiu por volta do ano de 1.700 a.C., considerado a primeira codificação jurídica a tratar da adoção com nove dispositivos ao assunto, bastava que alguém desse seu nome à uma criança, o criasse como filho e lhe ensinasse uma profissão para que houvesse a concretização da adoção.

Na Grécia Antiga, em Atena, a adoção era vista como ato formal de cunho religioso onde apenas homens livres maiores de dezoito anos que tinham posse podiam adotar, já as mulheres, que não eram vistas como cidadãs, não tinham o poder de adotar, em casos de ingratidão a adoção poderia ser revogada. Além disto, na fase romana existiam três formas de adoção: *arrogatio* (ad-rogação) onde um patriarca familiar era adotado por outro patriarca, tornando-se um incapaz pois perdia seus bens e sua família para o

adotante; a *adoptio* (adoção) onde era a adoção propriamente dita, o adotando mudava de uma família para outra; a *adoptio per testamentum* (adoção por testamento), os efeitos desta adoção ocorriam após a morte do testamenteiro, deixando dessa forma herança ao nome, bens e os deuses do adotado.

No Brasil, até o século XX a adoção não era juridicamente regular, sua prática só era permitida para casais que não tinham filhos biológicos, onde uma criança era deixada na "roda dos excluídos". Nessas rodas, as crianças eram deixadas na faixa etária de até sete anos. Girava-se o mecanismo que levava a criança para parte interna do instituto, sem revelar a sua origem, ocorrendo a última roda no Brasil ocorreu no ano de 1.950. Um novo código de menores, a Lei 6.697/1.979, integrou duas novas modalidades para adoção: a simples e a plena. A simples, era voltada ao menor encontrado em situação irregular (delinquente ou abandonado), era necessária a autorização judicial fazendo apenas uma alteração na certidão de nascimento. A plena, nela cessava-se todo vínculo com a família original da criança, seguindo a Lei 4.655/1.965.

Apenas casais com pelo menos cinco anos de casamento, onde um dos cônjuges tivesse mais de trinta anos de idade, poderia fazer a adoção plena, era irrevogável e destinada aos menores de sete anos. Em agosto de 2009, foi sancionada a Lei 12.010, que ampliou a filosofia do ECA quanto a falta de distinção legal entre os filhos de um casal, sendo eles adotivos ou biológicos, sendo criado também o cadastro nacional de crianças passíveis de adoção, reforçando o papel do Estado no processo. Todo o desenvolvimento legal e as determinações de diretrizes, etapas e prazos a serem cumpridos, regulamentados no ECA, tornaram o processo mais organizado e em contrapartida menos célere.

Conforme o infográfico elaborado por profissionais do Estadão, munidos de dados do IBGE e também do Cadastro Nacional de Adoção, as características físicas, condições de saúde e também a existência de irmãos, demonstram estatisticamente que há dificuldades tanto no processo adotivo quanto no perfil exigido pelos adotantes.

2.3 ASPECTOS LEGAIS DA ADOÇÃO

Toda criança tem o direito de viver com sua família e de ter os seus direitos resguardados, tendo proteção de todo e qualquer tipo de abuso. Sabendo que os direitos da criança e do adolescente são assegurados no Artigo 227 da Constituição Federal de 1.988, no Artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei 8.069/90.

Sendo assim, os direitos ali previstos asseguram que é dever de ambos os pais o pleno exercício do poder familiar em relação aos seus filhos. Quando há abuso ou desrespeito a um desses direitos que a crianças e adolescentes dispõem, poderão ser tomadas providências, sendo elas: a suspensão, a perda ou a extinção do poder familiar.

O cancelamento do poder familiar é a maneira mais grave de destituição deste poder e se dá por ato judicial quando os pais faltam aos direitos pertinentes de seus filhos. Esse direito poderá ser solicitado por qualquer parente do menor ou pelo Ministério Público, cabendo ao juiz tomar medidas que melhor assegurem o menor. Na perda do poder familiar, o vínculo biológico entre pais e filhos é mantido, sendo retirado apenas o direito de gerir na vida do menor, o direito de requerer e o dever de pagar alimentos se mantém. A única forma de anular o vínculo biológico é o meio da adoção, ou a colocação do menor em família substituta.

A suspensão do poder familiar é o controle no exercício da função dos pais, é estabelecida por decisão judicial e acontece quando um ou ambos os pais abusam da autoridade em relação aos filhos menores ou a falta com os deveres a eles inerentes. Já a extinção do poder familiar acontece com a cessação definitiva do poder familiar dos pais em relação ao menor e se dá pela morte de um ou ambos os pais, emancipação, pela adoção ou por decisão judicial. Quando é aplicada a perda do poder familiar, o menor é, em sua maioria, direcionado aos centros de acolhimentos para que seja realizada uma possível adoção.

A criança é registrada em nome de seus pais biológicos e quando o processo de adoção é concluído, o original é cancelado, fazendo-se um novo com os dados indicados pelos adotantes. O tempo de adoção segue conforme o perfil da criança ou adolescente que o adotado se oferece para adotar, quanto maior a exigência daquele que deseja adotar, mais tempo pode levar.

Para aqueles que se disponibilizam a adotar crianças de qualquer cor ou estado de saúde, sem exigência de idade e ainda que acolha irmãos, a adoção leva em geral seis meses.

2.3.1 Os princípios que norteiam a proteção integral

A doutrina da proteção integral é gerida por três princípios gerais, sendo eles: o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse e o princípio da municipalização.

O da prioridade absoluta é previsto na Constituição Federal de 1988 no seu Artigo 227, no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu Artigo 4º e Artigo 100, parágrafo único, inciso II. Tem como objetivo principal a proteção integral das crianças e dos adolescentes assegurando que haja a concretização dos seus direitos fundamentais citados nos referidos artigos. Levando em conta a condição de pessoa em desenvolvimento a criança e adolescente possui condição de fragilidade de pessoa em formação, devendo haver prioridade por todos os membros da sociedade, tais como a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público.

O princípio do melhor interesse tem origem no instituto protetivo do direito anglo-saxônico do *parens patrie*, onde o Estado concede para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados. A declaração dos direitos da criança em 1.959 adotou este princípio, com a sua importância já reconhecida na época estando presente no Artigo 5º do Código de Menores, a aplicação do melhor interesse era limitada para as crianças e adolescentes em situação irregular. O padrão deste princípio mudou quando a Convenção Internacional dos Direitos da Criança adotou a doutrina da proteção integral e reconheceu os direitos fundamentais para a infância e a adolescência. Trata-se então de um princípio orientador tanto para o legislador quanto para o aplicador que tem por objetivo determinar a preferência das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei para solução de conflitos e elaboração de futuras normas.

O princípio da municipalização tem como principal foco facilitar o atendimento dos programas assistenciais às crianças e adolescentes, uma vez que o município tem papel fundamental na assimilação das carências infanto-juvenis e na aplicação da doutrina da proteção integral, de acordo com o Artigo 203 da Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre a prestação da assistência social e seus propósitos.

2.3.2 O direito fundamental à convivência familiar e comunitária

A convivência familiar e comunitária é direito reservado para toda criança e adolescente de ser criado e educado em sua família original, e excepcionalmente se necessário, em família substitutiva de acordo com o Artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, se opta que a criança permaneça em sua família original, diferente de antigas épocas onde ao se perceber que a família era desestruturada, o Estado remetia às instituições de caridade e não se preocupava com os traumas e as possíveis consequências que seriam acarretadas. Assim, quando necessário, a criança e o adolescente são criados e educados por uma família substituta, devendo esta família concretizar todos os direitos previstos no Artigo 227 da Constituição Federal de 1.988, quando a família não puder por seus próprios meios fornecer esses direitos deverá recorrer ao poder público que terá que dispor todos os recursos necessários que garantam a convivência digna da criança junto a sua família.

Ocorrendo violações do direito da criança e do adolescente mencionadas na Lei nº 8069/90, o menor deverá ser afastado de sua família, sendo assim acolhendo a preservação do direito a convivência familiar e comunitária, o Artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece oito medidas de proteção. Portanto para que os menores possam desfrutar da sua fase de desenvolvimento, nada mais sensato que a permanência daqueles que possuem um vínculo de afetividade cabendo à família, à sociedade e ao Estado proporcionar tal direito.

Conforme dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, através do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA, é possível identificar no período compreendido entre os anos de 2.019 e 2.020, a quantidade de crianças acolhidas, crianças disponíveis para adoção e também as crianças que estão com o processo de adoção já iniciado. No ano de 2.021 o total de crianças acolhidas é de 29.302 enquanto o total de pretendentes é de 32.872, porém apenas 4.634 crianças estão em processo e adoção pelo Brasil.

3 A LENTIDÃO PROCESSUAL E SEUS IMPACTOS

É de se interpretar que o tempo em que as crianças e os adolescentes ficam acolhidos nos institutos é decorrente da demora nos trâmites processuais para que a adoção possa ou não ser concluída. Ocorre também devido a escolha dos adotantes no que diz respeito ao perfil daquele que será adotado, tornando o processo da adoção menos célere.

De acordo com as estatísticas apresentadas através do sítio digital G1 Globo Bem Estar, uma pesquisa realizada a pedido do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, apresentou que uma criança só é colocada para a adoção depois de quatro anos da perda do ambiente familiar, em média, nas principais regiões do Brasil (norte, sul e centro-oeste). Estes dados são de uma análise feita pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) e, para o presidente da entidade e coordenador do estudo, essa morosidade é a parte mais prejudicial do Judiciário, uma vez que tanta demora não resulta apenas na perda ou ganha de algum bem ou posse, mas sim diretamente na vida das pessoas que estão sendo tratadas, neste caso, dos menores e dos pais adotivos pretendidos.

Ainda conforme o estudo, apenas 10% das famílias aceitam uma criança com mais de cinco anos de idade, ou seja, com a demora nos processos, as crianças residem por mais anos nos abrigos. Há estimativas que apontam que, apenas um décimo das crianças espalhadas nos abrigos do Brasil, estão aptas para serem elegíveis à adoção. Como uma criança apenas pode ser adotada quando o vínculo com seus pais biológicos é desfeito, esse processo de remoção é uma grande problemática. Segundo o presidente da ABJ, o mais preocupante é o tempo em que é levado para haver a notificação entre o poder público e os pais biológicos, antes da criança ir para a lista formal de adoção.

Em consonância com o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), o juiz é obrigado a esgotar todas as possibilidades de citação, portanto é solicitado ofícios a todas as companhias telefônicas nas tentativas de localizar os pais. Se houver alguma notícia de parentes, também são solicitados ofícios na tentativa de localizá-los. Só este trâmite, por si só, pode perdurar anos, uma vez que são prazos legais e estabelecidos através da Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1.990, o ECA.

Em relação aos abrigos, a maioria são avaliados como locais “regulares”, tendo suas estruturas precárias, alta alternância dos colaboradores e grande falta de investimentos para a formação dos jovens que têm desafios a serem superados. No ano de 2014, o cadastro de aplicação para adoção foi reformulado, com o intuito de suprir as falhas apontadas como a qualidade dos registros e também um sistema de busca mais aprimorado.

O estudo ainda sugere algumas benfeitorias que possam vir a melhorar e desencadear um processo mais célere de adoção entre eles seriam a de agilizar a guarda da criança, cumprindo os prazos, aumentar o número de profissionais, melhorar os cursos com os adotantes, criação de varas especializadas em diminuir a insistência em manter os menores em suas famílias biológicas.

Sendo assim, fica claro que o ponto mais destacado atualmente é a situação jurídica, que está não está cumprindo de maneira eficaz os prazos processuais e que também se encontram com um grande número de recursos. Com um sistema lento, surgem problemas para aqueles que ficam por anos tentando adotar um menor, causando muitas vezes a renúncia ao processo para adoção. De acordo com a visão do senador Magno Malta: “a morosidade nos processos de adoção acaba contribuindo para que vidas sejam desperdiçadas”. Há registro de processos de adoção, iniciados por diversos postulantes em todas as regiões do Brasil e que estão aguardando por um longo período em filas, mesmo estando aptos para adotar.

Além dos fatores citados no decorrer do texto que colaboram com a demora da adoção, um outro ponto, afirma que a lentidão para a efetivação desses processos acontece pela falta de cumprimento dos prazos processos e quando este não é o caso, vem pela exploração da limitação que é estabelecida na legislação. Conforme Manoel Clístenes, titular da 5ª Vara da Infância e Juventude de Fortaleza e membro da Comissão de Adoção Internacional do Tribunal de Justiça do Estado, o prazo certo era de seis meses:

Há uma tentativa grande de procurar os pais ou a família ampliada para não romper esse vínculo, mas, muitas vezes, eles estão em outros Estados e até Países. Quando chega alguém querendo adotar, é comum aparecer algum parente alegando que deseja a guarda da criança, mas eles não vão em frente com o que dizem e isso acaba atrasando mais.

E complementa, ainda, que há a falta de varas de infância e juventude, o que vem a causar uma grande carga, causando ainda mais demora:

Em muitos municípios, apenas um local é responsável por toda a parte cível de crianças e juventude, que trata não só das crianças

desabrigadas, mas também de questões de guarda, pensão alimentícia e outras. Isso causa dificuldades na própria vara.

Dessarte, temos também, como complemento, a visão de Renato Scussel, Juiz titular da vara da infância e da juventude do Distrito Federal, em relação às críticas da lentidão processual:

Em certa medida, essa crítica tem uma razão de ser, mas está distorcida e equivocada, pois o processo de adoção não é demorado. O que demora é o processo de destituição do poder familiar, ou seja, a definição jurídica da situação da criança. Até a criança chegar a esse ponto, um caminho foi trilhado, pois a legislação estabelece que ela deve ficar no seio de sua família biológica, com pais ou parentes mais próximos. A própria família extensa demora a se mobilizar para ficar com a criança, e as entidades de acolhimento têm grande dificuldade, de ordem estrutural, para acompanhar cada caso ou se posicionar de uma forma adequada, a fim de dizer se a criança está apta a retornar à família ou não. Com essa demora, a criança acaba penalizada e se torna vulnerável aos riscos de abuso, de maus-tratos, de abandono, e a infância vai passando.

Com isso, complementa sobre o que imagina que possa somar e melhorar a atual situação processual da adoção:

Diminuir o tempo do processo com desburocratização, virtualização, cumprir prazos, aumentar o efetivo das varas da infância e da juventude tanto de juízes como de servidores, estruturar melhor as entidades de acolhimento para que se adequem à elaboração de estudos psicossociais, pois, quanto mais cedo detectamos a situação da criança, melhor é para a sua definição jurídica. Por fim, eu entendo que todos devem olhar para o tempo da criança antes de se concentrar no tempo do processo ou do adulto, pois aquele é urgente e é prioridade absoluta. Quando todos nós tivermos essa visão conjunta e conseguirmos decidir a situação jurídica da criança dentro do tempo dela, serão solucionados, em grande parte, os problemas da adoção.

O Conselho Nacional de Justiça adotou uma medida com o intuito de melhorar e agilizar o processo de adoção em todo o país. Decidiu de forma unânime que fosse recomendado aos Tribunais de Justiça a realização da contratação de profissionais como: psicólogos, pedagogos e assistentes sociais, para que eles pudessem auxiliar os juízes em

relação às causas que dizem respeito às famílias, às crianças e adolescentes. Essa medida é necessária pois o juiz não consegue avaliar de maneira singular se o menor tem a necessidade de ir para um abrigo ou ser adotado por alguma família determinada, sendo necessária a avaliação multidisciplinar e assessoria destes profissionais, que estão escassos na maioria das cidades, se tornando, portanto, mais uma causa para a lentidão processual da adoção.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante examinarmos que um fator extremamente relevante para a lentidão processual é o ciclo da tentativa de notificar a família biológica da criança e do adolescente antes da sua posição concreta para a entrada na fila de adoção, o que vem a causar ainda mais prejuízo em relação ao tempo, deixando o menor mais e mais recuado a um novo lar.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, no Artigo 39, parágrafo 1º, diz que a adoção só deve acontecer com a conclusão de todas as tentativas de manter a criança ou o adolescente na sua família natural ou extensa, processo que naturalmente demanda tempo útil.

Podemos também considerar, que os tramites processuais referentes a adoção percorrem vagarosamente e com constância a um caminho retrógrado. De acordo com os dados emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça, Associação Brasileira de Jurimetria e próprio Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, ficou evidenciado que no âmbito administrativo no que tange a adoção propriamente dita, estão sendo praticados os prazos diferentemente do que está estipulado na nova Lei de Adoção, que define esse intervalo em 120 dias para que seja concluído o processo adotivo.

A parte mais lesiva em relação ao atraso do judiciário é a burocracia existente das condições para ser adotado, onde na maioria das vezes, por tanta espera, o menor acaba atingindo uma idade pouco procurada pelos requisitantes, motivo de não enquadramento do perfil requerido.

Como indicado pelas revisões bibliográficas desta pesquisa, a diferença na relação entre o perfil especificado pelos adotantes acerca das crianças que os mesmos desejam adotar, bem como suas condições físicas e de saúde e o perfil real dos menores que se encontram nos abrigos, também é um dos fatores determinante e com reflexo negativo, pois poucos propõem-se a acolher uma criança com idade superior a cinco anos de idade o que faz com que fiquem por mais tempo em abrigos, segundo resultados do Cadastro Nacional de Adoção.

É evidente, portanto, que para termos um melhor avanço no que diz respeito a adoção como um ato jurídico, com presteza dos cumprimentos dos prazos, deve haver um

aperfeiçoamento nas Varas da Infância e da Juventude, juntamente com o aumento do número de profissionais qualificados para atuar na área. A reflexão sobre a adoção internacional também é um ponto positivo e a ser praticado, com a análise das constituições que operem nesse plano, que possam ter a capacidade de examinar quais os retardos dos métodos que reduzem o interesse da perfilhação estrangeira, exercer a investigação de casos de abrigos familiar no Brasil, pois a sugestão dos benefícios econômicos provém dos efeitos de outro domínio.

De acordo com a edição do *Adoption and Safe Families Act*. dos Estados Unidos da América, são aprovados os proventos das instalações de famílias substitutas proporcionando um acréscimo das adoções de crianças com necessidades especiais, também deve haver o aperfeiçoamento de cursos que ajudem os adotantes a terem uma visão mais transluzente sobre o ato de adotar. Não podemos jamais deixar escapar de nossas memórias que a adoção é um ato de amor, é a prática da benignidade e, o mais importante, é o refúgio de uma vida inteira.

REFERÊNCIAS

ADOÇÃO PASSO A PASSO. **O que é a adoção tardia**. 2017. Disponível em: <https://adocaopassoapasso.com.br/adocao-tardia/o-que-e-adocao-tardia/#:~:text=Por%20parte%20dos%20adotantes%2C%20em,medo%20de%20um%20novo%20abandono>. Acesso em: 23 mai. 2021.

ÂMBITO JURÍDICO. **Adoção à luz do Código Civil de 1916**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-87/adocao-a-luz-do-codigo-civil-de-1916/>. Acesso em: 08 abr. 2021.

ÂMBITO JURÍDICO. **A morosidade no processo de adoção no Brasil**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-morosidade-nos-processos-de-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 22 jun. de 2020.

BRASIL. **ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. °: 8.069, de 13 de julho de 1980. Senado Federal, Brasília: 3 edição, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito, 28 Ed. São Pulo: Saraiva, 2019.

DMORAES, Maria Celina Bodin. **O princípio da solidariedade**. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Frily (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.179, *apud* TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit.,p.209.

CENTRO UNIVERSITÁRIO FAG. **Adoção e os reflexos na morosidade de seu procedimento.** Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/55954bff23a9f.pdf>. Acesso em: 26 abr. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pretendentes Disponíveis x Crianças Disponíveis para adoção – Infográfico e Estatísticas.** Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall> Acesso em: 01 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil, uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário.** Poder Judiciário, Brasil: 2015.

CONTEÚDO JURÍDICO. **Direito Civil – a Evolução Histórica da Adoção por Tainara Mendes.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/26739/a-evolucao-historica-do-instituto-da-adocao>. Acesso em: 15 abr. 2020.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.38.

CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Aspectos teóricos e práticos.** Andréa Rodrigues Amin. [et al.]; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIÁRIO DO NORDESTE, **Burocracia e lentidão na Justiça dificultam a adoção de crianças.** Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/burocracia-e-lentidao-na-justica-dificultam-a-adocao-de-crianca/>. Acesso em: 05 mai. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** 17 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITONET. **Extinção, suspensão e perda do poder familiar.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9860/Extincao-suspensao-e-perda-do-poder-familiar>. Acesso em: 06 mar. 2021.

DIREITONET. **Poder familiar – Conceito, característica, conteúdo, causas de extinção e suspensão.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>. Acesso em: 03 nov. 2020.

DAVID, Fabiana. **Jusbrasil – Adoção no Brasil: a evolução da legislação em favor do adotado e da efetividade da Teoria da Proteção Integral.** Disponível em:

<https://fabianadavid.jusbrasil.com.br/artigos/611571770/adocao-no-brasil-a-evolucao-da-legislacao-em-favor-do-adotado-e-a-efetividade-da-teoria-da-protecao-integral#:~:text=A%20ado%C3%A7%C3%A3o%20surge%20como%20uma,a%20doutrina%20da%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20Integral>. Acesso em: 15 nov. 2020.

FILHO, Ramiro Machado. **O poder familiar visto sob a óptica do ordenamento jurídico brasileiro**. Tijuca: 2008. p.35.

GOMES, Luiz Flávio. **Quais são as formas de família previstas no ECA?** Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922240/quais-sao-as-formas-de-familia-previstas-no-eca>. Acesso em: 24 de fev. 2021.

G1 BEM ESTAR. **Demora na justiça faz criança perder chance de adoção, mostra estudo**. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/06/demora-da-justica-faz-crianca-perder-chance-de-adocao-mostra-estudo.html>. Acesso em: 21 mai. 2021.

JUS BRASIL. **A Adoção e a diferença mínima de idade entre adotante e adotado**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79633/a-adocao-e-a-diferenca-minima-de-idade-entre-adotante-e-adotado/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

JUS BRASIL. **Adoção no Brasil após alterações da Lei nº. 12.010/09**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76038/adocao-no-brasil-apos-alteracoes-da-lei-n-12-010-09-lei-da-adocao-modificando-a-lei-n-8-060-90-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente#:~:text=Na%20atualidade%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20brasileira,e%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.&text=A%20ado%C3%A7%C3%A3o%20visa%20extinguir%20la%C3%A7os,rela%C3%A7%C3%A3o%20familiar%20pelo%20ato%20socioafetivo>. Acesso em: 04 dez. 2020.

JUS BRASIL. **Artigo 41 da Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10616113/artigo-41-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>. Acesso em: 29 abr. 2021.

JUS BRASIL. **Código de menores e o estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146196/codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente/>. Acesso em: 20 mai. 2021.

JUS BRASIL. **Princípios orientadores dos direitos da criança e do adolescente**. Disponível em: <https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052432/eca-principios-orientadores-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente/amp>. Acesso em: 17 out. 2020.

JUS BRASIL. **Quais são as formas de adoção previstas no ECA**. 2011. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922240/quais-sao-as-formas-de-familia-previstas-no-eca>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MADEIRA, Kleber. **Jusbrasil - O que significam guarda, poder familiar e tutela.** Disponível em: <https://kleberruddy.jusbrasil.com.br/noticias/507841029/o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela>. Acesso dia: 22 de outubro de 2020.

MEDIUM. **Por que a adoção no Brasil demora tanto.** Disponível em: <https://medium.com/adotar/por-que-a-adoção-no-brasil-demora-tanto-5068d34208a4>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MENDES, Tainara. **A evolução histórica do instituto da adoção.** Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/26739/a-evolucao-historica-do-instituto-da-adocao>. Acesso em: 20 fev. de 2021.

MIGALHAS. **CNJ recomenda medidas para melhorar e agilizar a adoção de crianças no Brasil.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/23754/cnj-recomenda-medidas-para-melhorar-e-agilizar-a-adocao-de-criancas-no-brasil>. Acesso em: 04 out. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Adoção: Perguntas frequentes.** Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2213.html#:~:text=Toda%20pessoa%20com%20mais%20de,o%20adolescente%20que%20pretende%20adotar>. Acesso em: 11 out. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **ECA – Linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes.** Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2174.html>. Acesso em: 20 ago. 2021.

NINGUÉM CRESCE SOZINHO. **A história da adoção no Brasil.** Disponível em: <https://ninguemcrescesozinho.com.br/2016/12/12/a-historia-da-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 15 out. de 2020.

NORMAS LEGAIS. **Portal do direito sobre família.** Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/familia.htm#:~:text=FAMILIA%20FAMILIA%20EXTENSA%20FILHOS%20FAMILIA%20SUBSTITUTA&text=Entende%2Dse%20por%20fam%3ADlia%20natural,qualquer%20deles%20e%20seus%20descendentes.&text=A%20coloca%3%A7%3%A3o%20em%20fam%3ADlia%20substituta,adolescente%2C%20nos%20termos%20da%20Lei>. Acesso em: 08 nov. 2020.

NORMAS LEGAIS. **A Adoção de Crianças e Adolescentes.** 2021. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado/Guilherme de Souza Nucci.** Rio de Janeiro: Forense, 2018. 4ª ed. rev. Atual. E ampl.

PEPSIC. **Pedras no caminho da adoção tardia: desafios para o vínculo parento-filial na percepção dos pais.** Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2018000100012#:~:text=Dentre%20as%20principais%20dificuldades%20relatadas,vi%C3%A7%C3%A3o%20passadas%20para%20a%20crian%C3%A7a. Acesso em: 23 mai. 2021.

REPÓRTER BRASIL. **Lentidão da Justiça e exigências dos pais travam adoção.** Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2013/07/lentidao-da-justica-e-exigencias-dos-pais-travam-adocao/>. Acesso em: 08 mar. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZINI, Irene (coord.), RIZZINI, Irma, NAIFE, Luciene, BAPTISTA, Rachel. **Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil.** São Paulo: Cortez, p. 22.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** São Paulo: 2004. Saraiva. 28 Ed.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – Comentado artigo por artigo / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre, Rogério Sanches Cunha** – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SENADO FEDERAL. **A realidade brasileira sobre adoção.** 2013. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>. Acesso em: 23 mai. 2021.

SENADO FEDERAL. **História da adoção no mundo.** Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SENADO FEDERAL. **A adoção em 15 respostas.** Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/Ado%C3%A7%C3%A3o/not002.htm#:~:text=Quanto%20maiores%20as%20exig%C3%A7%C3%A3o%20daquele,leva%20em%20geral%20seis%20meses>. Acesso em: 19 mai. 2021.

SENADO FEDERAL, 2017. **Atividade Legislativa Art. 227.** Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_227.asp. Acesso em: 29 out. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu, 2020. **A adoção e a diferença mínima de idade entre adotante e adotado.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79633/a-adocao-e-a-diferenca-minima-de-idade-entre-adotante-e-adotado>. Acesso em: 14 dez. 2020.

TJES, 2021. **O que você precisa saber sobre a adoção.** Disponível em: http://www.tjes.jus.br/PDF/materias/curso_preparatorio_adocao.pdf. Acesso em: 15 jul. 2021.

TJDFT, 2017. **O olhar dos atores jurídicos sobre adoção.** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/junho/o-olhar-dos-atores-juridicos-sobre-adocao>. Acesso em: 08 mai. 2021.

TRIBUNA PARANÁ, 2013. **Exigências dos postulantes impedem adoção de crianças.** Disponível em: <https://www.tribunapr.com.br/noticias/parana/exigencias-dos-postulantes-impedem-adocao-de-criancas/>. Acesso em: 14 out. 2020.

UOLPAIS&FILHOS, 2019. **Os processos de adoção devem durar no máximo 120 dias agora.** Disponível em: <https://paisefilhos.uol.com.br/crianca/a-duraca-dos-processos-de-adocao-devem-durar-no-maximo-120-dias-agora/>. Acesso em: 20 de abr. de 2021.

VARGAS, Marлизete Maldonado. **A Adoção Tardia.** Doutora em psicologia e presidente da Ceicrifa (ONG que atua na formação de profissionais, realização de pesquisas e atenção direta a crianças e a famílias em situação de risco).

VASSOLE, Gilberto. **A perda do poder familiar e a concessão da pensão por morte.** São Paulo: Saraiva, 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

HUGO PERES MAGANHA: Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho trata dos direitos trabalhistas da mulher, que foram conquistados com o decorrer do tempo mas de forma que ainda são muito recentes. É cristalino que os homens ainda detêm vantagens no que concerne aos seus direitos trabalhistas e as mulheres enfrentam muito mais obstáculos. Levando em consideração que trata-se de um problema que ainda atinge milhares de mulheres trabalhadoras em todo o país, é necessário que sejam efetivadas medidas projetivas dos direitos destas para que possam competir de forma igual e justa com os trabalhadores do sexo masculino. Foram utilizados para a confecção do trabalho sites, monografias, artigos científicos e consulta na legislação em vigor. O objetivo do artigo é demonstrar que, apesar de todos os avanços que houveram no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há igualdade plena entre os gêneros no que diz respeito às relações de trabalho. Dessa forma, o trabalho conclui que porquanto ainda não existem medidas suficientes que neutralizem a vantagem que os homens têm por causa de seu gênero. Necessária, então, a conscientização de que a função social da mulher não é mais a mesma de anos atrás, e que esta agora enseja por conquistas pessoais que incluem uma carreira próspera.

Palavras - chaves: Assédio moral; Assédio sexual; Direitos trabalhistas da mulher.

ABSTRACT: This paper deals with women's labor rights, which have been conquered over time but are still very recent. It is crystal clear that men still have advantages with regard to their labor rights and women face much more obstacles. Considering that this is a problem that still affects thousands of women workers across the country, it is necessary to take projective measures of their rights so that they can compete equally and fairly with male workers. websites, monographs, scientific articles and consultation in the current legislation. The purpose of this article is to demonstrate that, despite all the advances that have been made in the Brazilian legal system, there is still no full equality between genders regarding Thus, the paper concludes that because there are not enough measures to counteract the advantage that men have because of their gender. It is therefore necessary to realize that the social function of women is no longer the same as it was years ago, and that it now gives rise to personal achievements that include a prosperous career.

Keywords: Bullying. Sexual harassment. Women's labor rights

1 INTRODUÇÃO

A partir da evolução social e da luta da classe feminina, esta ganhou espaço no mercado de trabalho se fazendo presente em diversas áreas. A evolução veio a colidir com costumes sociais, em que mulheres até então, atuavam unicamente no ramo das atividades domésticas.

Em razão do avanço social que direciona a mulher a uma visibilidade maior no círculo trabalhista, surgem os abusos e violência contra esta classe trabalhadora, fazendo-se necessária devida tipificação e execução na legislação, para que assim não as deixem em situação de desamparo.

Nesse trabalho também abordei sobre as formas de assédio sexual, as espécies do assédio sexual e quem são os sujeitos do assédio sexual.

Também observaremos que qualquer trabalhador poderá ser vítima do assédio sexual, isto porque não se restringe a apenas um alvo sexual, mesmo sendo muito maior a taxa de mulheres vítimas do crime em questão, o assédio pode ser cometido por um homem em relação a uma mulher ou vice-versa.

Dentre os principais abusos incêndios sobre a mulher trabalhadora, encontram-se os assédios moral e sexual no trabalho, sendo estes, formas de abuso de poder do superior hierárquico – como por exemplo chefe sobre o subordinado; ou empregador sobre o empregado – com o intuito de humilhar; instigado pedido de demissão; ou ainda, a obtenção de favores sexuais mediante ou não a coação do empregado.

Apesar da presente legislação que determina a não discriminação em razão de gênero, a igualdade sexual ainda não é uma realidade próxima a ser adquirida no ambiente empregatício, uma vez que nas situações de abusos, como nos assédios, o ônus da prova é da vítima, dificultando assim a efetiva aplicabilidade da norma nos casos concretos.

2 ASSÉDIO SEXUAL

Assédio sexual é o comportamento indesejado de caráter sexual, de forma verbal, não verbal ou física, com o intuito ou o efeito de perturbar ou constranger a vítima no assediador, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, degradante, hostil, desestabilizador ou humilhante.

2.1 Formas de Assédio Sexual

Pode-se assim dizer que existem duas formas de assédio sexual, sendo que este poderá ocorrer na forma vertical ou horizontal e para melhor compreensão se faz necessária uma melhor análise de cada um deles.

2.1.1 Assédio Sexual vertical

Essa forma de assédio sexual nada mais é do que aquele praticado pelo superior hierárquico, ou seja, aquele que possui poder de mando e chefia e que o empregado deve obediência na relação trabalhista, ou seja, é necessário nível hierárquico diferente.

Esse tipo de assédio pode ser dividido em vertical descendente e ascendente, o assédio sexual será o vertical descendente, pois esse é realizado pelo superior em relação ao inferior em uma relação trabalhista e vertical ascendente surge quando os subordinados realizam aquelas condutas tipificadas em face do superior hierárquico tendo por maior objetivo a retirada desse de seu posto de superioridade ou tendo alguma informação confidencial do empregador.

2.1.2 Assédio Sexual horizontal

O assédio sexual também pode ser cometido na forma horizontal. Diferentemente do anterior, esse não exige subordinação hierárquica, ou seja, não se faz necessário que o assediante seja o patrão ou o chefe do estabelecimento ou empresa e que o assediado seja empregado, subordinado.

2.2 Espécies de Assédio Sexual

Existe mais de uma espécie de assédio sexual, sendo que este pode ocorrer por chantagem ou por intimidação, como o apontado pela autora Alice Monteiro de Barros: "O assédio sexual por chantagem, traduz exigência formada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de trabalho". (BARROS, 1998, p.503).

2.2.1 Assédio Sexual por Chantagem

Esta espécie de assédio sexual é a que mais ocorre nas relações de trabalho, sendo que entre as duas é a única a ser observada pelo direito brasileiro, através da tipificação e punição pelo código penal, mesmo sendo apenas na área trabalhista.

A caracterização dessa espécie de crime se dá com o aproveitamento da condição de superior hierárquico do empregador, chefe, ou administrador, para forçar a vítima a satisfação de seus desejos sexuais sendo que a vítima manifesta receio a essa conduta, ou seja o superior deseja se satisfazer sexualmente mesmo contra a vontade do subordinado e para que possa conseguir realizar seus desejos ameaça a vítima de várias maneiras, dizendo que se ela não atender seu pedido poderá perder o emprego, ou ser transferida para uma localidade que dificulte a realização de suas tarefas, ou até mesmo a perda de alguma promoção ou benefício adquirido.

A prática desse crime pode ocorrer através do chamado *contraio sensu*, em que a vítima não é ameaçada com a perda de algo, mas com o ganho, assim o superior hierárquico faz promessas ao assediado. Como promoção de cargo ou indicação a algum emprego e até mesmo melhor do que o atual.

2.2.2 Assédio Sexual por Intimidação

Esta espécie de assédio sexual também é conhecida como assédio sexual ambiental, pois através das condutas praticadas pelo assediante no ambiente de trabalho torna-se sexualmente hostil, ou seja a vítima sente-se incomodada ou incapacitada a realizar suas atividades por conta daquilo que é feito a ela, podendo ser insinuações sexuais não correspondidas, solicitações sexuais, ou outros atos que contenham a mesma índole, com o objetivo de causar prejuízo a atuação da vítima ou de criar propositalmente alguma situação que venha a ofendê-la.

Ao analisar o tema pode-se compreender que “Nesta espécie, o elemento ‘poder’ é irrelevante, sendo o caso típico de assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, ambos na mesma posição hierárquica na empresa.

2.3 Sujeitos do Assédio Sexual

Devemos entender quais e quem são as figuras atuantes no polo ativo e passivo deste crime.

2.3.1 Sujeito ativo

Assim temos como principal sujeito ativo o empregador, chefe, administrador, proprietário e também o sócio que possui maior poder de mando. O assediador será aquele que chantageia ou intimida a vítima com o propósito de alguma satisfação sexual, fazendo com que essa se sinta com medo de perder o emprego caso não realize suas vontades ou prometendo bonificações.

2.3.2 Sujeito Passivo

Será considerado assediado aquele que é acometido por condutas sexuais do seu superior hierárquico sendo que este será seu empregador, patrão, chefe, administrador, proprietário e etc.

O assediador sempre será aquele que possui o poder de mando.

2.4 O Assédio Sexual da mulher no ambiente de trabalho

Assédio sexual é a abordagem, insistente ou não desejada, praticada pelo indivíduo que se encontra em situação de privilégio e aproveita deste para a obtenção de favores

sexuais do seu subordinado. Nos locais de trabalho sempre tem uma história de assédio, que foi vivenciada por uma mulher. Podem ser cantadas, piadas maliciosas, presentes impróprios e contatos físicos contra a vontade da mulher, como abraços, beijos ou atitudes íntimas. A maioria das vezes, o assédio é acompanhado por promessas de promoção ameaças de demissão, ou seja, o assediador se aproveita dessas situações para assediar a vítima.

Trata-se, de um comportamento inadequado contra mulher trabalhadora, considerado ofensivo, desagradável e impertinente.

A conduta é tipificada pelo Código Penal (CP) desde 2001, em seu artigo 216-A:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função." (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (BRASIL, 2001, p.605)

A agressão pode ocorrer por meio de chantagem ou por meio da intimidação. Na primeira hipótese, o superior pratica uma coação sobre o subordinado para a obtenção do favor sexual, muitas vezes ameaçando a demissão do empregado em caso de negativa. Na segunda hipótese, não há a necessidade de uma ameaça direta, apenas a presença da abordagem invasiva do indivíduo que se encontra em situação de superioridade, como cantadas e comentários desconcertantes.

A grande maioria das vítimas do assédio sexual no ambiente do trabalho são as mulheres e que se caracteriza como meio de controlar elas nas relações de emprego, ou seja, os assediadores aproveitam das relações de poder que tem sobre sua funcionaria para se aproveitarem dela, muitas vezes elas não denunciam o agressor. É crime e está previsto na legislação brasileira e de violação de direitos humanos.

São exemplos de assédio sexual insinuações, veladas ou explícitas, que possui caráter sexual; gestos ou palavras, escritas ou faladas, de caráter sexual; promessas de tratamento diferenciado; chantagens; ameaças, de perder o emprego; ofensa; perturbação,

diálogos indesejáveis relacionadas a sexo; piadas relacionadas ao lado sexual; contato físico forçado; convites sexuais contra a vontade do empregado; pedidos importunos; querer que a trabalhadora de vista com roupas inadequadas que consiste em exibir suas partes íntimas; criar um ambiente relacionado ao pornô.

Encontram-se duas formas de assédio sexual, a vertical e a horizontal. A vertical ocorre quando a pessoa, em posição hierárquica superior, aproveita que é o chefe para oprimir alguém, intimidando-a, pressionando-a para obter algum favor relacionado ao sexo. Essa forma clássica de assédio é caracterizada como crime e aparece descrita no Código Penal. A horizontal é quando a pessoa é ser assediada ou constrangida por colegas de trabalho e não por superior hierárquico. Essa forma não é "crime de assédio" previsto no Código Penal brasileiro, embora a conduta possa também ser punida penalmente, enquadrada em outros tipos penais.

A dignidade humana é ferida pelo assédio sexual e demais direitos fundamentais dos servidores públicos, dos estagiários e empregados. Desobedece aos direitos dos trabalhadores à igualdade de oportunidade, de trabalhar em segurança, além prejudicar a saúde do trabalhador. As vezes as pessoas mantem em sigilo que foram assediadas e por conta disso acaba escondendo o tamanho real desse problema

Os danos das vítimas são: privação da autonomia; a integridade psicológica e física acaba ficando afetada, que decorre da perda emocional causada pelo assédio, do sentimento de vergonha, a pessoa se isola e da introjeção da culpa mediante questionamento da própria conduta; significativa redução da autoestima; diminuição da produtividade; afastamentos por doenças; desligamentos, aumento dos acidentes que acontecem no ambiente de trabalho e as vítimas acabam sofrendo em relação a saúde mental e física em função da pressão que elas sofrem no ambiente de trabalho.

Depois que a mulher se incluiu no mercado de trabalho, verificou-se por diversas vezes diferença de gênero. As injustiças aplicadas às mulheres nas atividades econômicas são proeminentes. Recebem salários menores apenas pela condição de ser mulher, ficam sujeitas à demissão no caso de necessitarem da licença maternidade e ainda são as vítimas mais recorrentes de assédio sexual no ambiente empregatício. Em 2011 foi realizada uma pesquisa pelo grupo ABC, onde constatou-se que uma a cada quatro mulheres, uma já sofreu esse tipo de agressão, e ainda, 59% destas não prestaram denuncia por acreditar que seria ineficaz.

O número de denúncias relacionadas a este tipo de assédio é crescente, mas isso não mostra como é a realidade. Segundo o Ministério Público do Trabalho, em 2012, foram denunciados 165 casos de assédios sexuais em ambientes de trabalho, e em 2017, esse número saltou para 340 ocorrências, mas a quantidade de assédio que acontecem no cotidiano é bem maior, porque grande parte das mulheres não denuncia o assediador que

está na mesma empresa que ela e com isso o assédio vira uma rotina na vida dela causando prejuízos psicológicos. A mulher não denuncia os agressores porque elas têm vergonha ou medo de se expor, com isso o número de vítimas que mantem os assédios em sigilo é alto.

A grande parte dos assediadores se aproveitam do machismo, que não repreende a conduta, assim culpa a vítima e impede a denúncia, pois para eles esses tipos de ações não são nada para eles ou como se fosse tudo normal, são só elogios ou no máximo ações que foram mal interpretadas pela mulher trabalhadora.

É de se animar ao ver que empresas de grande porte, influenciadoras, estão cada vez mais preocupadas aos casos de assédio sexual. Infelizmente estas ações não são pontuais, pois apenas alcança casos que possuem grande visibilidade. É de se esperar uma cultura nova que seja organizacional, onde as mulheres possam se sentir seguras no seu ambiente de trabalho, sem serem ameaçadas e que sejam tratadas com competência e respeito. O número de mulheres que não se calam são poucas, denunciam os assediadores, contam as próprias histórias e cobram da sociedade uma grande mudança de postura.

Apesar da ilegalidade do ato, a grande maioria das mulheres preferem a demissão que prestar a devida denúncia, por se tratar de uma situação de constrangimento. Logo a impunidade do agressor permanece intacta, expondo outras mulheres à possibilidade de agressões posteriores. Se você conhece uma vítima, apoie e encoraje a denúncia, sempre respeitando a decisão dela já que é ela quem terá de enfrentar as consequências. Se você for vítima, não se cale. Denuncie!

O assédio sexual no trabalho precisa ser analisado com a sua devida gravidade, e não como algo comum e desimportante. É também, de uma imprescindível necessidade a flexibilização da legislação acerca do ônus da prova, sendo desvantajoso para a vítima a necessidade de obtenção das evidencias necessárias para a procedência de uma possível denúncia do abuso de cargo por parte do chefe.

No direito comparado, como na legislação dos Estados Unidos, imputa-se ao acusado a comprovação da não ocorrência do assédio; desta forma dá-se uma maior proteção à integridade física e moral da mulher trabalhadora.

FIGURA 1 - ASSÉDIO SEXUAL



Fonte: Google Imagens (2021)

3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE SEXUAL

O conceito de liberdade pode ser entendido como, o agir de acordo com sua própria vontade, em que esse agir não dependa da autorização de ninguém. Esse Princípio é tão importante que está descrito inclusive na Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso II, que diz: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei.

A liberdade sexual de um indivíduo deve ser respeitada. Todos possuem o direito de se relacionar com quem quiser, respeitando a vontade do outro e esse é o ensinamento que deve ser seguido, mas existe pessoas que utilizam dessa liberdade, principalmente no ambiente do trabalho, para tirar vantagem devido sua posição hierárquica, cometendo assédio sexual de forma física e também psicologia ao impor situações vexatórias e constrangedoras aos seus subordinados.

4 MEDIDAS DE COMBATE E PREVENÇÃO

Após análise referente às medidas de punição do autor do assédio sexual e a questão da legislação penal sobre esse crime, se faz necessário abordar um dos tópicos mais importantes desse trabalho, talvez sendo o de maior importância.

Criar medidas de combate e principalmente prevenção do crime de assédio sexual é um objetivo a ser alcançado pelas empresas e empregadores, isto porque o assédio sexual é um crime, cujas consequências são catastróficas, tanto para aquele que pratica, quanto para aquele que sofre, como já observado anteriormente.

Há várias formas de se combater e prevenir o assédio sexual laboral, sendo que podemos citar como algumas formas, as políticas públicas de educação, sendo essas de maior responsabilidade do Estado, pois através de uma adequada e reconhecida educação

nas escolas, iria surtir efeito não apenas em relação ao crime em análise, mas em todos os setores da sociedade carentes de educação, além disso podemos citar o interesse das empresas e empregadores em criar medidas de combate e prevenção, através de palestras, cartilhas de comportamento, e repreensão de forma mais eficaz daquele que comete tais condutas, além da criação de meios de comunicação diretos e sigilosos sobre esse assunto e relacionados, para que a vítima não se sinta envergonhada, culpada, e reprimida pelos demais colegas de trabalho por ter maiores “atenções” do chefe por exemplo.

Há necessidade de pontuar que é de extrema importância, que as empresas no momento da contratação, disponibilizem para seus funcionários, manuais de comportamento interno, alertando-os sobre aquilo que é aceitável e o que não é, demonstrando as efetivas consequências e medidas a serem tomadas pela empresa no caso do crime de assédio sexual for cometido por algum de seus empregados.

5 DISCRIMINAÇÃO À CONDIÇÃO DO GÊNERO

Discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na cor, raça, religião sexo, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outros critérios de discriminação, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento

5.1 Das práticas discriminatórias à condição do gênero feminino

A discriminação pode ser feita de forma indireta, quando uma regra, critério ou prática neutra que coloca pessoas que possuem algumas determinadas características em desvantagem em relação as outras pessoas, de forma injusta e não explicada. A pessoa é discriminada e acaba não tendo oportunidades iguais aos colegas de serviço e com isso o chefe viola o princípio geral de igualdade de tratamento e de acesso a oportunidades.

Na sua forma direta é quando, em razão do seu gênero, origem, raça, opinião política, religião, deficiência, idade, situação familiar, estado de saúde, dentre outros, quando alguém é tratado de forma menos favorável do que outra pessoa.

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 5º deve ser resguardados todos os direitos inerentes à condição de gênero no ambiente empregatício:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988, p.66)

Entretanto, na prática o ambiente de trabalho é tido como caótico para a mulher, submetendo-a a situações de assédio, – como as discorridas anteriormente–as constringendo a situações injustas, como o pagamento de salário inferior aos expedidos aos homens que realizam as mesmas tarefas ou a exigência de exames de gravidez.

Segundo a Lei 9.029/95, fica proibido às empresas empregatícias a exigência do atestado de gestação no momento da contratação como forma de esquiva da concessão do auxílio maternidade, ou ainda possíveis instigações à esterilização da empregada como forma para obter mais produção para uma determinada empresa:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa. (BRASIL, 1995, p.1669)

Além da mulher necessitar do atestado de gestação, ela ainda sofre o ato discriminatório em diversas outras situações, como por exemplo a discriminação estética, que ocorre no momento da contratação das secretárias, por exemplo, que devem como requisito profissional, a necessidade de serem bonitas, desprezando assim, todas as capacidades profissionais e técnicas do indivíduo em questão.

Há dois tipos de discriminações a indireta e a direta. A discriminação indireta consiste quando uma regra, critério ou prática neutra que coloca pessoas que possuem algumas determinadas características em desvantagem em relação as outras pessoas, de forma injusta e não explicada. A discriminação direta consiste no uso de critérios como etnicidade, idade, religião, cor de pele, orientação sexual, gênero, deficiência, nacionalidade e outros, com intuito de desfavorecer uma pessoa em relação a outra.

O tratamento diferenciado não irá ser discriminatório quando for uma justificativa e um motivo legítimo, que estão interligados com que o empregado necessite parar se desempenhar em uma atividade estabelecida pelo seu chefe. Não é discriminação a adoção de tratamentos e de medidas para compensar desigualdades de oportunidades que possam afetar alguns grupos.

Apesar de assegurado na legislação brasileira o princípio da isonomia, de fato este atualmente não é respeito. A falta de devida fiscalização por parte dos fiscais do trabalho acerca do assunto aqui abordado desqualifica toda a efetividade da norma constitucional, posto que a mulher, por diversas vezes, se submete às exigências abusivas, que promovem a desigualdade de gênero por estrita necessidade de aquisição do emprego em questão.

FIGURA 2 - IGUALDADE DE GÊNERO



Fonte: Google Imagens (2017)

6 INDENIZAÇÃO TRABALHISTA

É um direito dos trabalhadores e uma obrigação que as empresas devem cumprir. A indenização tem a função de minimizar algo que aconteceu de ruim ou que o trabalhador no seu horário de trabalho. Cálculos de indenizações trabalhistas. Elas são

calculadas em base ao salário do funcionário. Quanto mais grave, maior será o número de salários que o funcionário irá receber.

Existem quatro tipos de indenizações, que são: de natureza leve (até três vezes em relação ao salário do empregado), grave (vinte vezes em relação ao salário do empregador), gravíssima (cinquenta vezes em relação ao salário do empregado) e a média (cinco vezes em relação ao salário do empregado). O limite a ser pago pelo empregador ou empresa é até cinquenta vezes do salário do empregado, esse limite é só para danos extrapatrimonial.

7 CONCLUSÃO

Conforme a informação anteriormente explanada entende-se que apesar das normas protetivas aos direitos trabalhistas das mulheres, ainda se verifica a obtenção de vantagens dos homens em razão do preconceito existente relativo às condições de sexo.

A obtenção da correção que resulte na efetividade do princípio da isonomia somente será obtida a partir da devida aplicabilidade destas normas, e da conscientização social de que a mulher hoje necessita de respeito durante o exercício de suas atividades, e em todo o cotidiano.

Infelizmente as mulheres são vistas como responsáveis pelos trabalhos domésticos pelos homens. Muitas mulheres já trabalham em empresas e diversos outros tipos de trabalhos, é importante que as mulheres continuem lutando pelo seu direito e pela igualdade de gênero e mostre para todos que elas são realmente capazes e eficazes de realizar qualquer tipo de atividade em uma empresa.

E ainda, é necessária também, a conscientização da própria mulher, para que esta busque amparo jurídico nos casos em que houver os abusos para que assim facilite a correção deste tipo de violência, por meio da aplicação das penas previstas. Infelizmente algumas mulheres sentem vergonha de relatar e denunciar o assédio e com isso muitas acabam pedindo demissão em vez de denunciar o assediador.

Se você conhece uma mulher que frequenta esses problemas no seu ambiente de trabalho, ajude-a, pois muitas mulheres sofrem e muitas vezes as sequelas são permanentes. Aconselhe-a buscar amparo jurídico, assim ela irá ver seus direitos em relação ao assédio e com isso o oportunista poderá se responsabilizar por todo mal que faz para essa mulher.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 6 mai. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei 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/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 mai. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452, de 1 de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 4 mai. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei 9.029, de 13 de abril de 1995**. Diário Oficial da União, Brasília, 13 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 6 mai. 2016.

CORTES, L. **A mulher está mais sujeita ao assédio em todas as carreiras**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/a-mulher-esta-mais-sujeita-ao-assedio-em-todas-as-carreiras>. Acesso em: 4 mai. 2016.

FEMIANO, G. S. A. Práticas discriminatórias contra a mulher nas relações de trabalho. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/adv/georgiaandrade/artigos/praticas-discriminatorias-contr-a-mulher-nas-relacoes-de-trabalho-406>>. Acesso em: 6 Mai. 2016.

SOUZA, M. **52% das mulheres já sofreram assédio no trabalho**: falta de provas dificulta condenações. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2013/03/08/52-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-no-trabalho-falta-de-provas-dificulta-condenacoes.htm>>. Acesso em: 6 mai. 2016.

VAZ, B. **A luta das mulheres contra o assédio sexual**. Disponível em: <<https://juntos.org.br/2014/06/a-luta-das-mulheres-contr-o-assedio-sexual/>>. Acesso em: 6 mai. 2016.

OLIVEIRA, Eunício. **Assédio moral e sexual no trabalho**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho>>. Acesso em: 14 nov. 2019

DECIDE, Ela (Site). Assédio no trabalho: uma realidade na rotina de muitas mulheres. Disponível em: <<http://www.eladecide.org/futuro/assedio-no-trabalho-uma-realidade-na-rotina-de-muitas-mulheres/>>. Acesso em: 14 nov. 2019

ONE, Finance, Indenização trabalhista: o que é e como funciona. Disponível em: <<https://financeone.com.br/indenizacao-trabalhista/>>. Acesso em 15 mar. 2020

PAMPLONA, Rodolfo, Assédio Sexual: Questões Conceituais. Jus, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6826/assedio-sexual/2>>. Acesso em: 08 de agosto de 2021)

CARAMIGO, Ventura, Assédio sexual: um crime muito falado, mas pouco conhecido, Canal Ciências Criminais, 2006. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/assedio-sexual-um-crime-muito-falado-mas-pouco-conhecido/>>. Acesso em: 09 de agosto. 2021.

ALEXANDRINO, O assédio sexual na visão do Direito do Trabalho. JUS.COM.BR. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4476/o-assedio-sexual-na-visao-do-direito-do-trabalho>>. Acesso em: 15 de agosto. 2021.

MARQUES, **O Assédio Sexual Feminino, 2016.** Disponível em: <[https://istoe.com.br/103744 O+ASSEDIO+SEXUAL+FEMININO/](https://istoe.com.br/103744-O+ASSEDIO+SEXUAL+FEMININO/)>. Acesso em: 09 de agosto. 2021.

RIBEIRO, Assédio sexual no trabalho: o que é, quais os tipos e como identificar, 2019. Disponível em: <[Assédio sexual no trabalho: o que é, quais os tipos e como identificar - Seu Direito | Seu Direito - Diário do Nordeste \(diariodonordeste.com.br\)](#)>. Acesso em: 18 de agosto de 2021

REPARAÇÃO DO DANO MEDIANTE AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*: APLICABILIDADE E EXECUÇÃO NO DIREITO CIVIL

ADRIANA DE LIMA FELIZARDO:
Bacharel em Direito pela ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA

RESUMO: Diante de um fato criminoso praticado por determinado sujeito, são observáveis três efeitos decorrentes dessa conduta, quais sejam: Penal, Administrativo e Civil. O primeiro consiste na aplicação de uma pena por meio do processo penal, o segundo, diz respeito ao funcionalismo público e consiste na submissão a um processo administrativo disciplinar, enquanto que o terceiro efeito possível, visa a recuperação do dano, a ser exigida por meio da Ação Civil "Ex Delicto". Dessa forma, a ação civil ex delicto é a ação que tem por finalidade reparar um dano, tanto moral como material, proveniente de um ilícito penal que o objeto é uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, um título executivo judicial, proposta contra o agente causador do dano ou contra que a lei civil apontar como indenizador. O presente estudo, portanto, teve por objeto, analisar o instituto da ação civil "ex delicto" na esfera civil, sob a luz do sistema de independência entre as esferas civil e penal, apreciando, ainda, as excludentes de ilicitude previstos no artigo 23 do Código Penal. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica partindo-se do levantamento das disposições relacionadas à reparação do dano, presentes na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal e no Código Processual Penal.

Palavras-chave: Reparação do Dano. Ação Civil "Ex Delicto". Aplicabilidade. Execução.

ABSTRACT: Faced with a criminal act committed by a certain subject, three effects arising from this conduct are observable, namely: Criminal, Administrative and Civil. The first consists in the application of a penalty through criminal proceedings, the second concerns the civil service and the submission to a disciplinary administrative process, while the third possible effect aims at the recovery of the damage, to be demanded through of the "Ex Delicto" Civil Action. Thus, the ex delicto civil action is the action that has the purpose of repairing a damage, both moral and material, arising from a criminal offense that the object is a final judgment, that is, a judicial enforcement order, proposed against the agent causing the damage or against which civil law appoints as indemnity. The present study, therefore, aimed to analyze the institute of civil action "ex delicto" in the civil sphere, in the light of the system of independence between the civil and criminal spheres, while also considering the exclusion of illegality provided for in article 23. of the Penal Code. To this end, a bibliographic search was carried out starting from the lifting of the provisions related to the reparation of the damage, present in the Federal Constitution, the Civil Code, the Penal Code and the Penal Procedural Code.

Keywords: Damage Repair. Civil Action "Ex Delicto". Applicability Execution.

INTRODUÇÃO

A ação civil *ex delicto*, ou, ainda, *actio civilis ex delicto*, constitui ação ajuizada pelo ofendido na esfera cível no intuito de obter indenização pelo dano causado pela infração penal, quando existente, tomando por base o princípio da *neminem laedere*, que define não ser permitido a ninguém lesar direito de outrem, e quem o faz, pratica um ato ilícito. Mais especificamente, nesse caso, o prejuízo sofrido por alguém não é na esfera civil, e sim na penal, sendo a causa de pedir o fato criminoso.

Dessa forma, sempre que se é cometido um ilícito penal, surge uma pretensão punitiva que enseja em ação penal e aplicação de pena ou medida de segurança aos culpados, sendo que, na maior parte das vezes, estabelecida uma pretensão civil, a fim de se reparar o dano causado. Assim o é, pois em regra a violação de um interesse penalmente protegido também enseja em prejuízo. Em contrapartida, cometendo-se um ilícito civil, só haveria em uma pretensão punitiva penal se o ato estivesse tipificado no Código Penal.

A legislação criminal vigente, sempre que possível, prima pelo ressarcimento da vítima, conforme tacitamente observado na Constituição Brasileira e no Código Processual Penal, que prevê o instituto da ação civil *ex delicto*, voltado para a reparação da vítima, de modo que a ação civil *ex delicto* é uma ação de execução a ser proposta pela vítima, contra o agente do crime, a fim de se obter reparação.

O Código Civil Brasileiro, por sua vez, determina no art. 927: "aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Os atos ilícitos estão definidos no Diploma Civil nos arts. 186 a 188, aduzindo 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" (art. 186).

Assim, vale ressaltar que, embora esteja prevista no Código de Processo Penal, em seus artigos 63 ao 68, essa ação é proposta no âmbito cível. Ou seja, em hipótese de dano em decorrência de um ilícito penal, pode o interessado entrar com ação na sede civil a fim de satisfazê-lo, independentemente de ajuizamento de ação de condenação pelo crime cometido na sede penal, em obediência ao sistema adotado no Direito brasileiro, que é o da independência da jurisdição.

2 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

A prática de um crime, usualmente, ofende um interesse jurídico da sociedade, acarretando uma lesão real ou potencial à vítima, e disso origina o *jus puniendi* para a aplicação da sanção penal, concomitantemente com a obrigação de reparar civilmente o ilícito cometido. Assim, da prática de um delito surgem, em regra, duas pretensões: (i) uma

do Estado, de sancionar penalmente o agente e (ii) outra da vítima, de buscar a reparação pelo ilícito que sofreu em razão do delito.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X, prevê a indenização por dano moral como proteção a direitos individuais:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da **indenização** por **dano** material, moral ou à imagem; ... A doutrina entende que, para a caracterização do **dano** moral, é necessário o preenchimento de três requisitos: ato ilícito, demonstração do **dano** e nexo de causalidade.

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o **direito a indenização pelo dano material ou moral** decorrente de sua violação;

(BRASIL, 1988) (grifos do autor)

A obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outrem constitui a chamada responsabilidade civil, mediante à especificação das condições que uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo. A reparação do dano é feita por meio da indenização, que é quase sempre pecuniária. O dano pode ser à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa, através do recurso conhecido como ação civil *ex delicto*.

Conforme NUCCI, a ação civil *ex delicto* é a ação "ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização pelo dano causado pelo crime, quando existente". (NUCCI, 2015, p. 233).

Edilson Mougenot Bonfim, por sua vez, ensina que a ação *ex delicto*

É uma proposta no juízo civil pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros para obter a reparação do dano provocado pela infração penal. Abrange tanto o ressarcimento do dano patrimonial como a reparação moral (BONFIM, 2011).

O Código de Processo Penal prevê duas formas de a vítima buscar a reparação civil pelos danos sofridos em razão do delito: a) a execução civil *ex delicto*, tendo como base uma sentença penal condenatória transitada em julgado que servirá como título executivo judicial, conforme o art. 63, CPP; ou b) a ação de conhecimento *ex delicto*, em que a vítima

ajuizará uma ação diretamente perante o juízo cível, tendo como causa de pedir o delito do qual foi vítima, consoante o art. 64, CPP.

Faz-se mister destacar, por fim, que a ação penal e a *actio civilis ex delicto* não se confundem, uma vez que a ação penal tem por escopo realizar o Direito Penal objetivo, com vistas à aplicação de uma pena ou medida de segurança ao criminoso, enquanto que a *actio civilis* tem por objetivo precípua a satisfação do dano produzido pela infração. O que pode acontecer é de a infração penal gerar prejuízo à vítima, que poderá beneficiar da ação civil *ex delicto*.

2.1 Sistema de independência entre as esferas civil e penal

Em virtude de referir-se a uma ação que abarca os ramos cível e criminal, faz-se oportuno mencionar a independência entre o juízo penal e o juízo cível, que consiste na possibilidade de obtenção de decisões judiciais diversas sobre um mesmo e único fato. Haverá casos em que será permitido o ajuizamento simultâneo dos pedidos (penal e cível) em um único juízo (em regra, o penal), enquanto que em outros prevalece a separação entre as instâncias, verificando-se maior ou menor grau de independência entre elas.

Dessa forma, a prática de um ilícito penal pode (ou não) gerar um ilícito civil. Clássico é o exemplo do homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, CTB), que gerará (i) uma sanção penal e (ii) o direito dos familiares da vítima a uma indenização civil (art. 948, CC). O inverso também é verdadeiro, podendo, assim, haver um ilícito civil sem um ilícito penal (o que ocorre na infinita maioria das vezes, diante do caráter residual de aplicação do Direito Penal), como no caso de um mero descumprimento contratual.

Como bem afirma Arnaldo Rizzardo, “uma conduta pode, no entanto, acarretar violação civil e penal, trazendo, assim, dupla ilicitude. Ao mesmo tempo em que está cominada uma sanção penal, consta prevista a responsabilidade civil, impondo a indenização” (RIZZARDO, 2011, p. 48).

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 205), no Brasil, adota-se o sistema de independência relativa ou mitigada, em razão da existência de uma subordinação temática de uma instância a outra, especificamente em relação a determinadas questões, onde o juiz penal tem autonomia para decidir o âmbito penal e o juiz do cível tem autonomia para decidir as questões civis de indenização.

Nesse contexto, a Lei nº 11.719/08 alterou o art. 387 do Código de Processo Penal (CPP), de modo a incluir no inciso IV o dever de o juiz, na sentença condenatória, fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira,

Consoante os termos do previsto no art. 63, parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, a vítima ou legitimados arrolados no caput do mesmo dispositivo (art. 63, CPP) poderão executar, desde logo, no Juízo Cível, a parcela mínima reparatória constante do art. 387, IV, CPP, sem prejuízo de prosseguir na apuração do montante efetivamente devido. (OLIVEIRA, 2010, p. 206).

Destarte, a via judicial a ser escolhida para ajuizar a ação reparatória depende das regras de subordinação temática, podendo ser a executória, quando houver execução da sentença penal condenatória (art. 475-N, II, do CPC) e parcela mínima para reparação dos danos sofridos pela vítima (art. 63, parágrafo único, CPP); ou mediante processo de conhecimento, em que devem ser encaminhados ambos os pedidos ao juízo cível, de acordo com o previsto art. 63 do CPP.

Art. 63/ CPP. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (BRASIL, 1941)

Assim, consta estabelecida a fixação, pelo juiz criminal, da reparação do dano decorrente da infração penal, na sentença condenatória, sem prejuízo, óbvio, de futura liquidação para apuração dos prejuízos efetivamente sofridos.

Mais à frente, artigo 68 do CPP, traz a seguinte disposição:

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público. (BRASIL, 1941)

Ou seja, quando o titular do direito de reparação do dano for desprovido de recursos materiais, o Ministério Público encontra-se legitimado para propor a ação que visa tal reparação. O Estado confiou ao Ministério Público a defesa dos interesses das pessoas pobres – das que não puderem prover às despesas processuais sem privar-se dos recursos indispensáveis ao seu sustento e o sustento de sua família.

Por sua vez, o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), a seu turno, determina no art. 927: “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Os atos ilícitos estão definidos no Diploma Civil nos arts. 186 a 188, aduzindo 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” (art. 186).

Por sua vez, o art. 935 do mesmo dispositivo legal, dispõe que

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, existe uma atenuação pelo fato de que, havendo ação penal, sua sentença condenatória com trânsito em julgado traz, como efeito, também a coisa julgada no cível, visto que o fato gerador de ambas é o crime, sendo desnecessário o ajuizamento de ação de conhecimento de indenização por ilícito penal se o já estiver sido condenado penalmente pelo crime, onde a sentença penal condenatória transitada em julgado funciona como um título executivo judicial no juízo cível, dispensando a proposição de ação civil de conhecimento. Nesse caso, no âmbito civil, não se discute mais o que se deve (*an debeatur*) e sim o quanto é devido (*quantum debeatur*).

2.2 Do objeto da ação civil *ex delicto*

No que se refere ao objeto da *actio civilis ex delicto*, Tourinho Filho diz que:

A *actio civilis ex delicto* é aquela que se intenta visando à reparação ou satisfação do dano produzido pela infração, havendo três espécies de responsabilidade civil: a) restituição (devolução da coisa); b) ressarcimento (pagamento em pecúnia do valor da coisa); c) reparação (satisfação de danos morais) (TOURINHO FILHO, 2009, p. 262.)

A legislação brasileira, incluindo a própria Constituição, entende por indenização qualquer pedido de natureza ressarcitória ou reparatória. Entretanto, a doutrina procura distinguir em restituição e ressarcimento para danos de natureza econômica, reparação para danos de natureza moral, e indenização, sendo termo utilizado para definir modalidade de recomposição patrimonial do dano causado por ato lícito do Estado (desapropriações etc.).

Levando em consideração o que estabelece a doutrina, portanto, são quatro as modalidades para a recomposição civil do dano causado pela infração penal: restituição, ressarcimento, reparação e indenização. Dessa forma, quando o dano for de natureza econômica, poderá o objeto constituir-se de (a) uma restituição do bem apropriado indevidamente, de modo a recompô-lo patrimonialmente em decorrência da ilicitude também cível; ou (b) de um ressarcimento, com o intuito de satisfazer os danos emergentes e os lucros cessantes.

Quando o dano atingir o patrimônio moral do ofendido tratar-se-á de uma reparação civil do ilícito (conhecido por danos morais) por atentar valores atinentes à dignidade, à individualidade e à personalidade da vítima.

Já quando o dano for causado por ato ilícito do Estado, será feito jus uma recomposição por uma falha de quem, em regra, não poderia errar. No entanto, destaca-se que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), tem uma conceituação mais abrangente, compreendendo como indenização “qualquer pedido de natureza ressarcitória ou reparatória” (art. 5º, V, CF e art. 68, CPP).

2.3 Da legitimidade para propor ação civil *ex delicto*

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira

Tanto a execução da sentença penal condenatória passada em julgado quanto o ajuizamento da ação de conhecimento no juízo cível poderão ser propostos pelo ofendido ou seu representante legal”. Quando houver a falta do ofendido, ou de seu representante legal, conforme disposto no Art. 63, caput, do Código de Processo Penal, a legitimidade é atribuída aos seus herdeiros, “não se limitando ao rol de pessoas elencadas no art. 31 do mesmo Código” (OLIVEIRA, 2010, p. 191)

Dessa forma, a ação civil pode ser ajuizada pelo ofendido/representante legal ou por seus herdeiros, ou ainda, pelo Ministério Público, em decorrência de comprovação de privação de recursos, em conformidade com o disposto nas determinações do art. 32 do CPP.

Art. 32, §1º Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover as despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família.

§2º Será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido.

(BRASIL, 1941)

Assim, a legitimação da propositura de execução da ação *ex delicto*, conforme o art. 68, do Código de Processo Penal, poderá ser transferida ao Ministério Público em caso de pobreza do ofendido (art. 32, §§ 1º 2 e 2º) para a propositura da ação civil decorrente do delito e para a execução da sentença penal condenatória transitada em julgado.

2.4 Da subordinação temática e eficácia preclusiva

Conforme mencionado anteriormente, o Brasil adota o modelo da independência relativa, de modo que nem todas as decisões proferidas em uma instância serão aproveitadas em outras. O legislador adotou os critérios da eficiência probatória e da extensão material do julgado para a determinação da subordinação temática.

Em consonância com art. 935 do Código Civil, uma vez comprovada no juízo criminal a existência do fato, bem como a sua autoria, tais questões não poderão ser mais discutidas na instância cível. Nesse caso, forma-se uma decisão com eficácia preclusiva subordinante, pois impede a reabertura da discussão em outro processo ou em outro juízo por ter como base a unidade de jurisdição.

No entanto, quando tratar dos demais casos, como sustenta Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 212), é perfeitamente possível a alegação, no cível, da concorrência de culpa no evento danoso, ainda que tal questão não tenha sido abordada no juízo criminal, ou, se abordada, não tenha se mostrado suficiente para afastar a responsabilidade penal.

Ainda baseando-se nos critérios da suficiência probatória e da extensão material do julgado, o Código de Processo Penal, no art. 65, prevê que há formação de coisa julgada na esfera cível quando a sentença penal reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito. Trata-se de excludentes de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade previstos nos arts. 22, 23, 26 e 28 do CP, abarcando, para alguns doutrinadores, inclusive as putativas. (OLIVEIRA, 2010, p. 213).

Levando em consideração que para fins de absolvição, devem-se interpretar extensivamente as regras que constam no art. 65 do CPP, a Lei nº 11.690/08 incluiu entre as possibilidades de absolvição contidas no art. 386, VI, CPP, a fundada dúvida sobre a existência das aludidas excludentes, de modo a dar uma decisão certa baseada em uma incerteza.

No entanto, Eugênio Pacelli de Oliveira alerta:

Impõe-se registrar que, embora seja vedada a reabertura da discussão acerca da matéria então decidida (excludentes reais), a responsabilidade civil não será afastada quando houver expressa previsão legal neste sentido, ou seja, prevendo a recomposição do dano, mesmo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito. (OLIVEIRA, 2010, p. 214).

Desta forma, quando houver uma sentença absolutória penal em que esteja provada a inexistência do fato, não se poderá mais discutir tal questão no juízo cível,

estando definitivamente afastada a responsabilidade civil, tudo em conformidade com o disposto no art. 66 do CPP.

Ou seja, a existência de sentença absolutória penal só servirá como impedimento à indenização civil se ocorrerem as hipóteses de o juiz penal declarar que está provada a inexistência do fato ou considerar que o réu não concorreu para a infração penal. Ou seja, nos casos em que houve a comprovação de que não houve o fato criminoso ou que o acusado não concorreu para o fato ilícito, não poderá a vítima propor ação civil *ex delicto*.

2.5 Das excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal

Após expedição de sentença penal condenatória transitado em julgado surge uma pretensão indenizatória, a ser solicitada mediante ingresso de ação civil *ex delicto*, com a finalidade tácita de intermediar uma indenização pelo dano sofrido, justificada pelo dano sofrido em virtude de ilícito criminal.

Dessa forma, o ofendido está habilitado a executá-la na esfera civil, com a finalidade de reparação do equilíbrio moral ou patrimonial que é causado por um ou mais autores, quando a repercussão da infração penal também atingir a esfera da responsabilidade civil.

No entanto, apesar das várias disposições citadas ao longo do presente estudo, assegurando a reparação do dano, os Código Civil e Penal apresentam exceções a essa regra, as chamadas excludentes de ilicitude, que, em consequência de sua natureza não será possível exercer o direito da referida ação.

Assim, o art. 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), sustenta que não haverá crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Nesse sentido, o Código de Processo Penal estabelece que, a sentença penal condenatória transitada em julgado que reconhecer alguma excludente de ilicitude, também, trará coisa julgada no civil, de acordo com o art. 65 do CPP:

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” (BRASIL, 1941)

Dessa forma, é considerado transitado em julgado na esfera cível, a sentença penal que reconheça ter sido o ato praticado em estado de necessidade, ou seja, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Vale ressaltar que, muito embora conste expressamente exposto que as excludentes fazem coisa julgada no civil, existem determinadas exceções legais que abrem espaço para discussões na esfera civil, fazendo-se necessário uma abordagem mais específica e individualizada acerca destas causas legais de excludentes prevista no art. 23 do CP, conforme constata Eugênio Pacelli de Oliveira:

Impõe-se registrar que, embora seja vedada a reabertura da discussão acerca da matéria então decidida (excludentes reais), a responsabilidade civil não será afastada quando houver expressado previsão legal neste sentido, ou seja, prevendo a recomposição do dano, mesmo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito. (OLIVEIRA, 2010, p. 214).

Tendo em vista esse cenário, há outro ponto a se destacar, no que se refere à legítima defesa, uma vez que o próprio legislador definiu o estado de necessidade, no art. 24 do Código Penal:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (BRASIL, 1940)

Ademais, o instituto da legítima defesa encontra, ainda, previsão legal no art. 188 do Código Civil, Inciso II – “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”, ou seja, não é considerado ilícito o ato daquele em estado de necessidade, que ao encontrar em uma situação de perigo eminente, é obrigado a deteriorar ou destruir coisa alheia ou lesionar pessoa a fim de remover esse perigo.

O Código Civil, mais adiante, entretanto, traz as seguintes disposições:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. (BRASIL, 2002)

Resumidamente falando, mesmo que o ato não seja considerado ilícito, o Código Civil ampara os bens do terceiro uma indenização correspondente aos prejuízos causados. Esclarecendo o assunto, Rogério Greco nos diz que:

Mesmo que a conduta do agente que atua em estado de necessidade não seja ilícita, porque seria uma incongruência o Código Penal considerá-la lícita, enquanto para o Código Civil seria ilícita, se o terceiro que sofreu com a conduta do agente não tiver sido o causador da situação de perigo, permanecerá a obrigação de indenizar os prejuízos causados. Caso o perigo tenha sido criado por aquele que sofreu o dano, não lhe caberá, aqui, o direito de indenização. Embora o agente tenha a obrigação de indenizar aquele que sofreu o dano com a sua conduta, se a situação de perigo tiver sido provocada por culpa de terceiro, ser-lhe-á permitida ação regressiva contra este, para haver a importância que tiver sido ressarcida ao dono da coisa (GRECO, 2017, p. 443)

Destarte, a pessoa lesada ou o dono da coisa que tiver sofrido algum dano necessário ao afastamento do perigo e não forem culpados, terão eles o direito à indenização e assegura o direito de regresso do agente causador do dano contra o terceiro que tenha dado causa a esse estado de perigo a fim de reaver o que gastou ressarcindo o lesado ou o dono da coisa.

A legítima defesa, por sua vez, é definida de acordo com a situação atual ou iminente de injusta agressão em que o agente poderá ser atingido tanto para si como para um terceiro. E em razão disso o agente irá agir de forma a repulsar os atos do autor. Possui amparo legal no art. 188, do CC, inciso, "I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.", onde, aquele que atua em legítima defesa não pratica ato ilícito capaz de suportar a obrigação de indenizar.

Rogério Greco analisa da seguinte forma:

Aqui, temos em confronto um bem que se procura defender em face de uma injusta agressão contra ele praticada. Assim, prefere o ordenamento jurídico tutelar o bem injustamente agredido, e, se porventura o agressor vier a sofrer danos, não lhe caberá o direito de pedir indenização contra aquele que, defendendo licitamente seu bem ou interesse, fazendo cessar a injusta agressão que era levada a feito, com sua atitude causou danos no agressor. (GRECO, 2017, p. 427)

Entretanto, existe uma exceção da legítima defesa, onde será necessária a reparação civil. Trata-se de legítima defesa com erro de execução, conforme expõe o art. 73 do CP:

Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge

pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. (BRASIL, 1940)

Assim, esta hipótese pode ocorrer quando um determinado agente almejando repelir a injusta agressão, agindo com *animus defendendi*, acaba por ferir outra pessoa que não o seu agressor, ou até mesmo os dois, agressor e terceiro. O resultado advindo da aberração no ataque, (*aberratio ictus*) seja, o ferimento ou a morte de terceiro e não seu agressor, este, estará amparado pela justificação da legítima defesa, assim, não podendo responder criminalmente. Contudo, em relação ao terceiro inocente, cabe responsabilidade civil do agente, conforme Assis Toledo afirma:

Não se aplica, pois, ao terceiro inocente a norma do art. 65 do Código de Processo Penal, já que, quanto a ele, a lesão, apesar da absolvição do agente, não pode ser considerada um ilícito civil. Trata-se, portanto, de uma hipótese em que a exclusão da responsabilidade penal não impede a afirmação da responsabilidade civil, restrita é claro ao terceiro inocente. (ASSIS, 1994, p. 199)

Portanto, uma vez evidente que tenha ocorrido o erro de execução em face ao terceiro inocente, surge a este, a pretensão indenizatória a fim de pleitear direito acometido pelo agente.

Por sua vez, o estrito cumprimento do dever legal não teve seu conteúdo expresso no Código Civil, somente no Código Penal: "Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito". Portanto, faz-se necessário, primeiramente, uma abordagem doutrinária conceituando-o.

Conforme preleciona Juarez Cirino dos Santos:

O estrito cumprimento de dever legal compreende os deveres de intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como a coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc. (JUARÉZ, 2000, p.187)

Trata-se, portanto, de instituto aplicado, mais comumente, por agentes públicos, uma vez que estes são encarregados de autonomia em nome do interesse público e, se necessário, podem restringir ou afetar direitos dos particulares e o motivo de não poderem

ser responsabilizados é porque agirem no estrito cumprimento do dever legal, ou seja, não podendo ser responsabilizados civilmente.

Vale ressaltar ainda, a diferença entre o “estrito cumprimento” e o “dever legal”, o primeiro diz respeito que esse cumprimento não pode passar dos limites legais, por isso o uso da palavra “estrito”. Já o segundo remete à ideia de uma obrigação que advém de um ato normativo.

Finalmente, tem-se o estado regular de direito, que, assim como o estrito cumprimento do dever legal que, também, não foi objeto de conceituação pelo legislador. Nesse sentido, Paulo José da Costa Júnior leciona:

O conceito de direito, empregado pelo inciso III do art. 23, compreende todos os tipos de direito subjetivo, pertençam eles a este ou àquele ramo do ordenamento jurídico – de direito penal, de outro ramo do direito público ou privado- podendo ainda tratar-se de norma codificada ou consuetudinária. (COSTA JÚNIOR, 2011, p. 62)

Novamente, tal qual o estrito cumprimento do dever legal, o estado regular de direito, encontra sua base legal no Código Civil art. 188, diz que: “I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.” (BRASIL, 2002)

Assim, o exercício regular de um direito trata-se de um fato típico que tem sua ilicitude afastada pelo ordenamento jurídico, ou seja, a conduta é tipificada como crime, porém, por opção do legislador, passa a ser considerada como um direito de agir, perante uma permissão do ordenamento jurídico. Mas somente nesse âmbito, se por ventura, houver abuso desse direito e que não seja regular, caberão as devidas sanções por parte do agente que as cometeu, seja na esfera civil ou na penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ação civil “ex delicto”, é a ação ajuizada na esfera cível, com a finalidade de pleitear a indenização por dano moral ou material reconhecido em infração penal, em obediência ao CPP, que estabelece ser um dos efeitos da condenação, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

No entanto, via de regra, a violação da norma penal, além de acarretar a imposição de uma pena, enseja a responsabilização civil do criminoso, que deverá indenizar a vítima lesada.

No âmbito penal, com a violação da norma, surge para o Estado o “jus puniendi”, por meio do qual será aplicada a sanção ao infrator. Já no âmbito civil, a violação do bem ou interesse protegido ocasiona a obrigação de reparar o dano. Isso porque o ilícito penal

(crime ou contravenção) não difere, em essência, do ilícito civil, ambos constituindo hipóteses de comportamentos contrários ao direito.

As consequências, entretanto, de cada modalidade de ilícito (civil ou penal) são diferentes. Enquanto do ilícito penal decorre a imposição de pena ao infrator, do ilícito civil, em regra, decorre a obrigação de indenizar o dano causado. Assim, verifica-se, nitidamente, e a correlação existente entre as esferas cível e criminal, porém com uma diferença: enquanto a ação civil objetiva a reparação do dano (moral ou material) decorrente da prática de um delito, a ação penal tem como finalidade precípua a punição do seu autor.

Justamente por esse motivo, nosso Código de Processo Penal adotou o sistema da independência das instâncias, pelo qual as duas ações podem ser propostas independentemente, uma no juízo cível, outra no juízo penal, haja vista que a ação cível cuida de questão de direito privado, de caráter patrimonial, enquanto a ação penal versa sobre a atuação do Estado, através do *jus puniendi*.

Assim, foi adotado no Brasil o Sistema da Independência Relativa, também chamado de Sistema da Interdependência, que estabelece a separação entre a jurisdição civil e a jurisdição penal, com prevalência desta última.

Não há necessidade, pois, de recorrer o ofendido à esfera cível de conhecimento para ver reparado seu dano oriundo do delito. Basta aguardar o trânsito em julgado da condenação criminal e promover, diretamente, a execução desse título no juízo cível. Havendo necessidade de liquidação do "*quantum debeat*", deverá essa providência anteceder a propositura da execução.

Ou seja, a sentença penal que transitar em julgado faz coisa julgada no cível, prevalecendo o fundamento de que não se pode haver decisões conflitantes sobre o mesmo objeto tutelado. A prevalência da decisão penal perante o civil é clara, uma vez que se intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta até o julgamento definitivo daquela.

A sentença penal condenatória transitada em julgado, servirá como título executivo para a proposição da ação ex delicto, sendo o ofendido, seu representante, herdeiros, a Defensoria Pública ou o Ministério Público (na falta daquele no Estado, e só em hipóteses em que o titular do direito à reparação do dano for pobre) legitimados a propor a ação. Esse título executivo, porém, é ilíquido, podendo o juiz penal, ao proferir uma sentença condenatória, fixar um valor mínimo de indenização, que servirá de base para que o juiz civil faça a liquidação definitiva.

Ocorrendo sentença penal absolutória em que não foi reconhecida a inexistência material do fato, ou que decidir que o fato imputado não constitui crime; e decisão que

julgar extinta a punibilidade, é possível a propositura da ação civil. Entretanto, ocorrendo alguma excludente de ilicitude, a sentença penal que reconhecer uma dessas hipóteses fará coisa julgada no cível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOMFIM, Edilson Mougnot. Código de Processo Penal Comentado. 4 ed. Saraiva: 2012.

BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 15 de outubro de 2019.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41>. Acesso em 05 de outubro de 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 de outubro de 2019.

_____. Código Civil. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 05 de outubro de 2019.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. Direito Penal Comentado. 10 rev. atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GREGO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 19. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prática forense penal. 8 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13ª edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Amoderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. Ilicitude penal e causas de sua exclusão. Rio de Janeiro: Forense, 1994

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - "Manual de processo penal" – 13ª ed. Saraiva: 2010.

A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES PORTUÁRIOS SOB VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS PORTOS ORGANIZADOS

THOMAZ CESCA NUNES: Advogado. Formado em Direito pela PUC-RS pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela FMP-FEMARGS, membro da Comissão de Direito Marítima, Aduaneiro e Portuário da OAB/RS.

Resumo: A legislação brasileira em vigor proporciona diversos privilégios ao trabalhador portuário vinculado ao Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO). Dentre eles, existe a reserva de trabalho nas instalações localizadas dentro das áreas de porto organizado, que veda que trabalhadores não sindicalizados possam ser contratados nestas instalações. O objetivo deste artigo é evidenciar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que determinam como requisitos para a oferta de trabalho a prazo indeterminado o registro e/ou o cadastro no OGMO e a vinculação sindical. O problema elaborado aponta que a reserva de mercado imposta pelo sistema normativo atual atenta contra a Constituição Federal de 1988 ao privilegiar grupos específicos de trabalhadores mediante o estabelecimento de critérios subjetivos para ingresso nas vagas oferecidas. A hipótese apresentada indica que essa inconstitucionalidade precisa ser sanada para que seja alcançada uma sociedade efetivamente justa e solidária. A pesquisa doutrinária, legislativa e a análise empírica da jurisprudência sobre o tema são a base metodológica adotada no trabalho, observada a interdisciplinaridade das fontes de pesquisa a partir de conceitos advindos de obras de diversas áreas do direito, além de obras não necessariamente jurídicas.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Trabalhador Portuário. Privilégio. Liberdade Sindical.

Abstract: Current Brazilian legislation provides several privileges to the port worker linked to the Manpower Management Agency (OGMO). Among them, there is the reservation of work in facilities located within the organized port areas, which prohibits non-union workers from being hired in these facilities. The purpose of this article is to highlight the unconstitutionality of the legal provisions that determine as requirements for the offer of work for an indefinite period the registration and/or registration with the OGMO and union membership. The problem elaborated points out that the market reserve imposed by the current normative system violates the Federal Constitution of 1988 by privileging specific groups of workers through the establishment of subjective criteria for entry into the vacancies offered. The hypothesis presented indicates that this unconstitutionality needs to be remedied so that an effectively fair and solidary society can be achieved. Doctrinal and legislative research and empirical analysis of jurisprudence on the subject are the methodological basis adopted in the work, observing the interdisciplinary nature of the

research sources based on concepts arising from works from different areas of law, in addition to works that are not necessarily legal.

Keywords: Unconstitutionality. Port worker. Privilege. Freedom of Association.

Sumário: Introdução. 1. A evolução histórica dos portos e da legislação nacional a eles pertinente. 2. O trabalhador portuário avulso (TPA) e suas particularidades. 3. As violações frontais à Constituição Federal de 1988 e a urgente necessidade de adequação legal. Conclusões. Referências.

Introdução

De acordo com dados fornecidos pelo Ministério do Meio Ambiente, o litoral brasileiro possui 7.367km de extensão e, considerando as saliências e reentrâncias existentes, o entorno da costa pode chegar a 9.200km (2018). Naturalmente, um País com margens de tamanha proporção deve possuir canais portuários eficientes, diante da extrema importância logística que estes representam para a economia, cuja exploração precisa conferir capacidade competitiva internacional e possibilitar o intercâmbio comercial de maneira efetiva.

No início do século XIX, com a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, o Rei Dom João VI chefiou a abertura dos portos brasileiros ao comércio com as nações fraternas. A partir de então, o País passou a fazer parte do sistema econômico liberal internacional e exportar matérias-primas como madeira e ouro, além de importar produtos manufaturados e especiarias frequentemente consumidas pelos colonizadores e pela nobreza (KAPPEL, 2009).

Hoje em dia, os portos brasileiros assumiram o papel de indispensável canal logístico de comércio internacional, representando cerca de 95% das negociações realizadas com o resto do mundo e impactando de maneira significativa na balança comercial pátria (BOZZELA, 2019). No entanto, ainda existem algumas amarras que entravam a modernização e o desenvolvimento da estrutura portuária nacional, responsáveis por aumentar os custos e impedir a livre atuação das empresas no mercado, de modo a dificultar a competitividade entre estas e suas concorrentes internacionais.

Em outras palavras, trata-se de travas consagradas no ordenamento jurídico que resultam de um contexto social muito anterior à globalização e à automação das instalações portuárias, as quais até hoje não foram enfrentadas de maneira destemida e prudente pelo legislador. Um destes obstáculos sustentados diretamente pela iniciativa privada – e, indiretamente por todos os consumidores de produtos importados e exportados, ou seja, por toda a sociedade – é a imposição legal de que o trabalho no setor

portuário seja executado exclusivamente por operários que estejam registrados e/ou cadastrados junto ao OGMO, em nítida violação à Constituição Federal.

Para demonstrar a inconstitucionalidade das normas que garantem privilégios a grupos específicos de pessoas, o presente trabalho utilizou o método de abordagem dedutivo, a partir da análise doutrinária, legislativa e da análise empírica da jurisprudência sobre o tema. Inicialmente, apresenta a evolução histórica dos portos e da legislação nacional a eles pertinente (1) para, em um segundo momento, abordar as particularidades inerentes ao trabalhador portuário avulso (2). Por fim, o terceiro capítulo é dedicado à avaliação e confrontação dos dispositivos legais vigentes com princípios e fundamentos positivados na Constituição Federal de 1988 (3).

1. A evolução histórica dos portos e da legislação nacional a eles pertinente

Após a abertura dos portos no Brasil, em 1808, o trabalho de carga e descarga nos navios era feito pela própria tripulação ou pelos escravos (SPOLLE, 2009). Posteriormente, a mão-de-obra passou a ser assalariada, mas a organização dos trabalhadores ocorreu apenas em 1812 (ANDRÉ, 1998). Transcorrido mais de um século, essas relações passaram a ser legalizadas e organizadas por meio da contratação de operadores avulsos sindicalizados (TRINDADE, 1983), os quais ofereciam serviços braçais desqualificados e baratos para atender à demanda portuária.

Desde aquela época há registros de que algumas destas associações de trabalhadores se caracterizavam, segundo a melhor doutrina, como mafiosas e corporativistas, além de corruptas (SILVA, 2003), já que detinham todo o poder de organização da operação dos portos. Essa situação era motivo de protestos de empresas e organismos internacionais sob a argumentação de que os serviços prestados eram ineficientes e havia uma gama exagerada de sindicatos de classes (BAUMGARTEM, 2006).

Durante muito tempo os sindicatos se apoderaram das relações de trabalho e definiram as regras que as regulamentaram, o que culminou, em tese, com a edição da Lei nº 8.630/1993. A norma criou e transferiu ao OGMO as ferramentas formais e legais de controle e gestão do trabalho portuário, sem olvidar de proteger os obreiros do setor da automação, cuja intensificação estava iminente (BASÍLIO, 2008) em um cenário de instalações portuárias públicas e sucateadas (SOUZA, 2017).

A partir deste marco legal, definiu-se como modelo de gestão portuária nacional a denominada *Landlord Port*, no qual a iniciativa privada, por meio de arrendamentos (concessões), ficaria responsável pela operação dos portos e por investimentos em construção, aquisição ou reabilitação de superestruturas e equipamentos necessários para tanto (PIERDOMENICO, 2010). Assim, criou-se a figura do porto organizado para atender às necessidades da navegação e da movimentação e armazenagem de mercadorias,

concedido ou explorado pela União, por tráfego e operações que estejam sob a circunscrição de uma autoridade portuária (MTE, 2001).

À época da legislação, os portos “não organizados” costumavam ser pequenos e pouco movimentados, sem administração, resumindo-se, na maioria das vezes, a pequenos cais destinados a receber mercadorias. Tal quadro foi muito modificado a partir da concessão das garantias à liberdade de iniciativa e à menor interferência estatal nestes terminais privativos localizados fora da área (MTE, 2001), mas a maior parte dos investidores seguiu preferindo se instalar fora das poligonais dos portos organizados, mesmo com infraestruturas precárias ou inexistentes (TCU, 2020).

No entanto, por não sofrerem as limitações legais ora abordadas, os terminais constituídos após a Lei nº 8.630/1993 não são objeto do presente estudo, que se limita àqueles dentro da área do porto organizado. Cabe destacar que os terminais que utilizavam a mão-de-obra dos trabalhadores avulsos antes da referida Lei estão submetidos às limitações nela previstas. Estes operadores são obrigados a manter a proporcionalidade entre trabalhadores avulsos e celetistas, ou seja, também padecem deste impedimento, ainda que em menor escala (PINTO, 2008).

A interpretação do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.630/1993, combinado com a posteriormente ratificada Convenção n. 137, da OIT, era de que a contratação de trabalhadores sob vínculo empregatício pelo operador do porto organizado deveria se dar, prioritariamente, entre aqueles que fossem matriculados junto ao OGMO, ou seja, dentre os registrados, e, em caso de negativa por parte destes, os cadastrados. Minoritária doutrina considerava que seria possível a contratação por fora mercado caso houvesse negativa de registrados e cadastrados (MENEZHINI, 2020), mas a maior parte das decisões na esfera trabalhista era no sentido de que dentro do porto organizado, somente poderiam trabalhar matriculados no OGMO¹⁵³, posicionamento que se mantém até hoje em processos sobre o tema¹⁵⁴.

A constante necessidade de modernização dos portos e do trabalho portuário foi se intensificando em razão da automação, globalização e da competitividade com outras instalações ao redor do mundo. Naturalmente, este ambiente obrigou-se a acompanhar a evolução generalizada, adquirindo maquinários com novas tecnologias, afetando diretamente a forma do trabalho de movimentação de cargas nas instalações portuárias (SOUZA, 2017).

153 <https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/tst-decide-que-vinculo-empregaticio-e-exclusivo-para-trabalhador-portuario-inscrito-no-ogmo>.

154 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - AIRR: 10003567220165020442, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/12/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2018.

Neste cenário, resta claro que a atuação desvinculada e impessoal de trabalhadores avulsos é contrária à segurança e à organização das operações portuárias, que demandam mão-de-obra especializada e complexidade no desenvolvimento das atividades. Somente o vínculo empregatício, a pessoalidade, o treinamento constante e especializado permitem o devido planejamento e organização da execução dos trabalhos ao longo do tempo, considerando a peculiaridade e automação de cada instalação.

Ocorre que, ao contrário do esperado, a legislação subsequente e atualmente em vigor previu que a contratação da mão-de-obra pelos operadores dentro da área do porto organizado deve se dar exclusivamente através de trabalhadores registrados no OGMO (Lei nº 12.815/2013). Ou seja, a nova legislação ampliou a reserva de mercado existente (TCU, 2020). No mesmo sentido, o art. 3º, § 2º, da Lei 9.719/1998, proibia ao órgão gestor de mão-de-obra a cessão de trabalhador portuário avulso cadastrado ao operador portuário em caráter permanente, isto é, sob contrato de trabalho a prazo indeterminado.

Desta forma, a regulamentação legal acabou por engessar a instalação portuária, tornando-a dependente única e exclusivamente da mão-de-obra avulsa, através de requisições e fainas diárias. Essa conjuntura acabou tornando os custos mais elevados, sem qualquer garantia de maior eficiência, já que os TPAs não entendiam como vantajoso aceitar a proposta de emprego sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁵⁵.

Somente com o advento da pandemia e o reconhecimento expresso da essencialidade da atividade portuária, através da MP nº 945, editada em razão da iminente possibilidade de paralisação deste setor, a matéria foi enfrentada pela primeira vez com valentia e perspicácia.

A referida Medida Provisória, posteriormente convertida na Lei n. 14.047, de 2020, permitiu aos operadores portuários a contratação a prazo determinado por fora do OGMO pelo período de 12 meses, em caso de eventual falta de mão-de-obra de trabalhadores avulsos:

Art. 4º Na hipótese de indisponibilidade de trabalhadores portuários avulsos para atendimento às requisições, os operadores portuários que não forem atendidos poderão contratar livremente trabalhadores com vínculo empregatício por tempo determinado para a realização de serviços de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações.

155 A respeito da greve dos estivadores contra a contratação sob regime de CLT:

<https://portoemnoticias.com.br/interna/destaque-portuario/estivadores-fazem-greve-contratacao-em-regime-clt>.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se indisponibilidade de trabalhadores portuários qualquer causa que resulte no não atendimento imediato às requisições apresentadas pelos operadores portuários ao Órgão Gestor de Mão de Obra, tais como greves, movimentos de paralisação e operação-padrão.

§ 2º A contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício com fundamento no disposto no caput não poderá exceder o prazo de doze meses.

Em suma, ao verificar que o sistema atual admitiria risco de suspensão das atividades portuárias, o legislador se viu obrigado a admitir a impossibilidade de coagir as empresas do setor a sujeitarem-se à vedação da contratação por fora do sistema do OGMO. Ou seja, a dura realidade instigou o Estado a atentar ao fato de que somente com o respeito à livre iniciativa é que o setor sobreviveria à pandemia do Covid-19, evidenciando que a obrigação de contratar TPAs tornou-se obsoleta ao longo do tempo.

2. O Trabalhador Portuário Avulso (TPA) e suas particularidades

Os trabalhadores portuários avulsos (TPAs) são caracterizados pela impessoalidade e não habitualidade da prestação de serviços. São trabalhadores escalados a cumprir suas tarefas em favor de múltiplos requisitantes de mão-de-obra, apresentando-se quando desejam, com autonomia, e sem vínculo empregatício com os operadores portuários. Ademais, recebem valores por turnos de trabalho, os quais cumprem em equipes de trabalhadores, os denominados ternos, conforme pactuado em Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho firmados por seus sindicatos representativos.

Dentro do OGMO, os Trabalhadores Portuários Avulsos podem ser cadastrados ou registrados. Os primeiros são uma espécie de mão-de-obra suplementar, e são chamados nas ocasiões em que os registrados não se habilitaram em número suficiente para as tarefas requisitadas. Enquanto respondem as escalas como trabalhadores cadastrados, estes TPAs vão se qualificando e ingressam no registro, por intermédio do OGMO, assim que a abertura de vagas ocorrer.

Pouco se fala na doutrina e na jurisprudência que grande parte dos trabalhadores registrados e cadastrados junto ao OGMO foram privilegiados com tal relação em razão de seu parentesco ou familiaridade com as lideranças sindicais da época (SOUZA, 2017). De fato, até a implantação do OGMO no porto organizado, com a edição da Lei nº 8.630/1993, a matrícula dos trabalhadores no Sindicato era controlada pelas direções de seus entes representativos (MACHIN, 2009), que conferiam a condição de sindicalizado a seus apoiadores políticos e familiares. A sindicalização dos obreiros, portanto, sempre foi pré-requisito para que o trabalhador portuário avulso pudesse ser requisitado ou

contratado pelas instalações portuárias do porto organizado, sob pena de violação legal, multas administrativas e o ajuizamento de ações civis públicas por parte do Ministério Público do Trabalho.

Há muito tempo, em razão da dimensão da importância que os portos nacionais possuem na balança comercial pátria, sem intercorrências ou problemas de sazonalidade, os TPAs possuem considerável quantidade de oportunidades diárias de trabalho, estimulados pela reserva legal de mercado que possuem, auferindo ganhos mensais muitas vezes superiores ao teto do funcionalismo público pátrio. Apenas a título ilustrativo, a média salarial do TPA no Porto do Rio Grande, no mês de junho de 2020, foi de R\$ 9.672,67 (OGMO-RG, 2020). Ou seja, a legislação pátria confere ao Trabalhador Portuário Avulso benefícios não concedidos a qualquer outra classe de trabalhadores: a liberdade de se engajar quando quiser, desde que não deixe de comparecer por longos períodos para não perder o vínculo junto ao OGMO, e a garantia da reserva de mercado.

A consequência prática é que os operadores pertencentes à área do porto organizado ficam impossibilitados de contratar sob as regras da CLT. Ora, se só existe a possibilidade de manter vínculo empregatício com trabalhadores registrados junto ao OGMO e estes possuem enorme gama de oportunidades para engajamento como avulsos, recebendo mais remuneração com menos comprometimento, evidentemente que estes TPAs irão recusar o emprego sob prazo indeterminado. Em assim sendo, a empresa resta diariamente compelida a requisitar o obreiro na forma de trabalhador avulso.

De maneira ordenada, os trabalhadores acabam por desvirtuar a legislação portuária, que teve, ao longo do tempo, como objetivo modernizar e conferir competitividade aos portos nacionais. Referida incoerência já foi apontada pelo Poder Judiciário quando do julgamento do Recurso de Revista nº 0088500-19.2009.5.04.0122, DJE 2/10/2015, de relatoria do Min. João Ghisleni Filho, do TST:

(...) a interpretação dada pelos reclamantes e pela sentença permite que os trabalhadores registrados, por si só, determinem o formato de contratação, frustrando a própria eficácia do caput do art. 26, que permite a contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e trabalhadores avulsos. Basta que, ofertadas as vagas para os trabalhadores registrados, estes recusem a contratação, o que faria com que eles mesmos fossem escalados como avulsos.

Dessa forma, cabe aos TPAs a escolha do modelo de contratação de sua mão-de-obra: seja por meio de vínculo empregatício, seja como trabalho avulso. Obviamente, os trabalhadores optam pela segunda modalidade, pois seus vencimentos são, sem sombra

de dúvidas, maiores e inexistente subordinação ao empregador. Quanto à esta situação, cabe mencionar observação de clássica literatura do setor portuário:

(...) no Brasil, diferenciado em relação aos demais, pois os trabalhadores portuários avulsos não sofrem a concorrência direta da enorme população economicamente ativa que está desempregada. Ao contrário, além de não ser possível o acesso indiscriminado aos quadros dos OGMOs, também para a contratação, com vínculo empregatício, é assegurado que se dê preferência aos registrados ou cadastrados (PINTO, 2008).

O cenário não é de hipossuficiência do trabalhador, já que fica ao puro arbítrio deste, de modo organizado, a escolha do modo de contratação, o que é feito em prol de sua maior remuneração e liberdade, em detrimento de toda a sociedade. Isso se dá porque que este trabalhador, sem concorrência e com alta remuneração, onera as instalações portuárias, que são obrigadas a arcar com os custos e/ou repassá-los aos demais agentes da cadeia logística, o que, por fim, reflete no valor de todos os produtos que passam por este modal de transporte.

Portanto, a recusa dos trabalhadores avulsos em laborar de forma vinculada acaba tornando obrigatória a sua requisição para as atividades nas empresas, o que é referendado pela maior parte das decisões proferidas pelos Tribunais da Justiça Trabalhista. A situação retratada gera custos e reduz a capacidade de atrair investimentos dos portos nacionais, dificultando sua competitividade. Tudo isso gerado por uma legislação embasada em costumes não mais condizentes com a necessidade de modernização de um setor desta relevância.

De um lado, as Leis nº 8.630/1993 e nº 12.815/2013 tiveram como propósito descorporativizar as relações de trabalho nos portos brasileiros, atenuando o monopólio sindical na intermediação de trabalhadores. De outro lado, a organização destes obreiros não permitiu que as instalações portuárias privadas localizadas dentro da área do porto organizado pudessem exercer a livre iniciativa da maneira prevista na Lei Maior. O Poder Judiciário manteve, salvo exceções, intocáveis os interesses desta classe, à revelia de preceitos constitucionais da livre iniciativa e da liberdade sindical.

3. As violações frontais à Constituição Federal de 1988 e a urgente necessidade de adequação legal

A Constituição Federal de 1988 contempla a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil e prevê, expressamente, a necessidade de observância do princípio da livre concorrência (art. 1º). Em outras palavras, o topo da pirâmide de hierárquica legal determina que os terminais da área do porto organizado devem respeitar

a livre iniciativa e assegurar o direito à concorrência igualitária com os terminais adventícios. Sendo assim, privilegia-se a liberdade de empresa em suas decisões, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo os casos previstos em lei (CF, art. 170).

Da mesma forma, como já referido, os quadros de trabalhadores vinculados ao OGMO remontam a um período em que as lideranças sindicais determinavam quem poderia ou não ser vinculado ao sindicato laboral. Posteriormente, há relatos de concursos realizados de maneira completamente fraudulenta, privilegiando-se familiares, parentes e apoiadores¹⁵⁶.

Portanto, se por um lado a Carta Magna permite que o trabalhador não seja obrigado a ser sindicalizado, por outro lado a legislação portuária sempre exigiu que este se vinculasse a algum sindicato para possibilitar o vínculo junto ao OGMO. Ou seja, a norma infraconstitucional não resiste ao confronto com o disposto nos artigos 5º, XIII, e 8º, da Constituição Federal de 1988, que asseguram, respetivamente, o livre exercício de qualquer trabalho e a liberdade de associação profissional ou sindical.

Não pode existir norma que garanta exclusividade ou mesmo preferência para contratação, a qualquer título, para trabalhadores sindicalizados, porque isso implicaria tornar obrigatória a sindicalização. Resta claro, portanto, a incompatibilidade dos dispositivos que determinam a exclusividade da contratação de trabalhadores por dentro do OGMO com a livre iniciativa e livre concorrência.

Como se não bastasse a inconstitucionalidade apontada, a antiga ineficiência do sistema foi recentemente reforçada por auditoria do Tribunal de Contas da União, através da qual foi constatada a necessidade de modificar prontamente os regulamentos sobre o trabalho portuário em vigor:

A Lei 12.815/2013, como visto acima, expandiu o monopólio de mão de obra do OGMO, antes restrito ao trabalho da estiva, para capatazia e bloco, e, por conseguinte, estendeu os pontos indesejáveis de uma situação de monopólio para outros setores da mão de obra portuária. (...) A esse respeito é imperioso ressaltar que as despesas com os trabalhadores contratados via OGMO. (...) Ou seja, aproximadamente 1/3 da receita do terminal é destinada a cobrir gastos com mão de obra intermediada pelo OGMO. (...) Desses números é possível se extrair o potencial de redução de custos de operação de um terminal

156 A notícia foi divulgada na página: <https://novaestivarg.wixsite.com/novaestivarg/entenda-o-caso>. Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho julgou a Cautelar Inominada nº 257011620155000000, de Relatoria do Min. Augusto César Leite de Carvalho (DJE: 11 dez. 2015).

a partir de incrementos na eficiência do trabalho portuário (TCU, 2020).

O documento considerou custoso e prejudicial ao desenvolvimento do setor o monopólio da mão-de-obra pelo OGMO:

Quanto ao OGMO (...) Nada obstante, há elevado custo social do monopólio, tornando os terminais arrendados menos atraentes e contribuindo para a elevação do custo Brasil e para a perda de eficiência do setor portuário como um todo, com impactos negativos na participação brasileira na logística internacional. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a legislação trabalhista pátria não tem por regra o estabelecimento de monopólio nas contratações, levando à conclusão que existem alternativas menos onerosas para a proteção do hipossuficiente (TCU, 2020).

Ao fim, a proposta do relatório do TCU foi a recomendação:

(...) ao Ministério da Infraestrutura que avalie a possibilidade de proposta legislativa visando ao fim do monopólio do OGMO no fornecimento de mão de obra portuária e à transição para um sistema que permita ganhos de eficiência ao setor portuário e estimule a capacitação e a especialização dos trabalhadores (TCU, 2020).

Tal modificação, segundo concluído, geraria maior produtividade da mão-de-obra portuária, redução dos custos e ganhos de eficiência, além de mencionar o tratamento isonômico entre terminais arrendados e TUPs e a maior atratividade do porto público, com consequente redução da ociosidade, aumento das receitas e da sustentabilidade financeira das instalações. Portanto, o TCU desvendou que as legislações existentes constituem um monopólio sindical e embaraço à livre concorrência, situações que inibem a atratividade para investimentos do setor.

Considerando a relevância dos portos nacionais, a política legislativa portuária deve ser de Estado, e não de Governo, não havendo espaço para manutenção de privilégios de classes para manter relações estreitas com federações sindicais e suas lideranças. Deve-se privilegiar a busca pela produtividade, sem olvidar da proteção do trabalhador, mas evitando-se que a sua ineficiência e alto custo sejam empecilhos para o desenvolvimento do país e de seu comércio exterior.

Conclusões

Não mais se discute a essencialidade dos portos para a cadeia produtiva do Brasil. A necessidade de modernização é constante, o que demanda grandes investimentos, os quais somente são feitos em cenários de segurança jurídica e de possibilidade de colher resultados. Ao aprofundar este estudo, verificou-se haver saliente anacronismo legislativo que em nada atende aos propósitos de um País que necessita se desburocratizar e reduzir custos para se tornar atrativo para investidores.

As regras do ambiente portuário, ao contrário do presumido, mantêm obrigações enfadonhas ao empresariado, focando-se somente na proteção desta espécie de trabalhador cujas particularidades evoluíram com intensidade, não mais se justificando qualquer prerrogativa de exclusividade para sua contratação. A manutenção da obrigação de contratação da mão-de-obra avulsa por parte dos operadores não cumpre com o dinamismo que o mercado exige e prejudica os investimentos no setor portuário pátrio. O alto custo deste trabalhador foi evidenciado por relatório do TCU, e é notório que o trabalhador avulso, em geral, não possui qualificação compatível com os vencimentos que recebe.

Tal conjuntura é resultado do desvirtuamento das leis que vieram para modernizar os portos, efetuado de maneira organizada pelos sindicatos obreiros desta esfera. Obviamente a legislação portuária precisa de severas modificações para possibilitar ao operador portuário maior liberdade para desenvolver sua atividade negocial, com segurança jurídica e redução dos custos operacionais. Além disso, eventual abertura de postos de trabalho à população em geral estimularia a política do pleno emprego, geraria mais renda e terminaria com a cultura histórica de que lideranças sindicais definam quem responde às escalas de trabalho mais rentáveis e de quem ingressa ou não nos quadros do sindicato e do OGMO.

O TCU reconheceu, ainda que tardiamente, a necessidade de reformas profundas neste sistema obsoleto de contratações, recomendando que as instalações portuárias mantenham seu quadro de empregados sob vínculo empregatício e invistam em qualificação, estimulando a livre concorrência dos terminais, independente de se localizarem dentro ou fora do porto organizado. Naturalmente, espera-se que a legislação portuária sofra as recomendadas modificações que privilegiam a livre iniciativa da atividade negocial e a possibilidade de contratação fora do sistema do OGMO, desengessando as empresas do setor e estimulando a política nacional de pleno emprego e renda para todos.

Ainda que a Medida Provisória 945 tenha cumprido esse papel durante a pandemia ao possibilitar contratações por 12 meses, o certo é que estas amarras somente serão completamente afastadas quando houver a plena liberdade, sem prazo determinado, para que os operadores da área do porto organizado possam contratar sob vínculo empregatício e atuar livremente como exploradores de atividade privada em uma seara de extrema competitividade.

Referências

ANDRÉ, M. M. **A organização do trabalho portuário**: Cotidiano de vida e trabalho dos portuários avulsos. Vitória: EDUFES, 1998. Disponível em: <http://edufes.ufes.br/items/show/75>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BASÍLIO, P. S. O trabalho portuário. **Revista LTr**, São Paulo, v. 72. set. 2008.

BAUMGARTEM, M. Z. Impacto da Lei 8.630/93 nas dinâmicas portuárias e relações internacionais brasileiras. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande. 30 jun. 2006.

BOZZELA, J. O Porto e a Economia do Brasil. **Revista A Tribuna**. 2019. Disponível em: <https://www.atribuna.com.br/opiniao/juniorbozzella/o-porto-e-a-economia-do-brasil-1.70338>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. Decreto nº 1.574, de 31 de julho de 1995. Promulga a Convenção nº 137, da Organização Internacional do Trabalho, sobre as Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Manipulação de Cargos nos Portos, assinada em Genebra, em 27 de junho de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1574.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8630.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9719.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Lei nº 12.815, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Medida Provisória nº 945, de 4 abril de 2020. Dispõe sobre as medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da covid-19 no âmbito do setor

portuário e sobre a cessão de pátios sob administração militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv945.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Brasil aperfeiçoa gerenciamento costeiro. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/noticia-acom-2018-03-2912>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. 2020 – Relatório de Auditoria sobre limitações dos portos organizados. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/06/Portos-relato%CC%81rio-TCU-01-jun.2020.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho - AIRR: 1000356-72-2016.5.02.0442, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/12/2018, 2ª Turma, Brasília-DF, Data de Publicação: Diário da Justiça Eletrônico: 14 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho – Cautelar Inominada: 257011620155000000, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Diário da Justiça Eletrônico: 11 dez. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 0088500-19.2009.5.04.0122, Relator: Ministro João Ghisleni Filho. Brasília-DF. 9 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico: 2 out. 2015.

KAPPEL, R. F. **Portos Brasileiros Novo Desafio para a Sociedade**. 2009. Disponível em: http://www.sbpcnet.org.br/livro/57ra/programas/CONF_SIMP/textos/raimundokappel.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

MACHIN, R.; COUTO, M. T.; ROSSI, C. C. S. Representações de trabalhadores portuários de Santos-SP sobre a relação trabalho-saúde. **Saúde soc.** [online]. 2009, vol. 18, n. 4, pp. 639-651. ISSN 1984-0470. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400008>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MENEGHINI, M. S. D. Contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício - exclusividade x prioridade dos avulsos registrados no OGMO - novos precedentes jurisprudenciais. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, v. 02, n. 04, fev. 2020. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/Telas/TTitulosDetalhe.php?cod=133140&pag=42>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Nova Estiva RG. Disponível em: <https://novaestivarg.wixsite.com/novaestivarg/entenda-o-caso>. Acesso em: 20 ago. 2020.

OGMO do Porto do Rio Grande. Disponível em: <http://www.ogmo-rg.com.br/estatisticas>. Acesso em: 20 ago. 2020.

PIERDOMENICO, F. **Audiência Pública Senado Federal Comissão de Agricultura e Reforma Agrária Comissão de Serviços de Infraestrutura**. 2010. Disponível em: http://www.senado.leg.br/comissoes/ci/ap/AP20100629_Fabrizio_Pierdomenico.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

PINTO, C. P. A.; FLEURY, R. C. **A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil**. Porto Alegre: Síntese. 2004.

Portos e Navios. Disponível em: <https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/tst-decide-que-vinculo-empregaticio-e-exclusivo-para-trabalhador-portuario-inscrito-no-ogmo>. Acesso em: 21 ago. 2020.

Porto e Notícias. Disponível em: <https://portoemnoticias.com.br/interna/destaque-portuario/estivadores-fazem-greva-contratacao-em-regime-clt>. Acesso em: 21 ago. 2020.

Porto São Francisco. Disponível em: <https://portosaofrancisco.com.br/public/uploads/pdfs/012manualtrabalhadorportuario.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SILVA, F. T. da. **Operários sem patrões**. Os trabalhadores da cidade de Santos no entreguerras. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003.

SOUZA, G. M. de. Os Trabalhadores Portuários Avulsos (Tpas) E Os Impactos Socioeconômicos Da Lei Nº 8.630/93 De Modernização Dos Portos. Vitória, 2017. Orientador: Luiz Cláudio Moisés Ribeiro. **Dissertação** (Mestrado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais. Disponível em: https://ape.es.gov.br/Media/ape/PDF/Disserta%C3%A7%C3%B5es%20e%20Teses/Hist%C3%B3ria-UFES/UFES_PPGHIS_GRACINEIDE_MARIA_SOUZA.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

SPOLLE, M. V.; ANJOS, J. C. G. dos. Trabalhadores do porto no período pós-abolicionista em Pelotas: da inserção do negro no mercado de trabalho livre a decadência de uma atividade no município. 2009. Disponível em: <http://www.escravidaoeliberdade.com.br/site/images/Textos4/marcusvspollejosecganjos.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

TRINDADE. W. L. da. **Compêndio de direito do trabalho marítimo, portuário e pesqueiro**. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

A ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E EVOLUÇÃO DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO EXERCÍCIO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: IMPLICAÇÕES NEGATIVAS E POSITIVAS

GLAUCIA HELLMANN EHRHARDT: Graduada em direito pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci - Uniasselvi; Pós-graduada *latu sensu* em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp; Pós-graduada *latu sensu* em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp; Advogada militante no estado de Santa Catarina.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade examinar as implicações negativas e positivas da origem, desenvolvimento e evolução da prática do ativismo judicial no exercício da judicialização da política, sob o enfoque da crescente nova sistemática na aplicação do direito no intuito de adequar da interpretação das normas jurídicas à realidade social contemporânea, bem como suprir lacunas na legislação para atender aos anseios da sociedade. Para tanto, tratando o estudo acerca da judicialização da política e do ativismo judicial, será abordada a distinção entre os institutos, bem como as teorias sobre a expansão da atuação do poder judiciário na política, divididas numa corrente tradicional chamada de procedimentalista e outra com tendência a flexibilizar a atuação ativa dos juízes denominada de substancialista, passando a uma breve análise da origem, desenvolvimento e evolução dos institutos, finalizando com uma abordagem acerca da prática do ativismo judicial no Brasil e suas consequências.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização da política. Expansão do Poder Judiciário.

Abstract: The present work has as it's main purpose the examination the negative and positive implications of the origin, development and evolution of the practice of judicial activism in the exercise of the judicialization of politics, under the focus of the growing new system in the application of law in order to adapt the interpretation of legal norms to contemporary social reality, as well as filling gaps in legislation to meet society's wishes. To this end, addressing the study on the judicialization of politics and judicial activism, the distinction between the institutes will be addressed, as well as the theories on the expansion of the role of the judiciary in politics, divided into a traditional current called proceduralist and another with a tendency to make the active performance of the judges more flexible, called substantialist, passing to a brief analysis of the origin, development

and evolution of the institutes, ending with an approach about the practice of judicial activism in Brazil and its consequences.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of politics. Expansion of the Judiciary

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Distinção entre judicialização das Políticas Públicas e Ativismo Judicial; 3. Teorias sobre a expansão da atuação do Poder Judiciário na política; 3.1. Teoria Procedimentalista; 3.2. Teoria Substancialista; 4. Origem, desenvolvimento e evolução do Ativismo Judicial no Brasil; 5. A Prática do Ativismo Judicial no Brasil e suas consequências; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a abordagem do tema a origem, desenvolvimento e evolução da prática do ativismo judicial no exercício da judicialização da política: implicações negativas e positivas, limitado ao estudo do direito constitucional, que é um ramo do direito público dedicado à análise e interpretação das normas constitucionais, compreendidas como o ápice da pirâmide normativa da ordem jurídica.

O seu objetivo geral é examinar as implicações do ativismo judicial no exercício da judicialização da política oriunda da expansão da atuação do poder judiciário, diante da necessidade de uma nova sistemática na aplicação do direito para adequar a interpretação das normas jurídicas à realidade social.

Os objetivos específicos são: Estudar os conceitos de forma a diferenciar a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial para sanar a confusão entre os institutos sempre que analisados amplamente; Identificar as teorias sobre a expansão da atuação do poder judiciário na política; Observar a origem, desenvolvimento e evolução do ativismo judicial no Brasil pela contribuição do direito comparado; Identificar, mediante contribuição de caráter científico, as consequências positivas e negativas da prática do ativismo judicial no Brasil.

Neste contexto, principia-se explanando acerca da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, onde se discorrerá sobre suas conceituações de forma a diferenciar os termos que não devem ser empregados como sinônimos.

Discorrer-se-á ainda sobre a expansão da atuação política do poder judiciário, com breve explanação sobre as teorias que defendem uma participação ativa ou limitada do Judiciário, seguindo da análise da origem, desenvolvimento e evolução do ativismo judicial, chegando ao tema central do presente artigo, sendo abordada a prática do

ativismo judicial no Brasil, finalizando com uma abordagem sobre as consequências dessa atuação, destacando pontos positivos e negativos intervenção judicial.

A presente pesquisa se encerra com as considerações finais nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade da pesquisa e das reflexões sobre a aplicação do tema proposto.

Quanto à metodologia empregada, registra-se a utilização do método Indutivo. Acrescenta-se que o trabalho não se desenvolverá de forma linear, em termos cronológicos, ou seja, sempre que necessário, se fará interpelações entre épocas e autores.

2. DISTINÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial está sendo debatido nos meios acadêmicos designado pela terminologia judicialização da política, cuja conceituação, de maneira ampla, refere-se à intervenção do judiciário na arena política pela atuação proativa (HESS, 2012).

Cumprir dizer que é grande a confusão entre os institutos, principalmente se analisado amplamente como feito acima, pois a "judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas" (BARROSO, 2007, p. 5), e por mais parecidos que possam ser, os conceitos divergem substancialmente.

Judicialização consiste na resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo, geralmente pela ineficácia das normas constitucionais oriunda da omissão destes últimos. Atualmente, é um fato comum em países democráticos, tendo ela se originado de acontecimentos externos, não relacionados com a pretensão direta do Poder Judiciário.

No contexto brasileiro, a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (BARROSO, 2007, p. 05).

Neste aspecto, judicialização é tida como fato que representa a transferência de poder político ao judiciário.

Complementando, transcrevam-se as seguintes palavras:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse político', sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma 'política de direitos' (CASTRO, 1997, p. 27).

Portanto, visando garantir o gozo dos direitos previstos nos dispositivos constitucionais que, em tese, só poderiam ser exercidos pelo Poder Executivo, ou por vezes, mediante a criação de uma norma pelo Poder Legislativo, o judiciário obriga-se a exceder a sua competência para suprir a falha, caracterizando assim, a judicialização.

Em síntese, significa que uma parcela do Poder Político está sendo transferido das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário, ou seja, questões econômicas, sociais ou morais, estão sendo submetidas ao Poder Judiciário.

O fato é que o excesso de demandas de cunho político levadas ao judiciário é que faz com que os juízes atuem de maneira expansiva, ultrapassando o limite da lei.

Já o ativismo, diferente da judicialização, consiste em atitude, onde se aplica os princípios do direito a situações não previstas na legislação. O ativismo judicial pode ser considerado como uma postura participativa do magistrado tanto na condução do processo judicial quanto na análise e julgamento do mérito.

Diferenciando os institutos, nos valem das palavras esclarecedoras abaixo:

O ativismo judicial é percebido como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – prima facie – de competência de outros poderes. A judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de metacondições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário (SILVA, 1996, p. 56-57).

A judicialização diz respeito a possibilidade de atividade do judiciário na interpretação normativa, onde o juiz atua além das atribuições de aplicação da lei, enquanto o ativismo judicial diz respeito a conduta ativa do juiz em criar normas, mediante novos entendimentos, ampliando as formas legais.

A diferença está, portanto, na atividade criativa dos tribunais.

O ativismo judicial surge quando o Poder Judiciário é provocado e, pelo dever constitucional de decidir, não pode invocar lacuna na lei ou inexistência desta para deixar de resolver o que lhe foi submetido, isso significa que o juiz precisa decidir a matéria mesmo que o Poder Legislativo não tenha atuado, tornando-se um juiz legislador.

Portanto, apesar de próximos, os termos não devem ser empregados como sinônimos, devendo ficar claro que a judicialização é mais ampla, enquanto o ativismo judicial poderá estar contido naquele.

3. TEORIAS SOBRE A EXPANSÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA POLÍTICA

Existem divergentes avaliações a respeito da repercussão do papel do direito na política, embora consista numa exigência constitucional a atuação do Poder judiciário em defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito, há quem afirme que não cabe a este Poder a implementação das políticas (PAULA, 2012, p. 204).

Há um eixo procedimentalista, em defesa de um Judiciário com poderes mais limitados, e um eixo substancialista que preconiza uma participação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas.

Passamos, portanto, a uma breve explanação sobre cada uma das teorias.

3.1. TEORIA PROCEDIMENTALISTA

Explorador da proposta de divisão dos poderes na formação do estado, Montesquieu sempre defendeu que a função dos juízes limitava-se a pronúncia do texto legal, inexistindo qualquer possibilidade de interferência construtiva na aplicação da lei.

Essa é a denominada dogmática tradicional, que prega pelo subjetivismo judicial, conduz a uma diminuição da atuação do Poder Judiciário, onde as partes litigantes do processo encontram juízes submissos ao dogma legal, sujeitos a uma interpretação unicamente dos ditames da lei.

Vejamos o que diz a doutrina sobre o assunto:

Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o Judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O executivo não só dispensa as

honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos são regulados. O Judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos (SOUZA JÚNIOR, 2004, p. 45).

Vale destacar também:

Os dogmáticos prendem-se ao seu estudo isolado, fora do contexto social, restringindo-se à esfera jurídica, não perquirindo suas conseqüências na vida cotidiana da sociedade. Uma vez obedecidos os princípios formais, estará o Direito legitimado, as suas teorias tidas como justas, não se considerando as relações sociais concretas (ALVES, 2004, p. 15).

Para os procedimentalistas o controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista, onde os cidadãos deixam de ser autores e tornam-se meros destinatários do direito (PAULA, 2012, p. 204-205).

Tal concepção influenciou a aplicação do direito na solução dos conflitos, constituindo uma atividade neutra e imparcial, onde o juiz funciona meramente como a boca que pronuncia as palavras da lei.

Neste sentido:

O juiz liberal, via de regra, é um artista cujo talento não está em criar, mas em fingir que fala: obediente à máxima da “boca inanimada” o juiz liberal é um juiz ventríloquo iludido que pensa que fala, quando, no fundo, apenas articula os lábios para que as palavras da lei possam ser ouvidas. Talvez uma outra metáfora histórica fosse mais completa: o juiz do Estado liberal é um juiz eunuco, um juiz estéril (não cria leis, aplica-as), de semblante impassível (afinal, sua capacidade interpretativa é, *en quelque façon*, nula) e encarregado de prestar

segurança à integridade da cidadela legalista. (SOUZA JÚNIOR, 2004, p. 49).

Uma particularidade real trazida pela ideologia formalista na atuação do poder judiciário, já que a missão do juiz não era criar regras, mas somente aplicá-las, seria a obrigatoriedade de aplicação destas – embora frequentemente inconsciente disso – em benefício dos detentores de poder econômico e político em detrimento das outras pessoas da sociedade (SOUTO, 2012).

No mesmo sentido, Alves (2004, p. 16) aponta que embora do ponto de vista estritamente metodológico as intenções tenham sido as melhores, o fato é que o formalismo transformou o direito em chancela à vontade do mais forte, ou seja, aquele que detém o poder estatal que selecionará o material que o judiciário deve processar, com rigor formal a ponto de entregar à sociedade uma justiça incontestável.

O doutrinador abaixo citado, leciona neste sentido:

A educação jurídica tradicional, apesar de todo o seu discurso de isenção do juiz, conduzia pois, na prática real, ao desequilíbrio dos poderes, com amesquinamento da atuação substantiva dos juízes, levados a uma tendência de aplicação maquinal da lei – aplicação que teria seu ideal na cegueira do juiz para todo social não-legal, o que garantiria sua imparcialidade quase ascética. A boa justiça será, na verdade cega, com a tradicional venda nos olhos” (SOUTO, 2012).

O direito transforma-se em técnica de solução de conflitos, uma máquina que executa eficazmente, e com convincente aparência de imparcialidade, as tarefas para as quais foi programada, mas quem a programa, ou seja, realmente decide, é aquele que detém o poder para tanto (ALVES, 2004, p. 15).

Portanto, a concepção da Tripartição dos Poderes teve inicialmente um entendimento rígido, onde cada poder possuía suas funções específicas e arbitrarias, inexistindo, assim, harmonia entre os mesmos.

Para Paula (2012, p. 205), a corrente do procedimentalismo não pode prosperar no Brasil, posto que o Estado brasileiro, embora Democrático e Social, distancia-se de uma prática paternalista, que não pode ser confundida com concessões governamentais provisórias e discricionárias.

O mesmo autor supracitado, complementa seu raciocínio salientando que a expressão ativismo judicial possui entonação que recebe repulsas justamente pela ausência de similar entendimento de que o Estado vigente não se concebe como o liberal, muito menos como o absolutista. Assim, a neutralidade do julgador é uma falácia utópica que nem mesmo os leigos ou calouros acadêmicos do Direito conseguem forçosamente aceitar (PAULA, 2012, p. 147-148).

3.2. TEORIA SUBSTANCIALISTA

Como visto, há quem acredita e defenda, como meio de observar as leis da política sistematizadas por Montesquieu, que os poderes possuem funções estanques, sendo que qualquer desvirtuação das funções respectivas, caracterizaria usurpação de poder. Contudo, pela forma como se encontram dispostos os Poderes na CRFB/88, supera-se a ideia inicial de prevalência de um poder sobre o outro, nascendo a compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre estes.

No Brasil, é observada a superação da filosofia formalista pelo reconhecimento da normatividade dos princípios, ainda que não estejam escritos.

A CRFB/88 identifica a dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental mais importante, conferindo-lhe caráter norteador aos demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, cita-se o seguinte ensinamento:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, 2007, p. 07).

Neste viés: “[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral” (DWORKIN, 2001, p. 101).

Ao propor transparência das questões políticas para o Poder Judiciário, referido autor sugere que os litígios sejam solucionados por argumentos jurídicos e não políticos. De sua obra é possível extrair: “Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos” (DWORKIN, 2001, p. 27).

Em análise à tradicional teoria de tripartição de poderes, pode ser questionado algo muito pertinente ao tema objeto de pesquisa do presente trabalho, refere-se a possibilidade de o judiciário criar o direito em detrimento à função inicialmente exclusiva do Poder Legislativo. Em resposta se expõe que a atividade criadora do legislador resulta da aplicação do texto Constitucional, onde também lhe é dada a atribuição de aplicar o direito, concluindo, portanto, que não há significativa diferença entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional, pois ambas implicam a criação e a aplicação do direito posto (SOUZA JÚNIOR, 2004, p. 113).

A respeito das funções do estado exercidas pelos poderes constitucionalmente designados a uma atuação harmônica, transcreve-se:

Tanto o Judiciário quanto o Legislativo desempenham, além de suas funções próprias ou típicas (judiciária e legislativa, respectivamente), funções atípicas administrativas, quando, por exemplo, exercem a gestão de seus bens, pessoal e serviços. Por outro lado, o Executivo e o Judiciário desempenham, também, função atípica legislativa (este, na elaboração dos regimentos dos tribunais – CF, art. 96, I, “a”; aquele quando expedir, por exemplo, medidas provisórias e leis delegadas – CF, arts. 62 e 68. Finalmente, o executivo e o legislativo também exercem, além de suas funções próprias, a função atípica de julgamento (o Executivo, quando profere decisões nos processos administrativos; o Legislativo, quando julga autoridades nos crimes de responsabilidades, na forma do art. 52, I, II, e parágrafo único da Constituição) (PAULO, ALEXANDRINO, 2009, p. 385-386).

Portanto, não se pode reduzir a função do judiciário à tarefa de aplicar mecanicamente as normas legais, sendo, portanto, competente para atuar sobre o Poder Legislativo quando for para impedir abusos de poder, proporcionar a harmonia entre os poderes, garantir as liberdades ou assegurar o exercício das próprias funções (FERRAZ, 1994, p. 14).

A República e o Estado brasileiro são unos, sendo as funções repartidas apenas para possibilitar o sistema de freios e contrapesos, isso significa dizer que os poderes do Estado se comunicam entre si, possuindo idênticos deveres quanto aos fundamentos e objetivos consagrados no texto constitucional (PAULA, 2012, p. 202).

Portanto, aceitando a tese de que o poder do Estado é uno, não se pode falar em separação de poderes, faz-se necessário acreditar no fenômeno da separação ou distribuição de funções desse poder atrelado. Na realidade, a cada órgão ou complexo de órgão atribui-se uma função estatal materialmente definida (CARVALHO, 2008, p. 168).

Apesar de independentes entre si, inexistente subordinação entre os mesmos por serem harmônicos, devendo todos, igualmente, objetivar os fins constitucionais.

Na busca pela conexão da postura contemporânea do judiciário perante questões políticas, pode-se dizer que a separação de poderes pregada por Montesquieu é um mito, o que existem são sistemas de distribuição de funções políticas mais ou menos rígidos (SOUZA JÚNIOR, 2004, p. 135-136).

Para os substancialistas, o Poder Judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado para ser o intérprete do justo na prática social, ou seja, o Judiciário precisa constituir-se em poder estratégico para assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não os interesses hegemônicos específicos (PAULA, 2012, p. 205).

Assim, a independência e o poder hoje outorgados aos juízes representa, sobretudo, um direito da população como garantia de um sistema republicano saudável a partir da separação dos poderes. Diante desse entendimento, idealizamos que a crítica exercida sobre o ativismo judicial é realizada apenas pelo temor de desvirtuamento da doutrina dogmática, que, como explanado, teme a possível arbitrariedade do judiciário.

O juiz não é uma máquina e o processo não se presta soluções exatas, sendo necessário rejeitar a tese da mecanicista aplicação do direito (OLIVEIRA, p. 66).

Por mais formal que seja a atuação do magistrado e dos legisladores, as leis e decisões judiciais sempre possuem algum grau de referência social, contudo, logicamente que quanto maior o formalismo na formação de tais operadores jurídicos, menor a abertura social existente.

Sobre uma prática jurisdicional mais atuante por parte dos julgadores na contemporaneidade, temos que na aplicação do Direito na atualidade, não pode o

interprete deixar de considerar a multiplicidade de relações que envolvem o funcionamento do Estado Contemporâneo, as suas carências e limitações e também a sua função primordial, que é fomentar o pleno desenvolvimento humano com qualidade de vida em todas as suas formas. Julgar com responsabilidade não é criar mas sim reparar injustiças e garantir direitos fundamentais legítimos e factíveis em determinado tempo e lugar (BODNAR e CRUZ, 2011, p. 125).

4. ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No quadro histórico, o modelo de estado liberal revelou-se incapaz de atender as demandas sociais massificadas e hipercomplexas. Portanto, se no modelo liberal a estratégia de ação era não interferir para resguardar os direitos liberais, no estado social requer-se uma atitude positiva para que a garantia plena dos direitos aconteça também por intermédio do Estado que passa a ser responsável por uma grande quantidade de prestações sociais, é quando se passa a perceber uma atividade mais ativa do Poder Judiciário (BODNAR, CRUZ, 2011, p. 115).

Sendo o ativismo judicial espécie do gênero judicialização da política, importante iniciar as considerações acerca das primitivas manifestações daquele, para uma análise do surgimento e desenvolvimento deste último.

Como visto, Judicialização significa que questões de repercussão social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais.

Durante a ditadura militar, a intervenção do judiciário nas questões políticas recebeu vedação constitucional, tendo sido transmitido ao judiciário, segundo a doutrina, a neutralidade do direito formal omissa à apreciação crítica da atuação do poder estatal, como meio de consolidar o domínio daqueles que exerciam tal poder (ALVES, 2004, p. 17).

Ao comentar a judicialização da política no Brasil, Teixeira (2001, p. 36) parte do declínio da política macroeconômica com o fracasso do regime militar autoritário na primeira metade da década de 1970, como fator determinante para o seu surgimento, salientando que é conseqüência do funcionamento do sistema democrático de governo onde o sistema constitucional prescreve e assegura direitos e garantias individuais.

Oportuno dizer porém, que o rápido processo de redemocratização vivenciado pelo Brasil nas últimas décadas, produz a ilusão de que o período da ditadura militar pertence um passado muito remoto, e que o formalismo e rigor existente na época já não influenciam na aplicação do direito, mas aos estudiosos não é permitido negligenciar os

fenômenos ocorridos, por serem decisivos para aprofundar a compreensão acerca da resistência havida sobre a atuação ativa dos juízes (ALVES, 2004, p. 13).

Também, houve a abertura do magistrado brasileiro para o social, intensificada a partir da difusão no Brasil dos estudos informais (autodidáticos) ou formais (acadêmicos) de natureza sociológico-jurídica. Esses estudos, como formalmente acadêmicos, se iniciaram na Universidade de Recife, agora chamada Universidade Federal de Pernambuco, em 1963, na então Divisão de Ciência do Direito do Instituto de Ciências do Homem (SOUTO, 2012).

Por essa influência, até os dias atuais o ensino sócio-jurídico brasileiro tem dito orientação para contraditar o dogma formalista, onde vários juízes recebem uma educação jurídica que tende a enxergar o julgamento *praeter legem* como algo perfeitamente natural e a encarar a própria decisão judicial *contra legem* como algo socialmente existente, embora excepcional, e inevitável em sua excepcionalidade (SOUTO, 2012).

A CRFB/88 é eminentemente social, e ao atribuir dever de harmonia às funções do Estado, acaba por expandir a atuação do Judiciário na efetiva prestação dos direitos sociais. Ademais ao possuir vasto rol de princípios e direitos fundamentais e cláusulas abertas com conceitos indeterminados que demandam interpretação, crescem as demandas judiciais para solução de conflitos entre os próprios dispositivos constitucionais e com a legislação infraconstitucional.

Como decorrência da mencionada expansão do Poder Judiciário, muitas questões antes decididas exclusivamente pelo Poder Executivo passaram a ser objeto de tutela jurisdicional. As políticas públicas e decisões estritamente políticas começaram a sofrer interferência e fazer parte do dia a dia do Poder Judiciário, passando a se misturar com a justiça, sendo tal fenômeno denominado de judicialização (SALOMÃO, 2018).

Tem-se que as primeiras demandas sobre questões políticas levadas ao judiciário brasileiro, foram apresentadas em sede de *habeas corpus* à Suprema Corte, essencialmente pela falta de outro remédio constitucional disponível. Nestes, o Supremo Tribunal Federal afirmou a possibilidade de intervenção judicial no caso político quando acompanhado de uma questão judiciária, garantiu o exame judicial acerca dos motivos e consequências políticas dos atos de intervenção nos estados, e construiu o entendimento de que o judiciário poderia conhecer de casos puramente políticos quando existente lesão de direito individual (SOUZA JÚNIOR, 2004, p. 88).

A título de ilustração, como meio de efetivar um apanhado da história brevemente exposta, cita-se:

Quando observamos o caso brasileiro, parece-nos que todas essas condições estiveram presentes nos últimos anos, em maior ou menor medida, o que nos tornaria um importante exemplo de judicialização da política. A democracia restabelecida nos anos 80, seguida de uma Constituição pródiga em direitos em 1988, com um número cada vez maior de grupos de interesses organizados demandando solução de conflitos coletivos, contrastando com um sistema político pouco majoritário, de colisões e partidos frágeis para sustentar o governo, enquanto os de oposição utilizam o Judiciário para conte-lo, além de um modelo constitucional que delegou a Justiça a proteção de interesse em diversas áreas, refletindo até mesmo o alto grau de legitimidade do Judiciário e do Ministério Público como instituições capazes de receber essa delegação (ARANTES, 2007, p. 107-108).

Portanto, a redemocratização do nosso país aliado à constitucionalização abrangente e a força normativa destas normas, foram causas decisivas para a expansão da atuação do judiciário, sendo que a partir da CRFB/88, uma maior clarividência na dotação de força normativa vinculante para todos os poderes do estado, não podendo mais o Poder Judiciário se eximir de controlar as políticas públicas.

Pelo contexto exposto, pode-se concluir que a judicialização é decorrente das competências conferidas ao judiciário, pelo próprio legislativo e executivo.

Nesse ponto, é valioso destacar:

Para que o judiciário estenda seu poder a domínios antes reservados a outras forças, é preciso que ele tenha sido instituído como tal e dotado de competências que lhe permitam solucionar conflitos políticos e sociais. A decisão que emprestou autoridade ao judiciário a fim de dirimir tais conflitos não foi, na origem, tomada pelo juiz, mas pelo político. Sem a vontade do político de delegar ao juiz a sua resolução, o ativismo judiciário se encontraria privado de fundamento institucional. Com efeito, constata-se, ao longo do século XX, como resultado de decisões políticas, uma regular expansão de poderes concedidos aos juízes (GRIMM, apud, VIANNA, BARGOS, SALLES, 2007, p. 41).

De qualquer forma, conforme exposto acima, não podemos confundir judicialização com ativismo judicial, sendo então necessário tratar da origem e desenvolvimento desta última.

Sem dúvidas, o berço do ativismo judicial foi os Estados Unidos da América.

Vale dizer que a elaboração da Carta Magna Brasileira sofreu influência americana, onde se principiou o ativismo judicial tido como referência de estudo por muitos doutrinadores. Vejamos:

Como a primeira Constituição republicana foi elaborada com confessada inspiração na Carta norte-americana, não foi necessária a abertura, pela via jurisprudencial, da possibilidade do controle judiciário de constitucionalidade das leis e, no seu vácuo, dos demais atos políticos. Aproveitando-se da experiência bem sucedida da *judicial review*, desde o caso *Marbury vs. Madison*, o constituinte republicano explicitou no texto a atribuição desta importante tarefa ao Judiciário [...] (SOUZA JÚNIOR, 2004, p. 91).

A atuação do poder judiciário nos Estados Unidos da América revela-se importante para a origem do ativismo judicial no Brasil:

Primeiro, porque foi no seio da tradição jurídica estadunidense que surgiram as discussões sobre ativismo judicial; segundo, porque na mudança do papel assumido pela jurisdição no constitucionalismo democrático no Brasil a doutrina brasileira passou a incorporar a expressão ativismo judicial, algumas vezes acompanhada (senão fundamentada) pelos aportes teóricos norte-americanos; terceiro [...], importa analisar quais as possibilidades de realizar esta transposição de teorias ao Direito brasileiro (TASSINARI, 2012, p. 52/53).

Neste contexto, o texto da CRFB/88 dá ênfase ao direito de acesso à justiça, concedendo-lhe uma dimensão jurídica mais ampla. As garantias constitucionais e os mecanismos assecuratórios do acesso aos mesmos também foram enfatizados (SOUZA JÚNIOR, 2004, p. 125), criando um cenário promissor para a já tratada judicialização da política, a ser seguida pelo ativismo judicial.

Sobre o assunto, oportuno descrever as seguintes palavras:

[...] a crise que já era marcada pela ineficiência e burocracia da função jurisdicional do Estado, pelo distanciamento do “tempo do Judiciário com o tempo da realidade social”, pela demora de procedimentos de decisões jurisdicionais, entrou em confronto com a aceleração da política social do Estado. Por meio da Carta Política de 1988, legitimou-se à intervenção, conotada como “ativismo judicial”, por meio do controle misto (difuso e concreto) de constitucionalidade de leis e atos de governo (HESS, 2012).

Avigorando o exposto, segue:

As modificações introduzidas à administração públicas, visando aos objetivos do Estado democrático de direito (art. 1, caput; art. 3, da Constituição Federal), passaram a ter peso fundamental para definir as políticas públicas de desenvolvimento e melhorias dos serviços judiciais. Por essa razão, não eximem do controle do judiciário as políticas públicas, cujas premissas e princípios, organizados numa Carta Política, são marcados por momentos históricos de transição democrática, com a evolução dos direitos humanos da 1ª (individuais subjetivos) à 4ª geração (direitos sociais, coletivos, difusos e dos povos) (PIOVESAN, *apud* HESS, 2012).

Por esta ênfase modernizante refletida na CRFB/88, tornou-se mais difícil justificar a atuação do judiciário apenas como leguleio, tímido para julgar de maneira diversa à recomendada pela hermenêutica tradicional, de forma a manter os olhos vendados para os fenômenos sociais. Essa cegueira do juiz brasileiro seria acentuadamente alienante de sua sociedade e de sua Constituição (SOUTO, 2012).

Portanto, no Brasil, a constitucionalização do direito e a judicialização das relações sociais, proporcionaram uma atitude mais ativa dos magistrados.

A sociedade brasileira é eminentemente complexa, é neste cenário que a atual Constituição se situa, e, conforme já conferido neste estudo, essa se configura como analítica e repleta de princípios e normas programáticas, com termos considerados pela doutrina, abrangentes. É neste cenário que o ativismo judicial se apresenta.

O ativismo consiste na atuação jurisdicional acentuada de tal forma que a decisão dos juízes possui um critério de desejo, de aplicar sua vontade na matéria que está julgando.

o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do Juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”. Dessa forma, podemos notar que o ativismo se evidencia de duas maneiras ou sob a forma de um “novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos media, se a magistratura não tiver grande tradição de independência (GARAPON, 1998, p. 54).

Ao comentar a postura dos juízes diante do notável caráter social atribuído pela CRFB/88, é exposto:

O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atividade passiva nesta matéria (OLIVEIRA, 2006, p. 64).

Cientes do apanhado de fatores que influenciaram o desenvolvimento do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, vale destacar que a constitucionalização de diversos assuntos em 1988, conferiu ao Supremo Tribunal Federal o sistema de controle de constitucionalidade, oportunidade que assiduamente observam-se julgamentos ativos dos ministros.

Atualmente, portanto, influenciado pelos fatores exibidos, o ativismo judicial é uma realidade já presente, embora que às vezes timidamente, no cotidiano da sociedade brasileira. Realidade tendente a crescer significativamente diante dos modernos conceitos e entendimentos sobre o tema.

Observa-se, inclusive, a consciência da necessidade de uma postura mais ativa do julgador pelo próprio Instituto Brasileiro de Direito Processual, que idealizou o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo, destacando expressamente logo nos primeiros artigos, que dentre os princípios da tutela jurisdicional coletiva inclui-se o “ativismo judicial”, o que aborta a ideia de que o juiz age unicamente de forma neutra e imparcial, evitando proceder de ofício (PAULA, 2012, 149).

Na sequência do breve estudo da história do ativismo judicial, bem como do raciocínio proposto, remata-se com a oportuna, sábia e competente doutrina:

Neste escólio, Ativismo Judicial não deve erroneamente ser concebido como criação desenfreada do direito pelos juízes. O juiz não cria o direito do nada e se assim agisse estaríamos diante de um usurpador autoritário do poder. Porém, o direito não resume ao positivado no ordenamento jurídico, de sorte que as decisões judiciais ditas 'contra lege' devem ser analisadas pela existência de lastro no sistema jurídico, mais amplo que o costumeiro e restrito legalismo saboreado incansavelmente por formalistas forenses (PAULA, 2012, p. 148-149).

Conforme já tratado, o excesso de ações judiciais de cunho político levou a uma atuação mais expansiva dos juízes, e a partir do momento que estes não podem negar uma decisão, caso o Poder Legislativo não tenha atuado para regulamentar a matéria, cumpre aos juízes decidirem, tornando-se legisladores.

Além disso, no Brasil, a maior atividade do Poder Judiciário ocorre porque o Poder Executivo está cada vez mais desacreditado pela população, assim como pelo fato do Poder Legislativo se omitir de legislar sobre questões de grande repercussão e debates pela sociedade, o que leva as pessoas a enxergarem o Poder Judiciário como o único capaz de solucionar os problemas.

5. A PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Por óbvio, a tendência do ativismo judicial repercute.

No Brasil, o Poder judiciário decidiu ativamente diversas questões de grande relevância, no qual se pode exemplificar pelo reconhecimento da união homoafetiva, interpretação da CRFB/88 para abranger casos homofóbicos ou transfóbicos como racismo social, descriminalização do aborto em alguns casos, além de outros assuntos sensíveis à sociedade.

Contudo, o crescente protagonismo no cenário da política nacional, por meio de decisões com repercussão geral, na prática, pode apresentar faces positivas e negativas.

Num viés mais conservador, seguindo a linha da teoria procedimentalista, destacando os riscos do ativismo judicial, podemos citar:

"Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã,

constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade policialesca." (CAPPELLETTI, 1993, 49).

Entre os riscos apontados como consequência do expansionismo da atuação ativa do Poder Judiciário, fica o alerta para os pontos negativos do instituto.

A questão é que em alguns casos a intervenção do Poder Judiciário pode, de fato, trazer a sensação de arbitrariedade e atuação para além das suas competências, o que causa comoção social pela percepção de que os juízes estão atuando de forma comprometida, sob a influência de aspectos ideológicos e subjetivos, sem seguir a letra da lei.

Como argumento contrário ao ativismo judicial verifica-se a perda de legitimidade do Poder Legislativo, num contexto em que o Poder Judiciário aplica ao caso concreto que lhe é apresentado, uma decisão baseada em inúmeros princípios de interpretação e aplicação constitucional que se sobrepõem às próprias leis existentes.

Portanto, a crítica ao ativismo judicial se dá também porque se baseia na banalização dos princípios constitucionais. Vejamos:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. (SARMENTO, 2007, p. 144).

Outra crítica recorrente que revela um ponto negativo do ativismo judicial, é que o mesmo se apresenta como fator prejudicial à harmonia entre os poderes na medida em que o Judiciário interfere na gestão pública e no poder constituinte.

Neste sentido:

O principal argumento contrário ao ativismo consiste no fato de que somente o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo. Assim, apenas os membros do Legislativo estariam autorizados pelos

cidadãos a elaborarem leis que atendam seus apelos e reclamos. Por sua vez, como o Poder Judiciário não passa pelo sufrágio, estaria descredenciado, numa visão juspositivista, para criar o direito, via decisões judiciais, tendo em vista que tal conduta desafia o sistema de freios e contrapesos inspirado por Montesquieu, que equilibra a gravitação entre os três Poderes. (VITÓRIO, 2011, p. 224)

Por todo o exposto neste tópico, conclui-se que a prevalência de entendimentos subjetivos em detrimento aos preceitos legais, bem como, a usurpação da competência legislativa ordinária e violação da separação de poderes, fere o Estado Democrático de Direito e causa instabilidade e insegurança jurídica.

Neste caso, a intervenção indevida do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes, muito além da sensação, implica efetivamente na falta de segurança jurídica, princípio que não pode ser mitigado, sob pena de perda da estabilidade nas relações e do bom funcionamento das instituições.

Neste contexto, a aparente discricionariedade atribuída ao Poder Judiciário, que revela a ausência de limites ou restrições, o concederia superpoderes, havendo, de fato, a arbitrariedade mencionada acima.

A sensação de insegurança jurídica e instabilidade no sistema causada pelo ativismo judicial, também é sentida pelos operadores do direito, que tem suas atividades afetadas, uma vez que a conduta ativa do juiz diante da inexistência de lei anterior, exige dos profissionais teses complexas e coerentes para convencimento do julgador.

O exposto revela um novo argumento negativo, uma vez que se torna crescente a dificuldade das pessoas terem informação adequada dos seus direitos e deveres que passam ir além do previsto na legislação, exigindo conhecimento técnico para sua plena compreensão, o que, por diversos fatores, não é acessível a toda a população.

Ainda, a politização dos tribunais levaram o ambiente de imparcialidade e razoabilidade para um local de embates políticos, o que, não raro, causa repercussão com reações populares negativas e descontentamento dos Poderes Executivo e Legislativo.

Referido efeito é denominado *backlash*.

“O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do

Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático.” (KOZICKI, 2015, p. 194).

Pelo texto transcrito, todavia, percebe-se que o ativismo judicial está longe de apresentar consequências exclusivamente negativas, uma vez que o próprio *backlash*, apesar de ser reflexo de reações contrárias que causam efeitos indesejáveis, pode fortalecer a democracia, o que certamente é positivo.

Na contramão dos aspectos negativos descritos acima, muitos doutrinadores defendem o ativismo judicial, afinal, aplicar a lei estritamente por sua palavra e sem abertura a interpretações já se revelou ineficaz.

Sabe-se que a interpretação da linguagem reflete diferentes perspectivas sobre o que é positivado, significa compreender a diferente aplicabilidade conforme as particularidades dos casos concretos.

Neste ponto, e como um aspecto positivo a ser destacado, a conduta ativa do Poder Judiciário constitui forma de concretização dos direitos fundamentais, uma vez que, como atividade decorrente da judicialização das relações sociais representa garantia destes direitos e proteção contra omissões ou excessos oriundos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em homenagem à dignidade da pessoa humana, há que se preservar uma eficácia mínima de direitos fundamentais, nem que para isso sejam necessárias intervenções do Poder Judiciário.

Neste escopo, em detrimento ao entendimento trazido como pejorativo, seguindo uma linha de raciocínio mais substancialista, temos o Poder Judiciário como garantidor da sobrevivência do estado democrático de direito, uma vez que o controle judicial sobre os atos ou omissões dos Poderes Executivo e Legislativo representa uma forma adequada para efetivar a democracia:

Nesse sentido, ensinam:

Dessa forma, a judicialização da política faz parte do próprio processo democrático, pois que constitui mecanismo de concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário,

quando forem eles sonegados, quer seja pelo Poder Executivo, quer seja pelo Poder Legislativo. (MEDEIROS; NELSON, 2012, p. 212).

Além da permissão ao Poder Judiciário de corrigir defeitos e omissões dos demais poderes, a legitimidade para atuar de forma ativa e invalidar os atos, decisões e normas oriundas do Poder Executivo e Legislativo, também representa um caráter de proteção à democracia.

Neste sentido, o ativismo judicial teria um caráter muito mais protetivo à democracia do que qualquer afronta a mesma.

Neste sentido, temos que a jurisdição constitucional quando exercida de forma impecável torna-se uma garantia para a democracia. Todavia, para tanto, destaca-se a importância da CRFB/88 e do Poder Judiciário como seu interprete maior que não pode suprimir os demais poderes, nem impor suas próprias escolhas e preferências, devendo atuar legitimamente quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões (BARROSO, 2007, p.12).

Nesta linha raciocínio cumpre destacar que a atividade judicial de invalidar atos, decisões e normas oriundas do Poder Executivo e Legislativo não enseja afronta à divisão de poderes, pois tal conduta, conforme já tratado neste estudo, está permitida pela própria CRFB/88.

Por fim, importante ressaltar que há uma linha tênue entre a atuação jurisdicional nos limites da lei, ou além do que lhe é permitido pela CRFB/88, motivo pelo qual, os limites e possibilidades devem estar bem evidenciados para o bom exercício do ativismo judicial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da prática e das consequências do ativismo judicial no Brasil, são de suma importância na área do direito constitucional, por abranger um campo complexo, atual e carente de aprofundamento nos estudos para formação de uma nova mentalidade jurídica que conceba com precisão meios de alcançar a eficácia da prestação jurisdicional.

Enquanto a judicialização diz respeito a possibilidade de atividade do judiciário na interpretação normativa, onde o juiz atua além das atribuições de aplicação da lei, o ativismo judicial diz respeito a conduta ativa do juiz em criar normas, mediante novos entendimentos, ampliando as formas legais, podendo estar contido naquela.

O ativismo judicial surge como um marco jurídico que indica um aperfeiçoamento dos sistemas político e jurídico, e consiste num desafio hermenêutico

diante da motivação constante para a aplicação estanque da norma nos moldes da teoria procedimentalista.

Da crescente preocupação da coletividade na defesa de seus interesses, observou-se a necessidade de se desenvolver mecanismos e alterar as velhas práticas de neutralidade do juiz, que passou a assumir uma conduta ativa em busca da efetividade dos direitos.

A CRFB/88 é eminentemente social, e ao atribuir dever de harmonia às funções do Estado, acaba por expandir a atuação do Judiciário que, ao aplicar a lei ao caso concreto que lhe é imposto, depara-se com um vasto rol de princípios, direitos fundamentais, cláusulas com conceitos indeterminados que demandam interpretação.

Significa dizer que está ultrapassada a ideia de separação absoluta dos poderes, pois, apesar de apresentarem funções que lhes são precípuas, o Poder Judiciário pode intervir na execução das funções do outro quando pertinente a alcançar a eficácia esperada, visto que os poderes devem se equilibrar, suprimindo lacunas eventualmente existentes.

Assim resta justificada a conduta ativa do juiz, pois o Poder Judiciário não pode se escusar da aplicação dos direitos fundamentais constitucionalizados e o consequente atendimento das políticas públicas, trazendo à baila um poder/dever de atuar na perseguição dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

A prática do ativismo judicial no Brasil repercute de forma que é perfeitamente possível visualizar faces positivas e negativas oriundas da atuação pró-ativa do Poder Judiciário.

O agigantamento do Poder Judiciário pela atuação ativa é acompanhado de críticas ao risco de autoritarismo e imparcialidade, o que reflete como fator negativo ao instituto, pois estaria causando instabilidade e insegurança jurídica, já que o Poder Legislativo perderia a sua legitimidade, enquanto os princípios constitucionais acabariam banalizados.

Longe de apresentar consequências exclusivamente negativas, muitos doutrinadores defendem o ativismo judicial, afinal, aplicar a lei estritamente por sua palavra e sem abertura a interpretações já se revelou ineficaz.

É perfeitamente possível visualizar inúmeros benefícios na atuação pró-ativa do Poder Judiciário como um atendimento mais efetivo às demandas sociais, concretização dos direitos fundamentais e proteção contra omissões ou excessos oriundos dos Poderes Legislativo e Executivo, além de representar um caráter de proteção à democracia.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo. O lugar do direito na política. **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese, 1ª ed, 2004. p. 13-18.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a justiça e a política**. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. Sistema político brasileiro: uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stifung; São Paulo: Ed. da Unesp, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007.

BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Marcio. **A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas**. Brasília: Revista de Direito Internacional, 2011. v. 8, n. 2, p. 111-132.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Metrópole, 1993.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista de Ciências Sociais, n.34, v.12, São Paulo, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107-125.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: O poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HESS, Heliana Maria Coutinho. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/221>. Acesso em: 12 maio 2012.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de>

conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. Acesso em: 15 janeiro 2020.

MEDEIROS, J. T. da S.; NELSON, R. A. R. R. **Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 21, n. 84, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: AJURIS, v. 33, n. 104, dez., 2006. p. 55-77.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo Judicial no Processo Civil: limites e possibilidades constitucionais**. Campinas: Servanda, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. São Paulo: Método, 2009.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha mello. A relevante diferença entre judicialização e ativismo judicial, 2018. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-relevante-diferenca-entre-judicializacao-e-ativismo-judicial/>>. Acesso em: 18 janeiro 2021.

SARMENTO, D. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 56-57.

SOUTO, Cláudio. **Magistratura brasileira e ideologia formalista**. Disponível em <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16232>>. Acesso em: 12 maio 2012.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão Liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de Judicialização da Política**". São Paulo: Tempo Social, 2007, v.19, n. 2, p. 39-85. Disponível em < <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>>. Acesso em: 15 janeiro 2021.

VITÓRIO, T. B. da S. C. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

A INDISPONIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

GLEYCE KELLY MARQUES PEREIRA: Graduanda em Direito pela União das Escolas Superiores de Rondônia - UNIRON;

MARCELO ANDRÉ AZEVEDO VERAS BARROZO¹⁵⁷

(orientador)

Resumo: O intuito do presente estudo é analisar o instituto da indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana através da interpretação constitucional. A indisponibilidade dos princípios constitucionais garante não apenas a ordem jurídica do País, mas a ordem social de permitir aos cidadãos o direito de expressar-se sem violações. Pois tal instituto visa garantir a inviolabilidade de direitos, a proteção e a personalidade individual, e ainda agrega sentido ao estabelecer que, não incidindo em crime, o ser humano é livre para praticar absolutamente tudo que deseja. Neste sentido, surge a seguinte problemática: como ocorre a indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana? Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base do estatuto jurídico dos indivíduos, havendo de ser interpretado como individual e universal a todos, sem qualquer distinção. Portanto, o objetivo geral é demonstrar como o artefato constitucional blinda a indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, traçando caminhos que demonstrem sua melhor eficiência e sua aplicabilidade quando este é analisado através do viés constitucional. Já os objetivos específicos são: descrever os pilares constitucionais que tornam um princípio indisponível; sintetizar paralelos entre direito constitucional e a dignidade da pessoa humana; e demonstrar a aplicabilidade do princípio em hipóteses concretas. A metodologia utilizada será de abordagem qualitativa, com intuito de gerar conhecimento para elaboração do texto científico, como o trabalho de conclusão de curso, se faz necessário descrever a complexidade do problema e a interação de variáveis, através do método indutivo que corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas.

Palavras-chave: Constituição Federal. Dignidade. Indisponibilidade. Pessoa humana.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the institute of the unavailability of the principle of human dignity through the constitutional interpretation. The unavailability of

¹⁵⁷Prof. Orientador. Professor do Curso de Direito da UNIRON.

constitutional principles guarantees not only the country's legal order, but the social order of allowing citizens the right to express themselves without violations. Because this institute aims to ensure the inviolability of rights, protection and individual personality, and also adds sense by establishing that, not involving crime, human beings are free to practice absolutely everything they want. In this sense, the following issue arises: how does the unavailability of the principle of human dignity occur? In this way, the principle of human dignity is at the base of the legal status of individuals, which must be interpreted as individual and universal to all, without any distinction. Therefore, the general objective is to demonstrate how the constitutional artifact shields the unavailability of the principle of human dignity, tracing paths that demonstrate its best efficiency and applicability when this is analyzed through the constitutional bias. The specific objectives are: to describe the constitutional pillars that make a principle unavailable; synthesize parallels between constitutional rights and the dignity of the human person; and demonstrate the applicability of the principle in concrete hypotheses. The methodology used will be a qualitative approach, in order to generate knowledge for the preparation of the scientific text, such as the course conclusion work, it is necessary to describe the complexity of the problem and the interaction of variables, through the inductive method that corresponds to the discursive extraction knowledge from general premises applicable to concrete hypotheses.

Keywords: Federal Constitution. Dignity. Unavailability. Human person.

Sumário: Introdução. 1. Aspecto histórico do princípio da dignidade da pessoa humana. 1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana. 1.2 A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. 1.3 Da indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar sobre o instituto da indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana através da interpretação constitucional. A indisponibilidade dos princípios constitucionais garante não apenas a ordem jurídica do País, mas a ordem social de permitir aos cidadãos o direito de expressar-se sem violações. Pois tal instituto visa garantir a inviolabilidade de direitos, a proteção e a personalidade individual, e ainda agrega sentido ao estabelecer que, não incidindo em crime, o ser humano é livre para praticar absolutamente tudo que deseja.

Neste sentido, surge a seguinte problemática: utilizando-se da interpretação constitucional, como ocorre a indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana?

Desta forma, as hipóteses de resolução da problemática ocorre por meio da garantia constitucional. Pretende-se discutir durante o artigo sobre as maneiras e enriquecimentos atribuídos ao princípio da dignidade da pessoa humana quando este é pautado pela análise constitucional, assim como sua indisponibilidade, demonstrando em hipóteses concretas sua eficiência na aplicabilidade do mesmo.

Ademais, o objetivo geral é demonstrar como o artefato constitucional blindar a indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, traçando caminhos que demonstrem sua melhor eficiência e sua aplicabilidade quando este é analisado através do viés constitucional.

Já os objetivos específicos são: descrever os pilares constitucionais que tornam um princípio indisponível; sintetizar paralelos entre direito constitucional e a dignidade da pessoa humana; e demonstrar a aplicabilidade do princípio em hipóteses concretas.

Além disso, o tema abordado possui grande relevância para a sociedade e para o mundo acadêmico, visto que apresenta a abrangência do estudo os direitos individuais e coletivos, além disso, sempre haverá brechas que permitiam dissimuladamente abusos e ingerências pessoais. O ato institucional é o maior símbolo da repressão durante o regime militar expressa bem este argumento, visto que era um ditame constitucional, com força nacional, mas que violava a concepção normativa de proteção aos direitos dos cidadãos. Caso fosse promulgado nos tempos atuais, seria facilmente dissolvido não apenas pela letra da lei, mas pela força interpretativa fornecida pelos artigos constitucionais.

A metodologia utilizada será de abordagem qualitativa, com intuito de gerar conhecimento para elaboração do texto científico, como o trabalho de conclusão de curso, se faz necessário descrever a complexidade do problema e a interação de variáveis, através do método indutivo que corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. E a análise dos resultados alcançados através um compilado de pensamentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais sobre o presente assunto, corroborando as hipóteses trazidas através de bibliografias diversas, decisões jurídicas que exponham essa sintonia fundamentalista e garantidora dos princípios e levantamentos teóricos que elucidem sobre a indisponibilidade da dignidade da pessoa humana.

1 ASPECTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade é algo intrínseco ao próprio ser humano, é inerente a sua existência. Apesar dessa incontestável afirmação, não se sabe ao certo quando esse pensamento se tornou uma práxis entre os homens. Porém, há relatos históricos que o embrião dessa terminologia foi gerado no mundo antigo, através do ideal grego de construir um homem com validade universal e normativa (MARREIRO, 2021).

“O pensamento filosófico e político da antiguidade atribuía ao termo dignidade (dignitas) da pessoa humana a posição social ocupada pelo indivíduo, bem como o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, de modo a denotar um sentido de quantificação e modulação da dignidade, possibilitando determinar a existência de pessoa mais digna ou menos digna. Acrescenta o autor, que no período do estoicismo, a dignidade era considerada uma qualidade inerente ao ser humano, o que o distinguia dos demais seres. Nesse pensamento, a dignidade estava associada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como um ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como a ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade” (SARLET, 2010. p. 32).

Destarte, alguns atribuem à filosofia cristã a construção da noção de dignidade da pessoa humana como se conhece hodiernamente. Esse entendimento adveio da interpretação de um dos livros da Bíblia, o Gênesis, o qual dispôs que o homem foi concebido à imagem e a semelhança de Deus. Essa ideia conduz a afirmação de que Deus não fez distinção, o que explica a ideia de igualdade inerente a todos os homens, e, não somente para alguns.

“No entanto, afirma inexistir expressamente na Bíblia uma concepção de dignidade; porém, a definição bíblica da origem do ser humano, pode ser considerada como um pressuposto espiritual do reconhecimento e construção de um conceito de dignidade da pessoa humana, bem como a sua garantia jurídico-constitucional. Desta forma, o sentido de dignidade se contextualiza no plano espiritual e subjetivo e não na práxis propriamente dita. Não obstante o pensamento grego na fase estoica ter influenciado em demasia a uma concepção moral de dignidade da pessoa humana, foi somente

com Tomás de Aquino, que essa terminologia foi abordada expressamente, ao referir-se ao termo dignitas humana” (SARLET, 2010. p. 32).

Segundo Martins, este filósofo ao buscar uma justificativa racional da existência de Deus e da fé, vislumbrou o homem como sendo uma unidade substancial composta por matéria e espírito, mas dotado também de racionalidade, o que o faz livre e independente para determinar sua própria existência e seu destino. *“Dessa concepção de pessoa, sobressai o caráter único do ser humano, que o distingue dos demais entes como ser racional e intelectual, bem como a ideia de que os seres humanos são iguais em dignidade, já que todos são inata e naturalmente dotados da mesma racionalidade, na medida em que são concebidos à imagem e a semelhança de Deus” (MARTINS, 2008. p. 24).*

“Diferentemente da visão universalista de Tomás de Aquino, Thomas Hobbes segundo manifestou uma aceção de dignidade voltada para o contexto social. No seu pensamento, a dignidade do indivíduo estava vinculada ao seu prestígio pessoal, bem como os cargos exercidos por ele. Assim, a dignidade não passava de um valor atribuído pelo Estado e pelos demais membros da comunidade a alguém” (SARLET, 2010. p. 33).

Entretanto, a teoria de Tomás de Aquino, de certa forma fundamentou o atual entendimento filosófico-constitucional da dignidade da pessoa humana, de que a pessoa nunca deve ser pensada como instrumento (ou meio), mas sempre como fim. Destarte, esse pensamento foi mais bem desenvolvido e consolidado pelas ideias de Immanuel Kant, através de suas críticas e análises sobre as possibilidades do conhecimento, principalmente a partir da Crítica da Razão Pura, Crítica da Razão Prática e na Fundamentação da Metafísica.

“Segundo Kant construiu o seu conceito de dignidade da pessoa humana em torno da autonomia ética, ao sinalar que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se assim no fundamento da dignidade da natureza humana. Assim, a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito da autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética. Ainda para o autor supracitado,

Kant ratifica que a pessoa pertence pela práxis ao reino dos fins, o que a faz um ser de dignidade própria. Para ele a dignidade é um valor absoluto, que impede que a pessoa seja usada como instrumento para algo. Dessa forma, no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade, ou seja, quando uma coisa tem um preço pode atribuir-lhe qualquer outra coisa como equivalente, porém, quando uma coisa está acima de qualquer preço, não lhe é permitido atribuir qualquer equivalente, mas tão somente a dignidade” (SARLET, 2010. p. 37).

Disso tudo, resulta que, a obrigatoriedade de respeitar esse atributo gera uma dúplici obrigação estatal: uma de cunho negativo e outra de aspecto positivo. A primeira é oriunda dos ideais liberais e conduz à abstenção por parte do Estado a tudo aquilo que possa violar a dignidade da pessoa humana, configurando-se dessa forma nos direitos de defesa; já a segunda, é resultante dos fundamentos do Estado social, os quais impõem ao poder estatal a obrigação de tutelá-la, de forma a favorecer prestações fáticas e jurídicas com o fito de promover e proteger a dignidade da pessoa humana.

1.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Obsta-se que no direito nada é absoluto, nem mesmo a rigidez da própria lei, visto que a interpretação dos casos permite a relativização de normas em busca do resultado mais justo. Entretanto, existem peculiaridades na ciência jurídica que gozam de uma certa intocabilidade, como se um manto protetor abarcasse toda sua existência e impedisse sua secundarização. Os princípios constitucionais existem neste privilegio de proteção, visto que são eles que garantem a indiscutibilidade da execução de determinada lei no processo concreto.

O princípio da dignidade da pessoa humana evoluiu com o próprio conceito de humanidade, visto que passou por anos interruptos sem o reconhecimento da importância dos direitos individuais e a necessidade de sua inviolabilidade.

Alexandre de Moraes, define a dignidade, *in verbis*:

“Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente

excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade” (MORAES, 2017. p.23).

Além de garantir a inviolabilidade de direitos, o princípio em mote garante a proteção a personalidade individual e agrega sentido ao estabelecer que, não incidindo em crime, o ser humano é livre para praticar absolutamente tudo que deseja. Portanto, pode-se dizer que a indisponibilidade dos princípios constitucionais garante não apenas a ordem jurídica do País, mas a ordem social de permitir aos cidadãos o direito de expressar-se sem violações. André Tavares ensina sobre este aspecto ao citar Maihofer:

“A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza” (TAVARES, 2020. p. 55).

Em ótica similar, Alexandre de Moraes explica brilhantemente que o princípio em questão *“concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”* (MORAES, 2017. p.23). Aduzindo, portanto, que ao individualizar o ser humano, deixa-se de tratá-lo como mero objeto, dando-lhe características e direitos cobráveis.

Segundo postula Ana Paula Barcelos, esta dignidade é anterior ao próprio direito organizado, visto que a honra sempre foi razão de estima. Senão vejamos:

“A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica” (BARCELLOS, 2019. p.108).

Desta forma, nota-se a importância dos princípios, em especial a dignidade da pessoa humana, a manutenção da ordem pública, bem como sua origem que garante nos tempos atuais a segurança necessária para a vida em harmonia.

Além do que seria instrumento poderoso ao combate de medidas exploratórias, também serve de parâmetro para não escusa, em tal contexto, Parente e Rebouças avaliam que:

“O cerne da noção clássica de dignidade não residia, [...], no valor individual do homem, em sua autonomia subjetiva; tratava-se de uma espécie de dignidade publicizada ou socializada, cotada, sobretudo, em referência ao papel social na consecução do bem comum e do progresso comunitário e à participação política do cidadão na vivência e nos destinos coletivos da pátria” (PARENTE; REBOUÇAS, 2013, p. 11).

Em toada semelhante, Nunes ensaia que *“a dignidade da pessoa humana é uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades, que marcou a experiência do homem”* (NUNES, 2009, p. 50-51).

Um fato curioso é que mesmo os princípios não estando refletidos em documentos legais como leis e constituição, ao serem formas de interpretação da mesma, passam a carregar uma importância equiparada a lei, visto que estes advêm dos traumas populares e da concepção mais pura de justiça emanada pelo povo através de reivindicações e tratados ao redor do mundo, tais quais a declaração universal dos direitos humanos, conforme Blanco, alhures:

“[...] a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, é um documento constituído como um dos mais importantes da história da humanidade, pois institui “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os componentes da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis” e, ainda enfatiza que “todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos” objetiva delinear uma ordem política mundial baseada no respeito à dignidade humana e consagra valores básicos universais” (BLANCO, 2010, p. 57).

Destarte, conhecer as conquistas históricas que compõem o escopo do direito atual também faz-se importante, visto que são elas que garantem a indisponibilidade dos

princípios modernos do direito constitucional e dão força a sua aplicação pois estão sedimentadas em parâmetros não corrompíveis. Conforme extrai-se do exposto, Piovesan:

"[...] se impõe como um código de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional e consolida um parâmetro internacional para a proteção desses direitos, que têm sido incorporados em Constituições nacionais, servindo de fonte para decisões judiciais nacionais e servindo de parâmetro para o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito" (PIOVESAN, 2012, p. 82).

Seguindo este raciocínio pode-se compreender a vultuosidade da importância dos princípios constitucionais, e a sua maneira de aplicação sedimentada e historicamente bela. Por todo exposto, e pelo que se seguira justifica-se o presente artigo no sentido de sintetizar em um único local, as inúmeras facetas dos artigos constitucionais e a indisponibilidade da dignidade da pessoa humana como sedimento da justiça moderna.

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO ABSOLUTO

A Constituição Federal de 1988 prevê sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana:

"Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos" (SARLET, 2001. p. 60).

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. *"Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano. Sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento da República, a essa categoria erigido por ser um valor*

central do direito ocidental que preserva a liberdade individual e a personalidade, portanto, um princípio fundamental alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto” (SANTANA, 2021, p.01).

Nesse sentido, Flávia Piovesan diz que:

“A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno” (PIOVESAN, 2000. p. 54).

Ainda nesse contexto de conferir à dignidade da pessoa humana um status de princípio fundamental, essencial, fonte de todo ordenamento jurídico brasileiro, manifestasse o STF:

“(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...). (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)”.

Logo, a dignidade da pessoa humana, se tomada como fundamento da República, princípio fundamental do ordenamento pátrio, norte constitucional, mínimo de direitos que garantem uma existência digna, não pode ser relativizada por constituir valor absoluto,

vez que, nessa hipótese, o indivíduo é protegido por ser colocado em contraposição à sociedade ou ao Poder Público, portanto, em situação de vulnerabilidade.

“Ocorre que, com a interpenetração dos Direitos Público e Privado e a constitucionalização do Direito Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado não apenas às relações do indivíduo com a sociedade e o Poder Público, mas também às relações interindividuais de cunho civil e comercial, e é aí que surge a ideia de relativização da dignidade da pessoa humana, pois, em se tratando de indivíduos em situação de igualdade, a dignidade de um indivíduo encontra-se em contraposição à igual dignidade do outro” (CASTRO, 2006. p.135-179).

Assim, em se tratando de choque entre princípios individuais, ainda que tenham como vetor a dignidade da pessoa humana (subprincípios), dela derivando, não há como afastar a necessária relativização do princípio em si, cabendo ao aplicador do direito o bom senso de atribuir a importância, peso ou valor à dignidade de um em detrimento da dignidade do outro na busca da solução mais adequada para o caso concreto.

Como exemplo prático, é a decisão do TJ/RS:

“EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido. (Agravo de Instrumento Nº 70018683508, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 28/03/2007)”.

Na ementa supra, colocados em confronto a intimidade do executado, princípio inerente à sua dignidade, e a proteção da criança e do adolescente, ambos princípios de

mesma hierarquia porque constitucionais, a dignidade de um foi mitigada pela dignidade do outro, sopesando-se a proporcionalidade na prevalência de um princípio individual sobre o outro.

Nesse caso, em se tratando de relações entre particulares e havendo choque entre princípios distintos que têm como vetor comum a dignidade da pessoa humana, há que se aplicar a ponderação, técnica utilizada para solucionar conflitos entre princípios, segundo a qual é "*estabelecida uma relação de preferência condicionada que diz sob quais condições um princípio precede ao outro*" (NOVELINO, 2010. p. 145).

"É evidente que os princípios constitucionais, como no caso do princípio da dignidade da pessoa humana devem prevalecer sobre os princípios infraconstitucionais, na medida em que aqueles servem de fundamento de validade para estes. O princípio da dignidade da pessoa humana em si também pode entrar em conflito com outros princípios constitucionais distintos que não derivem diretamente do valor da dignidade da pessoa humana, exempli gratia, o princípio da livre concorrência, caso em que deve ser mantida a aplicação do mesmo procedimento da ponderação para equilibrar a relação entre o indivíduo e a empresa, de forma a evitar que o princípio da dignidade da pessoa humana aniquile a liberdade econômica ou liberdade da empresa" (SANTANA, 2021, p.01).

Portanto, o limite de uma dignidade passa a ser a igual dignidade ou direito do outro, não se podendo privilegiar um em detrimento de outro com igual dignidade ou direito, "*sendo o princípio em si relativo no que tange às relações individuais entre particulares com a aplicação do justo juízo de ponderação para mitigação ou relativização dos princípios envolvidos*" (SANTANA, 2021, p.01).

Por outro lado, o valor contido na dignidade da pessoa humana como fundamento da República é absoluto, inafastável, não podendo inclusive ser renunciado, porque consiste no respeito à integridade do homem e deve sempre ser levado em conta por constituir a essência e o fim maior do Estado Democrático de Direito.

1.3 DA INDISPONIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito atual é acima de qualquer coisa democrático e humanizado, visto que as mudanças iluministas do século XX mudaram paradigmas e formaram barreiras que se opõem a violações individuais, coletivas e/ou segregacionismos ilógicos. Portanto,

compreende-se que esta evolução se desenvolve não apenas sobre a justiça, mas sobre o melhoramento humano.

Além deste pilar, Reale com grande intelectualismo expressa:

“O Estado Democrático é baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa” (REALE, 2013, p. 99).

Sobre esta supremacia constitucional vinculante, Streck e Morais aduzem:

“Constitucionalidade: tendo por base a supremacia da constituição, vinculando o legislador e, todos os atos estatais à constituição, estabelecendo o princípio da reserva da constituição e, revigorando a força normativa da constituição, instrumento básico da garantia jurídica; Organização Democrática da Sociedade; Sistema de direitos fundamentais, tanto individuais como coletivos seja como Estado de Distância, por que os direitos fundamentais asseguram ao homem a autonomia frente aos poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e solidariedade; Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; Divisão dos poderes ou de funções; Legalidade que aparece como medida de direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescrito, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; Segurança e certeza jurídicas” (STRECK; MORAIS, 2013. p. 93).

Destarte, subentende-se que a constituição existe enquanto ferramenta garantidora dos direitos sociais/individuais, para que assim exista cidadania pura. Reale, enquanto pai do constitucionalismo carrega inteligência ao dizer que “é a Constituição de um Estado que abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que

possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana” (REALE, 2013, p. 102).

Sobre a indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto lupa de interpretação jurídica, vê-se, por Sarlet:

“[...] Deve-se entender o princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos, havendo de ser interpretado como individual e universal e a cada homem como se autônomo fosse estando, ainda, na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados: direitos e liberdades tradicionais, de participação política, direitos dos trabalhadores e de participação social. Mas, essencialmente, alguns direitos assumem, segundo o autor, valoração de primeiro grau da ideia de dignidade: o direito à vida, à liberdade física ou de consciência, a generalidade dos direitos pessoais e que se constituem em atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos, assim possuindo o objetivo de proteger a dignidade essencial da pessoa humana” (SARLET, 2009, p. 87).

Obsta-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é além de mera função da justiça para compreensão axiológica de casos concretos, visto que esta é pilar constitucional de direitos, como também é forma garantidora da humanização da justiça. Segundo Piovesan:

“Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exerce uma função democratizadora. Os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito são indissociáveis, assim como os direitos fundamentais e a dignidade humana são indissociáveis também” (PIOVESAN, 2012, p. 26).

A dignidade da pessoa humana, está atrelada além do respeito, à liberdade – sendo esta, consequência dolorosa dos tempos repressores que trouxeram mazelas e aprendizados a justiça brasileira, neste diapasão vejamos:

“Direitos civis e políticos, direitos de primeira geração, e os direitos sociais, direitos de segunda geração. Os direitos civis, conquistados no século XVIII, são os direitos individuais de liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. São os direitos que embasam a concepção liberal clássica. Com relação aos direitos políticos, alcançados no século XIX, concernem à liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, à participação política e eleitoral, ao sufrágio universal etc. São também chamados direitos individuais exercidos coletivamente e acabaram se incorporando à tradição liberal” (LEAL, 2012, p.96).

Insta mencionar que o Brasil, como defensor internacional dos direitos humanos e sociais, não faz distinção nacionalista quanto a defesa dos direitos tutelados pela lei. Considerando, tacitamente, todo aquele que esteja sob solo brasileiro, um ser humano com direitos sociais, individuais, personalíssimos e humanos.

“Logo, o cidadão, independentemente da nacionalidade, tem assegurados os seus direitos e garantias individuais, que são afiançados e protegidos pela Constituição Federal brasileira. E são importantes porque confirmam direitos individuais da verdadeira democracia, do Estado Democrático de Direito e, portanto, inerentes à dignidade da pessoa humana, ou seja, são considerados o respeito à criatura humana e os limites do poder através dos direitos inerentes ao cidadão” (SARLET, 2009. p.122).

Seguindo este mote de inteligência, compreende-se a partir destes aspectos a força normativa dos princípios constitucionais e as razões de sua indisponibilidade.

“Sendo eficaz não só para dirimir dúvidas interpretativas ou auxiliar no esclarecimento de preceitos normativos intra e extra constitucionais, especialmente no caso de colisão ou conflitos de direitos fundamentais, mas também para servir de fundamento autônomo para decisões no âmbito da jurisdição constitucional, especialmente no controle da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais” (ALVES, 2010. p.106).

Assim, segundo Alves, o princípio da dignidade da pessoa humana, tem inúmeros condões valiosos a aplicação da lei, visto que além de postular legitimidade aos seus tutelados ainda é visto “possuindo eficácia hermenêutica e normativa decisiva” (ALVES,

2010. p.106), ou seja, estando equiparado a norma fundamental passa a possuir relevância ímpar no ordenamento jurídico, pois revela-se decisivo aos intérpretes e aplicadores da Constituição.

“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direito e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e essa, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças” (ALVES, 2010. p.106).

Destarte, porquanto o arcabouço fundamental carregado no presente artigo, reflete-se sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, visto seu caráter fundamentador, e "devido à sua intangível dignidade, o homem tem direito ao respeito" (MAURER, 2011. p.80).

Nesse sentido, é oportuno mencionar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não consagrou dispositivo específico quanto à indisponibilidade dos direitos fundamentais. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na matéria, nos quais é possível localizar o conceito de indisponibilidade de direitos:

“Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente” (BRASIL, STF, RE n. 248.869/SP).

Nota-se que o Ministro não situou a indisponibilidade como uma característica intrínseca a um tipo específico de direito fundamental, mas expressiu um entendimento normativo de que existem motivações para que se considere determinado direito individual indisponível.

No STJ, o conceito de direito indisponível foi formulado em um caso no qual era posta em dúvida a legitimidade do MP para propor a ação:

“Com efeito, direito disponível refere-se à espécie de direito subjetivo que pode ser abdicado pelo respectivo titular e contrapõe-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição por parte de seu titular. In casu, os candidatos preteridos podem reivindicar ou não a nomeação intentada pelo parquet, o que confirma a disponibilidade do direito. À luz do voto, a marca da disponibilidade de um direito consistiria na possibilidade de abdicação por parte do titular. Todavia, há uma conexão direta entre a abdicação e a existência de um espaço de escolha, por parte dos titulares, sobre buscar a tutela jurisdicional ou não. Em assim sendo, outro sinal da disponibilidade seria o de um direito a respeito do qual incumbe ao titular decidir pleiteá-lo judicialmente” (MARTEL, 2021, p.01).

Apesar das incongruências apontadas, o sentido geral da expressão direito disponível no acórdão do STJ é o de um direito que pode ser abdicado por manifestação do seu titular.

Porém, a sua função se adapta a necessidade, carregando função social e atribuindo a lei, não apenas o condão resolutório de conflitos, mas sim a face educadora e fraterna ao ensinar que "respeitar o próximo enquanto ser humano significa valorizá-lo em razão da dignidade que lhe é intrínseca. A dignidade jamais deve ser esquecida ou colocada em segundo plano" (COSTA, 2012. p.91).

E em geral, a indisponibilidade é apresentada como inerente ao conceito de direito fundamental. Já na jurisprudência, o conceito é mais fluído, havendo apenas uma leve tendência no sentido de serem indisponíveis aquelas relações jurídicas de direitos fundamentais que não devem ser, de um prisma normativo, enfraquecidas pelos seus titulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, evidenciou-se que a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco ao indivíduo, portanto, indisponível e irrenunciável. Dessa afirmação pôde-se ainda constatar, que a garantia da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana é corolário do seu caráter supraconstitucional.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma jurídico-positiva de status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, capaz de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa

humana, é o cerne da interpretação dos demais princípios jurídicos, de modo a permear toda hermenêutica constitucional, no sentido de que, a ignorância e/ou a violação a esse princípio, resultará numa devastadora catástrofe às bases de todo o sistema constitucional.

Porém, o estudo mostrou que a disposição de posições subjetivas de direitos fundamentais é normativa, uma vez que não faz parte da estrutura do direito, situando-se nas razões para se ter e exercer direitos. A linha decisória dos tribunais confirma que a disponibilidade situa-se no patamar normativo. O elemento é revelador, pois a indisponibilidade deixa de ser compreendida como intrínseca ao conceito, o que afasta a noção de que todos os direitos fundamentais são indisponíveis.

Os sistemas jurídicos ao determinar a indisponibilidade, é necessário apresentar as razões e suprir ônus de argumentação, uma vez que o consentimento, elemento nuclear da disposição, possui íntima relação com o exercício de posições subjetivas de direito fundamental, isto é, quando uma posição é reputada indisponível, pode-se abalar indevidamente outras posições subjetivas de direito fundamental.

Por fim, salienta-se que, na delicada trama dos direitos fundamentais, reconhecer que as posições subjetivas de direito fundamental não são conceitualmente (in)disponíveis não significa que a cautela possa ser afastada no exame normativo. O cuidado quanto às condições e interpretação do consentimento, quanto à efetiva liberdade na disposição, e com aqueles limites substantivos aceitos em sociedades democráticas e plurais precisa ser intenso, para que a inviolabilidade do indivíduo não se perca pela supervalorização do consentimento, em um ideal de liberdade isolado, caótico e vazio.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

BARCELLOS, Ana P. de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BLANCO, R. **Aprendendo na diversidade**. Transcrição da Conferência Aprendendo en la Diversidad. III Congreso Ibero-Americano de Derechos Humanos. Foz do Iguaçu/PR. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **HC 95464**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3097398/habeas-corpus-hc-95464-sp>. Acesso em: 25 set. 2021.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n. 248.869/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa. O ECA define, em seu artigo 27, a indisponibilidade do direito discutido no acórdão.

- _____. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento Nº 70018683508**. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 28/03/2007. Disponível em: <https://jus.com.br/jurisprudencia/16757/tjrs-autoriza-interceptacao-telefonica-para-localizar-devedor-de-alimentos>. Acesso em: 25 set. 2021.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais**: in SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (Org). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- COSTA, F. **Dignidade e humanização na área da saúde**. 2012. São Paulo: Makron Books.
- LEAL, R. G. Estado, **Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. 2012. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MARREIRO, Cecília Lôbo. **A interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana no atual contexto da constituição brasileira**. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/20939/1/2011_eve_clmarreiro.pdf. Acesso em: 25 set. 2021.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1953/1021>. Acesso em: 27 set. 2021.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana- Princípio Constitucional Fundamental**. 6ªed. Curitiba: Juruá, 2008.
- MAURER, B. **Notas sobre o respeito à dignidade humana**. 2011. Rio de Janeiro: Renovar.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017. p.25
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2010.
- NUNES, R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2009. São Paulo: Saraiva.
- PARENTE, A. F. G. & Rebouças, M. V. P. **A construção histórica do conceito de dignidade da pessoa humana**. Revista Saber Digital, Valença, v. 2, nº 5, 2013.
- PIOVESAN, Flévia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2012. São Paulo: Saraiva.
- _____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19ª ed. 2013. São Paulo: Saraiva.
- SANTANA, Raquel Santos de. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 27 set. 2021.
- SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais - na Constituição Federal de 1988**. 8ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, L. L. & MORAIS, J. L. B. **Comentário ao art. 1º**, caput. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2013. São Paulo: Saraiva/Almedina.

O PAPEL DA GOVERNANÇA NA PROFISSIONALIZAÇÃO DOS AGENTES DE CONTRATAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 173 DA LEI N. 14.133/2021: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS.

BÁRBARA MEDEIROS CARDOSO: Pós-Graduada em Direito Tributário - UCAM/RJ. Assessora de gabinete de Conselheiro do TCE/TO.

RESUMO: O estudo a seguir faz uma análise do papel da governança na profissionalização dos servidores públicos, frente a previsão do art. 173 da Lei nº 14.133/2021 - Nova Lei de Licitação, passando por uma breve análise da governança no Brasil; em como a profissionalização dos servidores é percebida na política de governança das aquisições do setor público; a inovação na Nova Lei de Licitação com a criação do agente de contratação; como tem sido a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, nos termos do art. 173 da Lei nº 14.133/2021; e, por fim, um exame das 3 atividades básicas da governança com vistas a atender a Lei, também no âmbito do TCE/TO. De forma que o objetivo do artigo é realizar análise do papel da governança no desenvolvimento profissional do agente de contratação, a partir da análise de como tem sido a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins para a implementação do que está previsto na Nova Lei de Licitações.

Palavras-chave: Governança. Nova Lei de Licitações. Tribunal de Contas.

ABSTRACT: The following study analyzes the role of governance in the professionalization of public servants, in view of the provisions of art. 173 of Law No. 14.133/2021 - New Bidding Law, going through a brief analysis of governance in Brazil; on how the professionalization of civil servants is perceived in the governance policy of public sector procurement; the innovation in the New Bidding Law with the creation of the hiring agent; as has been the performance of the Court of Auditors of the State of Tocantins, under the terms of art. 173 of Law No. 14.133/2021; and, finally, an examination of the 3 basic governance activities with a view to complying with the Law, also within the scope of the TCE/TO. Thus, the objective of the article is to analyze the role of governance in the professional development of the hiring agent, based on the analysis of how the State of Tocantins Court of Auditors has acted for the implementation of what is provided for in the New Law of Bids.

Keywords: Governance. New Bidding Law. Audit Office.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve contexto sobre a governança no Brasil. 3. A profissionalização dos servidores como política de governança nas aquisições do setor público. 4. Inovação na Nova Lei de Licitação: o que é o agente de contratação? 5. A atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, nos termos do art. 173 da Lei nº

14.133/2021 - Nova Lei de Licitação. 5.1. As 3 atividades básicas da governança com vistas a atender a Nova Lei de Licitações no âmbito do TCE/TO. 5.1.1 Da avaliação das demandas. 5.1.2 Do direcionamento e capacidade de realização dos planos. 5.1.3 Do monitoramento dos resultados. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O imperativo de atualização é algo que não se dá tão somente no plano dos direitos e garantias, mas também no plano do desenho institucional. Assim, reconfigurar o papel das instituições (observados, naturalmente, os limites constitucionais) tendo em conta sempre sua função na arquitetura do poder é tarefa que concorre para o desenvolvimento constitucional.

Nestes termos, os Tribunais de Contas vêm atravessando profundo processo de reinvenção institucional, intensificando seu potencial de contribuição para o aperfeiçoamento da prestação dos serviços públicos a partir de instrumentos como a governança.

A par de investir no seu perfil multidisciplinar e técnico, as Cortes de Contas têm como missão, concorrer para o incremento da função controle como um todo, estreitando seus laços de colaboração com a cidadania no monitoramento das ações públicas, para tanto, a Nova Lei de Licitações requer, expressamente, a atuação dos Tribunais de Contas no processo de desenvolvimento e profissionalização dos servidores públicos a partir da criação do agente de contratação.

Desta forma, o presente trabalho se propõe a fazer uma análise no papel da governança no desenvolvimento profissional do agente de contratação, a partir da análise de como tem sido a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins para a implementação do que está previsto na Nova Lei de Licitações.

A escolha do tema se justifica a partir da observação de como são importantes e necessários os aspectos da governança, no tocante ao desenvolvimento, planejamento e monitoramento dos resultados, para que os fins propostos pela Nova Lei de Licitações sejam alcançados.

Para tanto, os objetivos se encontram dispostos no sentido de analisar a governança no Brasil; em como profissionalização dos servidores é percebida na política de governança das aquisições do setor público; a inovação na Nova Lei de Licitação com a criação do agente de contratação; como tem sido a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, nos termos do art. 173 da Lei nº 14.133/2021; e, por fim, um exame das 3 atividades básicas da governança com vistas a atender a Lei, também no âmbito do TCE/TO.

A fim de se alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa se valerá, em sua abordagem, do método de pesquisa qualitativo; no ponto de vista de sua natureza, será básica; quanto aos seus objetivos, será descritiva; e, finalmente, no que concerne aos procedimentos metodológicos, será adotada a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

A análise empreendida encontra sua riqueza quando do exame e avaliação da atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, nos termos do art. 173 da Lei nº 14.133/2021, onde é possível verificar a aplicabilidade da governança e, mais especificamente, da diretriz jurídico-administrativa de profissionalização do servidor público, na prática.

De forma que a pesquisa irá verificar a importância da governança nos processos, na avaliação, no ambiente, nos cenários, no direcionamento, nos planos alinhados as necessidades e, no monitoramento dos resultados, a fim de sejam obtidos os melhores produtos na profissionalização dos servidores públicos que atuarão como agentes de contratação.

2. BREVE CONTEXTO SOBRE A GOVERNANÇA NO BRASIL

Em 22 de novembro de 2017, diante de um importante contexto político, no qual havia a necessidade de fortalecer a confiança da sociedade nas instituições, tendo em vista o recente impeachment da ex Presidente Dilma Roussef, a prisão do ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e os constantes escândalos de corrupção, o Decreto Federal nº. 9.203 implementou no âmbito da administração pública a política de governança.

A governança pública é um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade, conforme conceitua o Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2014)

Ainda, segundo o mesmo Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública do Tribunal de Contas da União, a governança envolve 3 atividades básicas a serem realizadas pelos seus responsáveis, quais sejam: a avaliação, o ambiente e os cenários para o alcance dos resultados que se pretende; o direcionamento, a orientação e coordenação de políticas e planos alinhados as necessidades; e, o monitoramento dos resultados, o desempenho e cumprimento das políticas e planos.

No tocante aos princípios que regulam a administração pública, a política de governança elegeu como seus pilares: a capacidade de resposta da administração, a

integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas, responsabilidade, ética e a transparência.

Dessa forma, o sistema de valores pelo qual as organizações são dirigidas e controladas exige que todos os indivíduos envolvidos nas ações e atividades do setor público não sobreponham as suas aspirações e valores pessoais acima da boa gestão, para tanto, a profissionalização foi eleita como umas das diretrizes jurídico-administrativas no Decreto Federal nº. 9.203/2017.

3.A PROFISSIONALIZAÇÃO DOS SERVIDORES COMO POLÍTICA DE GOVERNANÇA NAS AQUISIÇÕES DO SETOR PÚBLICO

E como diretriz jurídico-administrativa, para fins de análise e compreensão deste estudo, iremos observar o constante no art. 4º, inciso X, do referido decreto, que estabelece a necessidade de definição formal das funções, das competências, das responsabilidades das estruturas e dos arranjos institucionais (BRASIL, 2017)

Pode-se dizer que essa orientação vem com o objetivo, dentre outros, de recuperar e adequar os quadros do funcionalismo público brasileiro para uma boa prestação dos serviços públicos, fundada no princípio da especialidade, de forma que o servidor possa se capacitar, evoluindo sua análise de procedimentos e processos, de acordo com as necessidades impostas ao seu cargo.

A respeito deste princípio, trago excerto de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014):

O desenvolvimento e a multiplicação das atividades a serem desenvolvidas pela Administração Pública demandam cada vez maior eficiência operativa, o que vem a ser um desafio lançado no campo da Ciência da Administração, mas com direta repercussão no Direito Administrativo, inspirado, assim, a formulação deste princípio da especialidade, voltado a adequar convenientemente meios e fins.

A lei, ao instituir esta especialização, uma vez que o faça, adscrive a cada ente, órgão ou agente um campo ou um setor determinado de ação administrativa, demandando certos conhecimentos específicos para a realização eficiente dos fins administrativos nela visados, vedando-se, em consequência, que esses entes órgãos ou agentes atuem na prossecução de qualquer outra finalidade que não aquela ínsita em sua respectiva regra de competência.

Ante essa vedação, nulas serão quaisquer atividades estranhas à lei instituidora ou que a extrapole, mesmo se a intenção for manifestamente a de servir à sociedade ou de apoiar de algum modo a ação administrativa pública. Seria assim irregular, *exempli gratia*, o ato de um instituto de previdência que institísse um serviço de assistência médico-hospitalar, como também o seria a aceitação de um legado por uma autarquia, que implicasse a instituição de um serviço estranho à finalidade legal da entidade. (g.n)

Depreende-se, portanto, a relevância da especialização do servidor para a efetiva realização das suas funções, para a tomada de decisões embasadas em informação de qualidade e, conseqüentemente, para o gerenciamento dos riscos envolvidos.

Além disso, espera-se que, com o maior grau de especialização dos servidores públicos, menor será o grau de influência de outros agentes nas decisões tomadas por aqueles, garantindo-se, portanto, mais transparência no processo decisório.

Mas dentre outros motivos, falar de governança nos processos de contratação do poder público perpassa pelo julgamento do Acórdão nº. 1.545/2016, do Plenário do Tribunal de Contas da União-TCU. De acordo com a referida decisão, a governança das aquisições consiste no conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo que estas agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis, a partir da implantação e monitoramento de processos e controles na função de aquisição da organização.

Sob essa ótica, importa esclarecer o papel da liderança, que se apresenta como o conjunto de práticas, de natureza humana ou comportamental, a fim de assegurar a existência das condições mínimas para o exercício da boa governança.

Já a estratégia está relacionada a escuta ativa de demandas, necessidades e expectativas das partes interessadas; avaliação do ambiente interno e externo da organização; avaliação e prospecção de cenários; definição e alcance da estratégia; definição e monitoramento de objetivos de curto, médio e longo prazo; alinhamento de estratégias e operações das unidades de negócio e organizações envolvidas ou afetadas.

O controle, por sua vez, é a avaliação, transparência e responsabilização pelos atos praticados.

Com a Nova Lei de Licitações, o responsável por colocar em prática os mecanismos de governança, tais como apontados anteriormente, nos processos de licitação e contratação da administração pública, será a figura do agente de contratação.

Essa mudança vem, à princípio, para atender a uma demanda observada no Decreto Federal nº. 9.203/2017, qual seja, segregar o poder decisório, conforme estabelecido no Referencial Básico de Governança (2014):

Prática L4.2 - Garantir o balanceamento de poder e a segregação de funções críticas.

Implica que as decisões críticas que demandam segregação de funções estejam identificadas e as funções a elas relacionadas estejam segregadas, de modo que o poder para tais decisões não fique concentrado em uma única instância.

No mesmo sentido foi a fala do Relator Senador Antônio Anastasia no Parecer Legislativo do Projeto de Lei nº 4.253/2020 (2020), que deu origem a Lei nº 14.133/2021, consoante esclarecimento apresentado quanto à criação do termo agente de contratação:

O princípio da segregação de funções deverá também ser observado, sendo vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

A esse respeito, saliento a exposição da Advogada da União, Marinês Restelatto Dotti (2018), sobre a temática:

A segregação de funções produz a especialização de agentes públicos, delimita responsabilidades e permite aos órgãos de controle avaliar a conduta de cada agente na produção do resultado tido como inadequado, considerando-se a responsabilidade de cada qual, dadas as circunstâncias em que atuou. Daí ser fundamental a clara distribuição das competências administrativas, delimitando-se a responsabilidade de cada agente em todas as fases dos processos administrativos de licitação e contratação.

Importa considerar que, além do enunciado pelo Relator Senador Antônio Anastasia e pela da Advogada da União, Marinês Restelatto Dotti, a segregação encontra sua

justificativa no princípio da especialização e aqui é importante que fique claro que a especialização não se refere apenas ao domínio do desempenho de determinadas funções no cargo, mas sim a profissionalização e o constante desenvolvimento de habilidades do servidor.

Assim, o agente de contratação passa a ser a principal figura na condução do processo licitatório, aquele que terá de ter/desenvolver habilidades como de liderança, visão estratégica e controle, sendo basicamente o responsável pela tomada de decisão e negociação dos contratos da administração pública, respondendo individualmente pelos atos que praticar.

4. INOVAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO: O QUE É O AGENTE DE CONTRATAÇÃO?

A Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, está trazendo algumas inovações para as contratações públicas diretas, autárquicas e fundacionais nas esferas federais, estaduais e municipais.

Dentre as inovações, destacamos a figura do agente de contratação, servidores efetivos ou empregados públicos, dos quadros permanentes da Administração Pública, que deverão atuar na tomada de decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação, nos termos do art. 6º, inciso LX, da Lei nº 14.133/2021.

Cumprido ressaltar que, em licitação que envolva bens ou serviços especiais, esse agente de contratação poderá ser substituído por uma comissão de contratação, formada por no mínimo 3 membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão, nos termos do art. 8º, § 2º da Lei nº 14.133/2021.

A fim de promover uma maior eficiência, dentro dos quadros da administração pública, exige-se que esses agentes possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 14.133/2021.

Os Tribunais de Contas, por sua vez, deverão promover, por meio das Escolas de Contas, eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da Nova Lei de Licitações, incluído cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas, conforme determina o art. 173, da Lei nº 14.133/2021.

Fica definido, portanto, que todos os servidores que atuarem como agentes de contratação deverão possuir capacitação profissional compatível com o desempenho das “atividades necessárias ao bom andamento da licitação”.

Segundo o professor Victor Amorim (2019), busca-se a partir da criação do agente de contratação institucionalizar a profissionalização dos agentes públicos envolvidos em todo o ciclo de contratação, não apenas com foco na licitação propriamente dita, mas também a relacionada à fase externa do procedimento.

Desta forma, retomando o que foi mencionado anteriormente, ao tratar da governança nas aquisições, bem como em relação a questão das “atividades necessárias ao bom andamento da licitação”, entende-se que o agente de contratação deverá possuir, além da capacitação supramencionada, um conjunto de habilidades individuais, que perpassem pela capacidade de intermediação e liderança, dentre outras.

Para tanto, as entidades públicas licitantes deverão, no prazo máximo de 2 anos, se adequar para institucionalizar o agente de contratação e toda a estrutura que envolve a sua criação, tendo em vista que após decorridos 2 (dois) anos a Lei nº. 8.666/1993 estará revogada em sua integralidade.

O professor Victor Amorim (2019) acredita que os prazos de transição previstos no art. 176 da Nova Lei de Licitações são insuficientes diante da grande deficiência em termos de estrutura, finanças e pessoal.

Desta forma, considerando que a função primordial dos Tribunais de Contas é a fiscalização a partir do controle externo e tendo em vista que os servidores desse órgão atuarão na verificação e controle dos processos licitatórios de seus jurisdicionados, buscamos, com este trabalho verificar qual o programa e estratégia será adotado pelas Cortes de Contas.

Passamos, então à análise do papel desenvolvido pelos Tribunais de Contas, mais especificamente, do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, e sua forma de atuação frente as determinações da lei.

5.A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS NOS TERMOS DO ART. 173 DA LEI Nº 14.133/2021

A Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, estabeleceu em seu art. 173, a obrigatoriedade de realização de eventos de capacitação, pelos Tribunais de Contas, para os servidores efetivos e empregados públicos, a fim de promover o melhor desempenho das funções essenciais à execução da precitada Lei, através das escolas de contas.

Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

No caso, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, por meio de sua escola de contas, o Instituto de Contas 5 de Outubro, possui a missão promover o aperfeiçoamento continuado dos membros e servidores do TCE/TO, gestores públicos e servidores dos órgãos jurisdicionados, bem como da sociedade, visando promover o desenvolvimento de competências individuais e profissionais, objetivando alcançar como resultado a correta aplicação dos recursos públicos e melhores serviços prestados à sociedade.

Para atingir esses objetivos, as ações de capacitação são estruturadas anualmente por meio do Plano Anual de Formação e Capacitação, que converge os objetivos estratégicos institucionais, a matriz de competências e as demandas existentes, conforme estabelece a Resolução Administrativa TCE/TO nº 01/2011, que dispõe sobre o desenvolvimento de ações de educação no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, considerando, para isso, 3 aspectos principais:

1. a necessidade do aprimoramento continuado dos membros e servidores do TCE/TO, para suprir os gaps de competências identificados pelo Setor de Gestão de Pessoas, desde a integração inicial do servidor no ambiente de trabalho à promoção para o desenvolvimento das principais competências necessárias à atuação profissional;
2. a necessidade de aprimoramento continuado dos jurisdicionados estaduais e municipais;
3. a necessidade de destacar a importância de levar o conhecimento à sociedade para que ela se aperfeiçoe com os mecanismos de controle social, no acompanhamento da aplicação adequada dos recursos públicos.

Logo, atentando para a atuação precípua do Tribunal de Contas, no qual exerce o controle externo da administração pública em todos os níveis, inclusive pelo acompanhamento da execução dos programas, projetos, atividades e da movimentação de recursos orçamentários e extra orçamentários, foi empreendida pesquisa e solicitação de informação junto a esta Corte de Contas, para identificação do comportamento desta diante da necessidade imposta pela Nova Lei de Licitações.

Com base nas informações levantadas junto ao TCE/TO, se pode concluir que dentre os objetivos estratégicos apontados no, foi feita a opção para que, primeiramente, fosse realizada a capacitação dos servidores vinculados a própria Corte de Contas, uma vez que estes, além de realizar as licitações em âmbito interno, terão o papel de fiscalizar as licitações de seus jurisdicionados.

Desta forma, importante observar como foi o comportamento do ente sob a ótica da governança, examinando, desta forma, a conduta deste, o direcionamento das ações propostas e monitoramento dos resultados obtidos.

5.1. AS 3 ATIVIDADES BÁSICAS DA GOVERNANÇA COM VISTAS A ATENDER A NOVA LEI DE LICITAÇÕES NO ÂMBITO DO TCE/TO

5.1.1 DA AVALIAÇÃO DAS DEMANDAS

Na análise das demandas, sob a ótica da governança, e mais especificamente do planejamento, importante observar que o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, já havia incluído, Plano Anual de Formação e Capacitação, qualificação aos servidores do seu quadro, com foco na atualização da Nova Lei de Licitações, considerando a possibilidade de que esta seria aprovada.

Nessa esteira, o Plano Anual de Formação e Capacitação 2021, em conformidade com os princípios norteadores da governança, bem como com o objetivo de adequar os quadros do funcionalismo público a uma boa prestação dos serviços públicos, fundada no princípio da especialidade, elencou, nas Ações de Capacitação, cursos e seminários com foco na Nova Lei de Licitações, sendo realizado em junho, apenas dois meses após a publicação da referida lei, a primeira capacitação.

Pode-se concluir, portanto que, as ações dos programas de governança, no que tange a capacitação dos servidores, bem como do art. 173 da Lei nº 14.133/2021, estão institucionalizadas dentro do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

5.1.2 DO DIRECIONAMENTO E CAPACIDADE DE REALIZAÇÃO DOS PLANOS

No que tange ao direcionamento das atividades, o TCE/TO optou por, inicialmente, focar na realização de capacitações para seus próprios servidores, o que se justifica considerando que estes, além de fiscalizarem seus jurisdicionados, tem a necessidade de realizar seus processos licitatórios e atuam também de forma consultiva aos gestores dos outros entes públicos e jurisdicionados, dirimindo as dúvidas que necessariamente vem a surgir a partir do novo marco legal.

Desta forma, em cumprimento ao disposto na Lei, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins tem programadas até o fim do mês de agosto a contratação das instruções

intituladas de “A Nova Lei de Licitações” e “Principais inovações da nova Lei nº 14.133/21”, com cargas horárias de 8 e 20 horas-aula, respectivamente, na modalidade Remota/Online/Síncrona, com transmissão ao vivo por meio da plataforma Microsoft Teams.

O referido curso terá como objetivo capacitar membros e servidores do Tribunal de Contas, para o desempenho das funções essenciais à execução da precitada Lei, focando nas suas principais inovações e sua aplicabilidade, bem como o posicionamento da doutrina recente, confrontando os princípios e disposições da Lei 8.666/93 com o novo regime.

Em relação aos critérios de elegibilidade do público-alvo, considerando que grande parte dos servidores do TCE/TO atuam dentro do controle externo ou atendimento ao público, por meio de consultas aos canais oficiais e ouvidoria, não foram observados critérios específicos para a participação nos cursos, de modo que todos os interessados possam participar.

Observa-se, portanto, que o TCE/TO tem atuado regularmente no tocante “a formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público”.

5.1.3 DO MONITORAMENTO DOS RESULTADOS

A fim de avaliar os resultados das capacitações oferecidas, o TCE/TO procede a disponibilização de uma pesquisa de satisfação dentro do portal do aluno, onde são feitas as inscrições, e os participantes recebem um e-mail para que a respondam.

O cursista que não preenche a pesquisa de satisfação, não consegue prosseguir para novas inscrições em outros cursos/atividades oferecidas pela Corte de Contas e fica impossibilitado de gerar seu certificado de participação sem ter respondido ao questionário, o que torna, portanto, a avaliação mais eficiente.

Ressalto que, dessa forma, o TCE/TO consegue obter uma ampla base de dados e evidências com os resultados das pesquisas, incluindo sugestões para melhor atender ao público, bem como um direcionamento das futuras ações de capacitação, a fim de avaliar se os cursos que vem sendo oferecidos estão produzindo os efeitos/impactos esperados.

No entanto, cabe esclarecer que, conforme informações coletadas, não a base de dados disponível para o público externo, ou seja, os dados somente estão disponíveis no sistema interno do Tribunal de Contas, bem como não há informação de como os dados coletados são tratados e analisados.

CONCLUSÃO

Na pesquisa empreendida junto ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, observou-se que no tocante a governança, os mecanismos de liderança estão bem definidos quando observada a existência do Plano de Capacitação, visto que a Corte de Contas antecipou os gaps que viessem a ser ocasionados pelas mudanças na Nova Lei de Licitações.

Com relação ao direcionamento e capacidade de realização dos planos e considerando a atuação precípua do Tribunal de Contas no controle externo, é imprescindível que, tendo em vista que a Corte irá fiscalizar e orientar os jurisdicionados, os servidores do Tribunal de Contas sejam capacitados, nos termos da lei, com a maior celeridade possível, o que também foi possível verificar durante o estudo empreendido.

Constatou-se também que, dos 3 aspectos principais apresentados por meio do Plano Anual de Formação e Capacitação, quais sejam, 1) a necessidade do aprimoramento continuado dos membros e servidores do TCE/TO; 2) a necessidade de aprimoramento continuado dos jurisdicionados estaduais e municipais; e 3) a necessidade de destacar a importância de levar o conhecimento à sociedade para que ela se aperfeiçoe com os mecanismos de controle social, no acompanhamento da aplicação adequada dos recursos públicos, apenas o primeiro aspecto tem sido posto em prática.

De forma que, cabe a sugestão para que, ainda que as aulas sejam realizadas para os servidores do Tribunal de Contas em sala reservada e online, com o intuito de atingir o maior número de servidores possíveis, ou seja, servidores que não pertencem àquele quadro efetivo, as futuras contratações das Cortes de Contas poderiam priorizar cursos que possam ser transmitidos de forma online para todos os interessados, uma vez que a Nova Lei de Licitações prevê prazos exíguos para a realização das capacitações.

Sobre o monitoramento dos resultados dos cursos oferecidos, O TCE/TO adotou uma excelente estratégia para uma coleta mais ampla dos dados, que pode ser replicada em outras escolas de contas, que é o impedimento do indivíduo de acessar e se inscrever em outros cursos sem que tenha preenchido a pesquisa relacionada ao que já foi cursado. Destaco que os dados das pesquisas são fundamentais para a definição e planejamento estratégico das futuras ações e, portanto, da própria governança da instituição que oferece a capacitação.

Além disso, em que pese a existência de capacitações/palestras a serem realizadas, não foi possível observar a definição de objetivos de curto, médio e longo prazo a serem alcançados, desta forma, levando em consideração a importância do papel do agente de contratação e atentando para as características a serem desenvolvidas por estes, é interessante que haja um cronograma, com o objetivo de que ao final, aquela pessoa que irá desempenhar o referido papel, esteja capacitada não somente nos termos da lei, mas também apta a desempenhar o papel de liderança que a lei o atribuiu.

Logo, percebe-se que quanto mais bem trabalhado o processo de planejamento e estratégia das ações, através de boas práticas de governança, melhores são os resultados a curto, meio e longo prazos, como no processo de profissionalização dos servidores públicos.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Victor. Nova Lei de Licitação cria agente de contratação. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/02/03/nova-lei-de-licitacoes-cria-agente-de-contratacao/>> Acesso em: 15 abril de 2021, 16:00.

BRASIL. Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm> Acesso em: 06 março de 2021, 15:00.

____. Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021. Dispões sobre Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> Acesso em: 20 de abril de 2021.

____. Tribunal de Contas da União. Referencial Básico de Governança. Disponível em: < https://portal.tcu.gov.br/data/files/FA/B6/EA/85/1CD4671023455957E18818A8/Referencial_basico_governanca_2_edicao.PDF> Acesso em: 06 de março de 2021, 15:34.

____. Senado Federal. Parecer Legislativo. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8911883&ts=1614985091876&disposition=inline> > Acesso em: 06 de março de 2021, 17:40.

DOTTI, Marinês Restelatto. Governança nas contratações públicas: aplicação efetiva de diretrizes, responsabilidade e transparência. Inter-relação com o direito fundamental à boa administração e o combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 69.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. P. 112.

VALLE, Vanice Lírio do. O papel dos Tribunais De Contas na implantação e aperfeiçoamento das políticas públicas. Disponível em: < https://www.academia.edu/14923983/O_PAPEL_DOS_TRIBUNAIS_DE_CONTAS_NA_IMPLANTA%C3%87%C3%83O_E_APERFEI%C3%87OAMENTO_DAS_POL%C3%8DTICAS_P%C3%9ABLICAS?email_work_card=view-paper> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

O DIREITO PENAL CONFIGURADO PELA SOCIEDADE DE RISCO

GUILHERME LOBO MARCHIONI:

Mestrando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Membro do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado Exceção (PUC/SP - CNPq); Especialista em Direito Penal na Escola Superior do Ministério Público; Advogado Criminalista.

Resumo: Partindo da ideia da sociedade de risco, especialmente na forma delineada pelo sociólogo Ulrich Beck, elaboram-se noções sobre o contexto social e político que conduzem ao emprego do Direito Penal como resposta à sensação de insegurança social, caminhando em paralelo com o aumento de tipos penais que visam salvaguardar bens jurídicos de natureza supraindividual e com o aumento da tipificação penal de condutas que afetam crimes de perigo. Com a identificação e conjugação de elementos da sociedade de risco aliado ao direito penal moderno, busca-se demonstrar a aproximação deste cenário ao desenvolvimento da chamada expansão do direito penal.

Palavras-chave: sociedade de risco, medo, expansão do direito penal, bem jurídico supraindividual.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito entre a sociedade de risco e o medo; 3. Bens jurídicos supraindividuais face a expansão do Direito Penal; 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

O Direito se altera constantemente. Entre evoluções de conceitos, interpretações diferenciadas de princípios, geração de novas legislações, o direito se constrói e reconstrói a partir dos problemas sociais que lhe são apresentados.

Das visões que vem para trazer novas reflexões ao Direito, a sociologia está entre aquelas que mais nos permite compreender o caminho que nos trouxe até o cenário atual da ciência jurídica. Nesse sentido, as ponderações da chamada sociedade de risco merecem lugar de destaque, haja vista o impacto das problemáticas que impõe ao Estado, em especial à formulação das respostas a demandas da sociedade por meio do Direito Penal.

2. O Direito na sociedade de risco

A expressão sociedade de risco foi popularizada pelo sociólogo Ulrich Beck. Em obra de 1986 – sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade –, nela o autor

apresenta um estudo sobre a magnitude dos riscos na sociedade pós-industrial, definindo sua compreensão e sua configuração na era moderna.

Sustenta o sociólogo que a sociedade, com sua crescente produção social de riqueza, apresenta uma extensão dos riscos inerentes à convivência, superando-se a esfera individual e adentrando a uma dimensão de novos riscos coletivos.

De acordo com o autor, na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos.¹⁵⁸

Em apertada síntese, o argumento central explanado na obra sobre a sociedade de risco diz respeito à maneira como a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi deslocada pela sociedade de risco, em que a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade. O desenvolvimento da ciência e da técnica não podem mais dar conta da predição e controle dos riscos. Estes, por sua vez podem gerar ocorrências de alta gravidade para a saúde humana, o meio ambiente, e sistema econômico e social, desconhecidas a longo prazo e que, quando descobertas, tendem a ser irreversíveis.

A sociedade de risco, pelo próprio autor, caracteriza-se "como uma época em que os aspectos negativos do progresso determinam cada vez mais a natureza das controvérsias que animam a sociedade"¹⁵⁹

Ulrich Beck aponta que os riscos modernos incluem os riscos ecológicos, químicos, militares, nucleares, genéticos, informacionais e produzidos industrialmente. Incorporou também os riscos econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais e desestruturação da máquina estatal, os quais podem advir, aliás, de práticas criminosas relacionadas a crimes econômicos.

E delimita, ainda, delimita a definição destes riscos pela conjugação de três elementos fundamentais que o compõe. São, portanto, riscos que: (i) não são limitáveis nem no espaço nem no tempo e tampouco no plano social; (ii) não podem ser atribuídos

158 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

159 BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. In: *Ideias: revista do instituto de filosofia e ciências humanas*, n. 1. Campinas: Unicamp, 2010. p. 229.

a pessoas com base nas regras de causalidade, da culpabilidade e da responsabilidade em vigor; e (iii) não podem ser objeto de compensação ou de alguma fiança¹⁶⁰.

A tese exposta pela sociedade de risco é compreendida a partir de momento posterior à segunda guerra, quando a sociedade se torna deveras complexa ao aportar riscos que são verdadeiramente globais¹⁶¹.

Neste sentido, o raciocínio proposto por Ulrich Beck é figurado pela concepção de que a modernização dissolveu a sociedade agrária no século XIX, abrindo espaço à sociedade industrial. No período atual, a modernização dissolve o perfil tradicional da sociedade industrial, fazendo com que surja outra noção de sociedade.¹⁶²

Assim o autor pondera que "risco" não significa catástrofe, significa *antecipação* da catástrofe. Os riscos consistem em encenar o futuro no presente, ao passo que o desenrolar das futuras catástrofes é, em princípio, desconhecido. Sem técnicas de visualização, sem formas simbólicas, sem meios de comunicação de massa, os riscos não se concretizam como método de imbuir na sociedade uma sensação de temor.

A questão sociológica é esta: se a destruição e o desastre foram antecipados, isso pode gerar uma pressão para agir. A construção social de uma antecipação "real" de catástrofes futuras no presente (como a mudança climática ou a crise financeira) pode se tornar uma força política que transforme o mundo (para melhor ou para pior)¹⁶³.

Afirma, ainda, que os riscos de grande escala atravessam a autossuficiência das culturas, idiomas, religiões e sistemas tanto quanto a agenda política nacional e internacional; eles perturbam suas prioridades e criam contextos para a ação entre posições, partidos e nações conflitantes que não conhecem nada uns sobre os outros, que se rejeitam e se opõem.¹⁶⁴

Em que pese a brevidade com que se trata um conceito tão complexo como o da sociedade de risco neste espaço, deve-se considerar que é forçoso reconhecer que a

160 BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. In: *Ideias: revista do instituto de filosofia e ciências humanas*, n. 1. Campinas: Unicamp, 2010 p. 229.

161 É imperioso recordar-nos dos riscos advindos da produção de energia nuclear com potencialidade de dizimar completamente territórios extensos, crises financeiras iniciadas no sistema bancário que atingem toda a economia global, casos de distribuição de remédios impróprios que são disponibilizados ao alcance de milhares de pessoas.

162 AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 77.

163 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 362.

164 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 365.

sociedade sempre envolveu riscos, mesmo que tomada a definição do termo tal qual empregada pela sociologia. Contudo, constata-se que a profundidade do estudo conclui pela significação de risco de maneira mais agressiva em razão das particularidades, em grande parte derivadas das facilidades tecnológicas e desenvolvimento cultural, da atual sociedade. Quer dizer que, diferentemente do passado, os riscos hodiernamente enfrentados pela sociedade se protraem no tempo e no espaço.¹⁶⁵

Há a possibilidade de que as consequências derivadas dos riscos mencionados venham a se produzir tão-somente em outro Estado, ou que uma decisão tomada hoje venha a produzir efeitos deletérios daqui anos à frente. É como constatou Paulo Silva Fernandes:

*O réquiem pela sociedade industrial (seguido do advento do prefixo 'pós' e subsequente baptismo da nossa era com esta designação) coincide com a transmutação dos riscos, de local e temporalmente localizados e definidos, em universais e de difícil delimitação temporal, e também do aparecimento de terríveis catástrofes derivadas de, já se disse, decisões humanas.*¹⁶⁶

Certo é que o Direito não seria poupado do debate jurídico instaurado ante a percepção da sociedade de risco. Com efeito, podemos concluir sem grandes esforços que o fato de vivermos na sociedade de risco influencia, diretamente e especialmente, o Direito Penal.

É notável que com o advento da nova sociedade de risco e suas facilidades adveio também crônica sensação social de insegurança, culminada em uma sociedade do medo. Este sentimento é propagado no imaginário coletivo agravado pelas características da sociedade massificada atual, da qual é inerente a intensa divulgação de fatos de interesse jurídico-penal, amplamente mostrados e repetidos por intermédio dos inúmeros e velozes meios de comunicação, ecoando-se sua gravidade a tal ponto que os receptores das mensagens sentem real temor e assimilam o entendimento de que o Estado revela-se incapaz de prevenir e reprimir a prática de infrações penais.

¹⁶⁵ É bem de se ver que o homem, em sua vivência em comum, sempre se viu deparado com inúmeros riscos; mas, por igual, inegável é que, principalmente a partir da segunda metade do séc. XX, com o advento de novas situações de risco, foi ele também submetido a uma inesperada vida mais perigosa. Na Europa, por exemplo, verificaram-se situações paradigmáticas, como o desastre de Chernobyl ou as dramáticas ocorrências relativas ao Contergan, Lederspray ou do Azeite de Colza. Em particular no Brasil, de se notar, além dos inúmeros desastres naturais como os referentes a derramamentos de petróleo, a catástrofe ocorrida na Vila Parisi, São Paulo. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. *In*: Boletim do IBCCRIM, janeiro de 2003.

¹⁶⁶ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 51-52.

Neste contexto, o Direito Penal se rearma como resposta ao medo determinado por uma maior identificação/solidarização da coletividade com as vítimas, em decorrência do medo de tonar-se uma delas.¹⁶⁷

Esse medo está relacionado ao sentido dado por Zygmunt Bauman ao sentimento, para quem esta é a denominação concedida à incerteza, bem como à ignorância da ameaça e do que pode ser feito, do que é possível ou impossível de ser realizado, sobretudo se a solução estiver além do alcance do indivíduo.¹⁶⁸

É esse o medo da sociedade de risco, ele assombra sem que haja uma explicação visível, é difuso, disperso, mas orienta o comportamento cultural e social. E é nesse ponto que o medo e a necessidade por mais segurança se encontram com a limitação da liberdade. A liberdade, a intimidade, a privacidade individual tornam-se passíveis de sofrer restrições severas em troca de expectativa de segurança em relação aos sofrimentos e riscos do mundo externo. Aqui é o próprio indivíduo que vem a “abrir a mão de uma parcela, geralmente generosa, de liberdade em troca da obtenção, em tese, de mais segurança¹⁶⁹”.

É o cenário, portanto, que leva ao clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva e uma constante pressão sobre os poderes públicos para que reformas penais sejam realizadas, sempre no sentido de promover um maior rigor no combate à criminalidade.¹⁷⁰

Não importa se o perigo representado pelo risco de que algo vá acontecer venha a se concretizar ou não. Basta a possibilidade de sua ocorrência para que se gere uma realidade social nova, para que um novo valor tido pelo grupo como algo digno de proteção seja violado, ou seja, para que a sensação de segurança se transforme em insegurança.¹⁷¹ O mero risco – gerador do medo e da insegurança – é suficiente para que

167 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 15. Escreve o citado autor: *o medo assume verdadeiro protagonismo na vida das pessoas, trazendo, como consequência, uma generalizada sensação de insegurança capaz de criar o ambiente propício para a expansão do direito penal*.

168 BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 57.

169 TRAMBORLIM, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. *Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos*. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André (coord). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

170 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 178.

171 SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e globalização*. São Paulo: Quartierlatin, 2007. p. 108.

os cidadãos se sintam ameaçados e em perigo, e conseqüentemente clamem por proteção. Sentimento este que é fielmente diagnosticado pela oportuna expressão: *o discurso de risco começa ali onde a crença na segurança termina*¹⁷².

Neste marco da sociedade mundial de risco, com surgimento de riscos tomados como em grande escala graças aos efeitos da globalização e assimilando as incertezas e inseguranças criadas pelos novos riscos tecnológicos e econômicos, se estabeleceram os elementos para que a crescente demanda social por segurança ocorresse. O fato, contudo, é que esta demanda revelou-se normativa e substancialmente direcionada ao sistema penal.

As demandas pelo incremento da repressão penal diante do discurso de risco são comumente atendidas pelos poderes públicos em termos populistas, e que com pouco apreço a soluções não imediatistas busca o Direito Penal como um instrumento que serve para alardear uma pretensa solução. Assim, não raras vezes são criadas leis com normas incriminadoras compostas por tipos insuficientemente concretos que deixam de considerar o delito como fenômeno social, possuindo uma matriz meramente simbólica¹⁷³. Evidentemente, a insegurança jurídica gerada pela presença de um Direito Penal simbólico, em muito, supera a suposta segurança social dele oriunda.¹⁷⁴, de modo que, nesse aspecto, o discurso motivado pelo frenesi de risco pode acarretar a ineficiência do próprio sistema penal.

3. Bens jurídicos supraindividuais face a expansão do Direito Penal

Sendo os grandes riscos que dão corpo à sociedade de risco aqueles que superam a esfera individual, a hipótese que admite lidar com tais riscos por meio do Direito Penal conduz à ideia de uma criminalidade moderna, de um Direito Penal moderno.

Este Direito Penal moderno comporta uma estrutura diferenciada, descrita por Winfried Hassemer a partir das seguintes características: não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata; atinge bens jurídicos supraindividuais e vagos; os danos causados tem pouca visibilidade à primeira vista; suas

172FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra, Almedina, 2001. p. 59.

173Conforme explica o Professor Alemão Claus Roxin, efetivamente "as leis penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecedora do Estado". *In: ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

174SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 70.

formas de concretização são civis, ou seja, raramente a ação culmina em violência física e as práticas criminosas caracterizam-se pela internacionalidade, pela profissionalidade e pela divisão do trabalho¹⁷⁵. Tais fatores conjugados com a criminalidade de massa contribuem para a sensação de ausência de proteção comunitária.

Tem-se que as questões sociais e políticas afetam o cerne do Direito Penal porquanto demandam uma resposta prática. Isso implica a necessidade de interpretação, sistematização e desenvolvimento da ordem jurídica e de teorias científicas no que tange ao Direito Penal, acarreta, portanto na dogmática penal, o caminho da racionalização jurídica¹⁷⁶. Nas palavras da professora Marta Machado:

a percepção dos fenômenos da sociedade de risco e do Estado preventivo e a gama de pressão que exercem sobre o sistema penal emergem justamente ao lado de uma tendência cada vez mais progressiva de orientar o discurso dogmático-penal à realidade dos problemas sociais.¹⁷⁷

Identificam-se, assim, no campo dos novos riscos, tendências de política criminal que tem em comum, de maneira geral uma proposta de extensão da intervenção estatal sancionadora, de modo a utilizá-la como meio para evitar o maior número possível de resultados indesejáveis.

Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas – algumas vistas como excepcionais no passado – mais flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva.

A propósito disso, o professor espanhol Jesús-María Silva Sánchez constata em sua obra *a expansão do Direito Penal*, que:

A sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar

175 HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 41-51.

176 ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartierlatin, 2012. p. 29.

177 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Op. cit.* p. 92.

individual. Como também tem a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas.¹⁷⁸

Verifica-se, de fato, uma real expansão do Direito Penal, como bem ressalta Silva Sánchez. Para o autor, já desde algum tempo, pode-se perceber, na maioria dos países, uma tendência clara de introdução de novos tipos penais, agravamento de penas já existente, reinterpretação de garantias penais clássicas, criação de novos tipos penais, ampliação dos espaços de risco relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização de princípios de garantia. A isso poderia se ter por expansão do Direito Penal.¹⁷⁹ É claro, ainda, que os elementos trazidos pela sociedade de risco foram a verdadeira força motor no desenvolvimento da expansão do direito penal.

Ainda que se pretenda conceber a política criminal moderna a partir de uma índole restritiva e minimalista, na prática o movimento a que se submete o Direito Penal na sociedade de risco é o de expansão – efetivamente, essa é a tônica das alternativas propostas pelo direito penal de risco, sintetizado na extensão da proteção a bens jurídicos supraindividuais.

A política criminal que vem sendo imposta pode ser verificada a partir da constatação das seguintes alterações ocorridas no paradigma da *práxis* do Direito Penal; (i) uma considerável ampliação dos âmbitos sociais passíveis de intervenção penal, a qual passa a abarcar tanto as novas realidades e riscos sociais quanto aqueles preexistentes cuja vulnerabilidade é potencializada; (ii) a significativa transformação dos objetivos e do campo de atuação da própria persecução penal, que passa a se preocupar com a criminalidade dos poderosos, principais detentores da capacidade de desenvolver as novas formas delitivas utilizando de posição e condição social, e que até então dificilmente entravam em contato com o sistema punitivo; (iii) proeminência à intervenção punitiva em detrimento de outros instrumentos de controle social; (iv) necessidade de adequação do conteúdo do Processo Penal às dificuldades ínsitas à persecução das novas formas assumidas pela criminalidade, o que perpassa o processo de modernização e atualização de instrumentos punitivos e métodos de investigação no sentido de torná-los mais eficazes ao processamento dos crimes inseridos na lógica da sociedade de risco.

Ademais, em referência à dogmática penal, o salutar debate em pauta é delimitar pelas seguintes tendências político-jurídicas da criminalidade de risco: (v) a de ampliar a proteção penal a bens jurídicos supraindividuais; (vi) a de alargar e antecipar a tutela penal,

178 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal na sociedade pós industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-29.

179 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil - da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

abandonando a lesão ao bem jurídico como centro gravitacional do sistema para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta e organização, mediante o uso habitual dos tipos de perigo abstrato; (vii) a formulação de tipos indeterminados e de normas penais em branco, que trazem largas referências a dispositivos extrapenais; e, (vii) a de repensar o conceito de culpabilidade para abarcar não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas.

Tais mecanismos voltam-se à utilização do Direito Penal como instrumentos para responder aos anseios da sociedade por proteção, promovendo, assim, uma alteração qualitativa na intervenção penal. Em última instância, tais estratégias buscam a eficácia na obtenção da almejada segurança e inserem-se em um clima político voltado à estabilização da confiança dos cidadãos na inviolabilidade da ordem jurídica. Há aqui uma alusão a um confronto entre Estado e riscos sociais, cujo combate vem sendo realizado por meio do Direito Penal em detrimento de ser, em verdade, o ramo do Direito que se caracteriza pela utilização como *ultima ratio*.

A relevância da qual se revestiu o Direito Penal ao tutelar os bens jurídicos de natureza supraindividual é realidade incontestável. Se, em princípio, o direito penal cuida dos interesses individuais, com o evoluir da sociedade moderna, passou-se também a ocupar-se bens coletivos e, depois, com os bens metaindividuais. Hoje, não sem razão, bens jurídicos em demasia encontram-se penalmente resguardados, sendo, contudo, motivo de preocupação dogmática.¹⁸⁰ Temas como a tutela do meio ambiente, direito do consumidor, direito médico, direito informático são objetos desta proteção penal supraindividual.

A este propósito, o Professor Renato de Mello Jorge Silveira constata a economia como um dos bens jurídicos supraindividuais mais tutelados pelo Direito Penal moderno¹⁸¹. O autor aponta duas definições ao Direito Penal econômico, o primeiro considera-o simplesmente o direito das atividades econômicas ou da empresa, vale dizer, como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens de serviços. Já o segundo – em sentido estrito – poderia ser visto como o conjunto de normas jurídico-penais que

180 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

181 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia.¹⁸²

O Direito Penal Econômico guarda particularidades muito próprias, inserindo-se na categoria do Direito Penal supraindividual. Ele, conceitualmente, contudo, é anterior à constatação da chamada sociedade de risco descrita por Ulrich Beck, estando presente desde a segunda metade do século XX.¹⁸³ De fato, os primeiros passos do Direito Penal econômico foram determinados por Edwin Sutherland em suas proposições criminológicas acerca dos crimes dos poderosos – o famigerado crime do colarinho branco – com capacidade para afrontar a economia amplamente considerada.

A evolução analisada aqui, contudo, constata-se pela conjugação do advento da expansão penal e do da preocupação com direitos supraindividual, que constituem as condições necessárias à verdadeira inserção de bens jurídicos como a proteção da economia em sentido amplo ou o meio ambiente na legislação criminal gerando instrumentos normativos atualizados como a Lei de Lavagem de Capitais, a Lei das Organizações Criminosas, a Lei da Empresa Limpa, e a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais. É como aponta Cláudia Barrilari ao asseverar que o Direito Penal, antes isolado na torre da última reserva de resposta estatal para os autos individuais, agora é chamado para tutelar os conflitos que surgem nesse novo panorama mundial¹⁸⁴.

4. Considerações finais

Apresentadas algumas das características principais do Direito Penal enveredado a lidar com a moderna concepção de risco, é possível afirmar que o fenômeno do surgimento dos riscos efetivamente impõe ao Direito Penal um confronto entre as novas tendências político-criminais, que têm em seu horizonte a sociedade de risco, e os princípios fundantes da racionalidade penal moderna.

É, atualmente, lugar-comum falar-se na necessidade da busca de um “Direito Penal mínimo”. Entretanto, tais colocações, entram em choque com a constatação de certa

182SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil - da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

183 *Idem*. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. In: *Boletim do IBCCRIM*, n. 238, setembro de 2012.

184 BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: RT, 2018, p. 21.

expansão desse mesmo Direito Penal, sentida pela criação de novos tipos penais próprios de uma sociedade em fase de avanços tecnológicos.¹⁸⁵

Nesse sentido, diante da complexidade da sociedade de risco ante a estrutura da dogmática penal, pode se dizer que o produto da pós-modernidade, no ambiente de relações sociais, econômica e culturais, trouxe consigo um conjunto de riscos e insegurança, bem como problemas do controle social, que afetaram, sobremaneira, o Direito Penal. Ramo do direito que agora, que recebeu a missão de dispor de novas formas de prevenção e minimização dos riscos.¹⁸⁶

Nos termos das abordadas ideias sobre a expansão do Direito Penal por Jesús-María Silva Sanchez, o expansionismo da repressão penal é uma realidade incontestável em contínua progressão, bastante favorecida pela situação crítica das sociedades contemporâneas, em razão de fatos como instabilidade econômica e política e das questões geradas pela globalização. A consequência é a configuração do direito criminal como verdadeiro Direito Penal de risco, que pode ser constatado através do Direito Penal aplicado ao contexto das empresas¹⁸⁷:

*El Derecho penal de la empresa ha ido configurándose progresivamente como un "Derecho penal del riesgo". Ello ha determinado su transformación estructural. Así, la estructura clásica del Derecho penal – la prohibición directa del riesgo jurídicamente desaprobado – ha pasado a convivir con otras estructuras mas compleja y menos estudiadas, que sin embargo habrán de asociarse a aquella de modo probablemente irreversible. Es cierto que el modelo de prohibición directa de riesgos ha debido afrontar la aparición de fenómenos problemáticos para cuya superación seguramente no dispone de los mecanismos adecuados.*¹⁸⁸

Neste proceder, se à expansão do Direito Penal segue-se um direito penal de risco, a sociedade deve se preparar para lidar com a situação instalada, sem prejuízo da discussão sobre a correção ou não deste expansionismo a descaracterizar os aspectos fundantes do

185 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

186 LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade de risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

187 SÁNCHEZ, Jesús-Mária Silva. *Aproximação ao Direito Penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 77.

188 SANCHEZ, Jesus-Maria Silva (Director). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p. 13.

Direito Penal. Isto porque pouco se atentou para criar mecanismos verdadeiramente adequados para tratar os riscos relacionados a direitos supraindividuais.

De fato, nós nos defrontamos com um conflito no Direito Penal, ou seja, a mudança de paradigma da discussão distintiva da dogmática penal, a qual se alterna da função do direito penal e passa a focar na penúria de buscar atender à necessidade de um sistema de prevenção capaz de contrapor-se aos riscos e, por via reflexa, prevenir riscos penais. Com efeito, o avanço da tipificação de crimes de perigo, levando em consideração a lesão a bens jurídicos transindividuais, é consequência da utilização do Direito Penal como um instrumento de gestão de riscos¹⁸⁹.

Assim, ganham espaço no ordenamento jurídico penal os crimes de perigo, aqueles estruturados para a proteção dos bens coletivos supraindividuais ou difusos, mas é preciso ter cautela com a criação de crimes como os de perigo abstrato. Deve-se ter a elaboração de leis penais de maneira bastante estrita a um mínimo indispensável, sob pena de, além da notada expansão penal, ter-se presente, também, uma quebra dos princípios fragmentários e de *ultima ratio*, tão duramente alcançados como verdadeira garantia humana em face do poder do Estado.¹⁹⁰ Bem por isso insiste-se que não se vislumbra, ao menos pelo direito criminal a solução adequada e eficaz para o tratamento de riscos alinhados a bens jurídicos supraindividuais.

Uma importante repercussão da conjugação desses elementos é percebida no que concerne ao mundo empresarial, onde surgiu o debate sobre a implementação de programas de conformidade (ou *compliance*). O que antes existia sob o manto da Governança Corporativa e gestão de riscos, sendo por grandes companhias na lida com questões societárias e administrativas, passa também a tutelar, por meio de regras privadas, situações atinentes ao Direito Penal.

Com efeito, a empresa que cria regras próprias atendendo a demandas geradas pela legislação com conteúdo penal ou administrativo-sancionador, tal como ocorre com Lei de Lavagem de Capitais e a Lei da Empresa Limpa, exerce uma auto regulação regulada¹⁹¹ afim de gerir riscos criminais, sob esse aspecto o *Compliance Criminal* é mais

189 RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p.133;

190 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67

191 Para o tema da autorregulação, consultar a obra Crime Empresarial, autorregulação e compliance de Cláudia Barrilari, que com maestria pondera: A consolidação da autorregulação passa por uma reconfiguração não só do Direito como do Estado, que não pode mais ser compreendido como um conjunto unitário e isolado, cuja estrutura interna é segmentada de forma hierárquica. Esse novo Estado, denominado por alguns Estado policêntrico, convive com estruturas mais autônomas, com vínculos horizontais de

uma resposta atual à mudança de paradigma determinada pelas particularidades da nossa sociedade de risco.

Em conclusão, experimentamos atualmente uma reação no Direito, fruto da sociedade de risco combinada com a sensação de medo que lhe é latente, forçando-o a evoluir. O resultado prático tem sido enxergar no Direito Penal o instrumento a viabilizar a panaceia de todos os riscos, incluindo àqueles na mira da modernidade que são inerentes à atuação econômica, ao meio ambiente, ao campo tecnológico, entre outros que causam riscos massivos. Consequentemente verifica-se um aumento da repressão criminal, uma expansão das situações tuteladas pelo Direito Penal para tratar dos direitos supraindividuais, circunstância essa que impôs atualmente uma lógica diferenciada na atuação do judiciário criminal suplantando o Direito Penal clássico rumo a um novo Direito Penal.

Referências

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartierlatin, 2012;

BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: RT, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008;

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011;

_____. A política na sociedade de risco. In: *Ideias: revista do instituto de filosofia e ciências humanas*, n. 1. Campinas: Unicamp, 2010;

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007;

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001;

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011;

interdependência, de modo a convergir para a estrutura de rede. Cf. BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: RT, 2018, p. 58.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005;

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade de risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. n. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014;

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva (Director). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Ed. Atelier, 2013;

_____. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal na sociedade pós industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximação ao Direito Penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

_____. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil - da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual, *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. *In: Boletim do IBCCRIM*, n. 238, setembro de 2012.

TRAMBORLIM, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. *In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André (coord). Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

A LEI DE EXECUÇÃO PENAL ACERCA DOS INSTRUMENTOS DE REINserÇÃO SOCIAL

FRANCISCO SILVA FILHO: Acadêmico no Curso de Direito da Universidade Católica Tocantins. Servidor Público da Secretaria de Cidadania e Justiça do Estado do Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA¹⁹²

WELLINGTON GOMES MIRANDA¹⁹³

(Orientadores)

Resumo: Este trabalho objetiva compreender a Lei de Execução Penal acerca dos instrumentos de reinserção social e sua eficácia. Nota-se que o Sistema Prisional brasileiro atual sofre com a superlotação e altos índices de reincidência, o que pode tornar o processo de ressocialização falho. Sendo assim, se as ferramentas utilizadas para ressocializar não são capazes de cumprir essa previsão, não há o que se falar em reinserção social. Desta forma compreender esses instrumentos/ferramentas de ressocialização são essenciais para atingir o objetivo da Reinserção Social.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal (LEP); Ressocialização; Instrumentos de Reinserção Social.

Abstract: This work aims to understand the Penal Execution Law about the social reinsertion instruments and their effectiveness. Note that the current Brazilian Prison System suffers from overcrowding and high rates of recidivism, which can make the resocialization process flawed. Thus, if the tools used to resocialize are not capable of fulfilling this forecast, there is no way to talk about social reintegration. Thus, understanding these instruments/tools for resocialization are essential to achieve the goal of Social Reintegration.

¹⁹² Possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017).

¹⁹³ Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT.

Keywords: Criminal Enforcement Law (LEP); Resocialization; Social Reinsertion Instruments.

Sumário: 1 Introdução. 2 Instituto Jurídico da Pena. 2.1 Conceito de penas e prisão. 2.2 Finalidades e características das penas. 2.3 Os tipos de penas. 3. Lei de Execução Penal brasileira – LEP. 3.1 Da Natureza Jurídica e Dos Objetivos da Lei de Execução penal. 3.2 Princípios que norteiam a Lei de Execução Penal. 4 Instrumentos de ressocialização dos presos. 5 Considerações Finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem possui direitos fundamentais que são inerentes à sua existência. Tais direitos foram assegurados no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Maior – a Constituição Federal, através do artigo 5º – para que ninguém possa violá-los.

A Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, instituiu o Estado Democrático de Direito, no qual a República Federativa do Brasil está alicerçada. Nesse âmbito, firma-se o direito das liberdades civis para toda a população, sem exceções.

Desde os primórdios, o homem sofre penalizações decorrentes de suas ações, isto porque até mesmo as sociedades mais remotas, como forma de manter a harmonia na comunidade, já adotavam ações que conseguissem assegurar seu bom funcionamento, integridade e moralidade: as penas. No contexto atual, pode-se dizer que a pena evoluiu, não tendo somente o caráter punitivo, mas também de ressocializar quem praticou o ato criminoso. É um sistema que proporciona ao infrator a possibilidade de pagar por seus erros, preparando e recuperando-o para retomar a vida em comunidade.

No entanto, observa-se no Brasil, mesmo havendo legislação específica que dispõe sobre os direitos e deveres dos apenados, a disparidade entre o que roga a legislação no tocante ao processo de recuperação do infrator e a realidade do sistema prisional. Factualmente, é comum nos veículos de imprensa as notícias e/ou reportagens sobre o sistema prisional, quer seja pela falta de condições básicas, superlotação, quer seja por fugas e rebeliões.

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020), entre janeiro e agosto de 2020, a somatória de presos e monitorados eletronicamente do sistema penitenciário brasileiro passava dos 750 mil. Os quais deveriam ser devidamente assistidos. Além disso, o número de reincidências é elevado, mesmo o Brasil possuindo políticas públicas de ressocialização. Desta forma, é fundamental entender como essas ferramentas funcionam e sua eficácia.

Nesse ínterim, a Lei de Execução Penal (LEP) nº 7.210/84, tem como principais funções tornar efetivo o disposto em sentença e, igualmente, proporcionar as devidas condições para que a integração social seja alcançada, independente dos erros cometidos.

Na seara penal, no tocante aos indivíduos que infringiram as leis do país e encontram-se em restrição de liberdade, a Lei de Execução Penal Brasileira vislumbra assegurar os seus direitos e deveres, bem como possui instrumentos de ressocialização para que o condenado consiga retornar ao convívio social, evitando a reincidência.

Todavia, mesmo com o avanço na legislação, a realidade atual do sistema prisional brasileiro demonstra estar longe de cumprir com o seu papel ressocializador. Partindo desta premissa questiona-se: quais são os instrumentos de ressocialização previstos na Lei de Execução Penal?

Com isto, objetiva-se compreender a Lei de Execução Penal acerca dos instrumentos de reinserção social e sua eficácia. Especificamente, discutindo sobre a pena privativa de liberdade, descrevendo os instrumentos de reinserção social da pessoa privada de liberdade e compreendendo a sua eficácia.

No contexto social, a relevância deste estudo surge da necessidade de vislumbrar uma nova realidade em relação a ressocialização dos apenados. Em tese, nossa sociedade aplica penas aos que cometeram alguma infração como forma de garantir que eles se reintegrem novamente ao convívio social e possam retomar suas atividades como cidadãos, mas a realidade diverge dessa utopia.

A metodologia científica aplicada neste estudo foi de abordagem qualitativa, de natureza pura, pelo método dedutivo e com objetivos descritivos. A coleta dos dados foi realizada por meio da revisão bibliográfica, com informações levantadas em artigos, doutrinas e na legislação pertinente, em especial dos últimos 5 anos.

2 INSTITUTO JURÍDICO DA PENA

O ser humano tem natureza social, necessita do convívio em conjunto, da vida em sociedade. Porém, por motivos diversos, este pode representar riscos ao convívio social e aos demais cidadãos, devendo ser “penalizado” para manter o bem comum.

Nesse sentido, é papel do Direito, em especial do Direito Penal zelar pela harmonia social e aplicar as punições cabíveis. Dentre as formas de punição, a prisão está presente em todo o processo histórico humano (SOUSA, 2018).

De acordo com Pessoa (2015), posto o dever do Estado em punir aqueles que cometem algum ato infracionário, as prisões foram a forma encontrada para fazer a reclusão social daqueles que infringiram a lei.

É unísono entre os autores que dispõem sobre a temática, que a história da pena tem suas origens nas sociedades mais remotas da civilização humana. Nesse sentido, Sousa (2018) explana o caráter social e político humano, o qual o leva naturalmente a necessidade de conviver em sociedade, pois é nela que ele nasce, consegue se desenvolver, cresce e potencializa as suas experiências. Sem a sociedade, ou seja, em um meio singular, tal desenvolvimento não ocorreria em sua plenitude.

Bitencourt (2020) chama atenção para o fato de que por ter origem tão remota, que beira a da própria história da humanidade, cercada de incertezas, pode ser que na tentativa de aprofundar sobre datas exatas do início da penalização, o locutor acabe por se equivocar. O que se pode é seccionar os eventos em tempos históricos e discorrer a seu respeito.

Natali Francisco Miyazaki afirma que:

De fato, a análise da história mostra que o homem sempre buscou agrupar-se e que, se assim não fosse, provavelmente nossa espécie não subsistiria a vida primitiva. No entanto, o convívio social exige renúncias e, para que ele fosse possível, no decorrer da história, as comunidades humanas sempre procuraram estabelecer um conjunto de regras para orientar a vida em sociedade, sendo que a imposição de sanção àqueles que de alguma forma as infringissem tornou-se indispensável à subsistência do corpo social (Miyazaki, 2018, p. 14).

O agrupamento humano é base para a vida humana, por isto foi ímpar a elaboração de regras de convivências e de punições aos que as desobedecessem. Factualmente, a vida social requer renúncias no sentido de não ultrapassar o direito do outro.

Incertos das raízes da pena e prisões, uma das doutrinas mais aceitas é a da tríplice divisão, em que se tem a 'vingança privada', 'vingança divina' e 'vingança pública'. Conforme Cunha (2020), embora relacionado à gênese humana, não se pode falar em Direito Penal sistematizado nos tempos primitivos, pois nesta época não se fazia justiça, os castigos impostos estavam relacionados com a vingança, aplicando-se penas cruéis e desumanas.

Capez (2019) disserta que neste tempo primitivo do Direito Penal, quando a organização social ainda era por meio de tribos, não se tinha regras escritas e estas eram desconexas, alicerçadas no conceito de moral, nos hábitos, costumes, crenças, magias e outros. Por isso, na ocasião, a pena tinha a função de defender a sociedade. Além disso, a questão religiosa era muito presente e forte, acreditava-se que a paz era uma dádiva divina, quem a perturbasse deveria ser punido como forma de satisfação aos deuses – a vingança divina.

A respeito desta fase, Bitencourt (2020) afirma que os infratores eram punidos por agressões à divindade (infração totêmica), com castigos que ceifavam suas vidas, castigos totalmente desproporcionais. O foco era satisfazer a divindade, por isso os castigos eram equivalentes com a grandiosidade da divindade ofendida. Uma vez que o castigo era em função da divindade, a sua aplicação ocorria pelos sacerdotes.

Adiante, “evoluiu-se” para a fase da vingança privada. Segundo Estefam e Gonçalves (2020) esta fase é marcada pela vingança com as próprias mãos. Assim como na anterior, não se percebia justiça, as penas eram violentas, em sua maioria desproporcionais e exageradas. Os autores citam como penas impostas neste período histórico a: “perda da paz”, em que aquele que praticou o ato era banido da sua tribo, findo à sorte; e a “vingança de sangue”, quando se pagava com o próprio sangue (vida) pelo ato, o que acabava gerando guerras e mais mortes.

Com a evolução social, a fim de evitar que os homens fossem dizimados, surge a Lei de Talião, com a máxima de “olho por olho, dente por dente”, em que o mal causado seria reparado de modo igualitário entre infrator e vítima. No entanto, com o passar do tempo, a sociedade foi se deformando, deteriorando com a aplicação das penas, surgindo a possibilidade de escapar do castigo comprando sua liberdade (BITENCOURT, 2020).

Aos poucos, com a configuração social mais forte e definida, os chefes de família, da tribo ou clã, passaram a concentrar o poder absoluto de decidir as penalidades, conhecida como fase da vingança pública (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

A fase da vingança pública:

Revela maior organização societária e fortalecimento do Estado, na medida em que deixa de lado o caráter individual da punição (perturbador maior da paz social) para que dela se encarreguem as autoridades competentes, ficando legitimada a intervenção estatal nos conflitos sociais com aplicação da pena pública. A pena pública

tinha por função principal proteger a própria existência do Estado e do Soberano, tendo como delitos principais os de lesa-majestade e, sucessivamente, os que atacassem a ordem pública e os bens religiosos ou públicos, tais como o homicídio, as lesões corporais, os crimes contra a honra, contra a propriedade etc. Nem por isso, entretanto, as sanções perderam o seu aspecto cruel e violento (ex: morte por decapitação ou forca), transcendendo, em alguns casos, a pessoa do culpado, atingindo descendentes por diversas gerações (CUNHA, 2020, p. 48).

Nota-se a intenção desta fase em proteger a vida social e a convivência humana, embora o caráter vingativo ainda predominasse, mas caminhava-se para o que hoje concebemos como justiça, com penas proporcionais aos atos e mais humanitárias.

Com o fim da vingança privada, somente o Estado passa a ter a capacidade de aplicar as sanções, que são o meio de ação do Direito Penal. “Só o Estado é o titular do *jus puniendi*, que é o Direito Penal subjetivo. Mesmo nos casos de legítima defesa e de ação penal privada, o exercício desses direitos não é transferido ao particular”, o monopólio do direito de punir é do Estado (JESUS, 2020, p. 51).

Juarez Morais de Azevedo sintetiza essas três fases afirmando que:

A história da pena inicia-se com o castigo físico aplicado pelo chefe religioso, apresentando, portanto, caráter sacro, sem limites preestabelecidos. Passando pela proporcionalidade, com talião, a composição, e a presença de um órgão ou autoridade estatal em sua aplicação para finalmente, materializar-se na prisão, o que representou grande evolução em termos humanísticos (MORAIS DE AZEVEDO, 2019, p. 148).

A história da pena se inicia com o castigo físico, com a crueldade, sanções bárbaras e desproporcionais aos delitos cometidos, com cunho retributiva. No entanto, avança e, nesse sentido, a construção de prisões é um grande passo para sua face humanística.

No entanto, de acordo com Gueiros e Japiassú (2018), diante de todo o histórico do Direito Penal, no qual este, mesmo com traços religiosos, busca restaurar a paz social e religiosa diante de um tabu ou perturbação, não se pode dizer que a pena é mera vingança. As penas da época, apesar de carregadas de vingança, eram o princípio de punibilidade do agente delituoso.

É em meados do século XIX que as punições físicas, de castigo e de dor desaparecem, em que se passa para a sobriedade punitiva, não do modo como se vê atualmente, mas com mais humanidade. É verdade que os crimes também eram diferentes. Surge a vigilância, e o policiamento e processos punitivos (SOARES, 2017).

Sousa (2018) coloca que a sociedade muda, a cultura, os períodos e ideologias também, mas a necessidade de normas que controlem permanece, por isso sempre se faz presente o Direito, as regras e as punições. Historicamente, a concentração de pessoas na área urbana fez surgir as periferias, sem condições dignas de sobrevivência, fazendo aumentar também a criminalidade. Nesse ínterim, coloca-se o conceito de pena e prisão.

2.1 Conceito de pena e prisão

Como visto outrora, nos tempos primitivos, a pena indicava vingança, revide à agressão/infração. Essa realidade passa a se modificar com a instituição de prisões, quando o autor de infrações passa a ser isolado do convívio social. Na atualidade a pena reflete justiça.

Gueiros e Japiassú (2018, p. 84) colocam que a "palavra pena origina-se do latim *poena* que, por sua vez, deriva da expressão grega *poiné*", já na Grécia antiga, este último termo era usado para um tipo de indenização feita pelo matador em função dos parentes das vítimas. *Poiné* também era usado na mitologia grega em menção à deusa responsável por realizar castigos. No latim (*poena*) significa multa, punição ou castigo. Foi adotada por outros idiomas, todos com o sentido de punição. Os autores elucidam ainda que a pena é a forma do Estado punir os autores de infrações penais, ou seja, a imposição da perda de um direito em punição ao seu ato.

Fernando Capez conceitua a pena como sendo a:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2019, p. 646).

O Estado assumiu o papel de julgar e punir os culpados por algum dano à sociedade. Capez (2019) conceitua a pena como sanção imposta pelo Estado em resposta ao ato delinquente, com a finalidade de puni-lo, mas também de promover integração social.

Nucci (2020, p. 513) concorda que a pena seja uma sanção imposta pelo Estado, tendo como finalidade a prevenção de novos crimes e de retribuição ao delito impetrado, é ainda “uma necessidade social de sobrevivência, cuja imposição simboliza a retribuição pela prática do crime, objetivando-se a prevenção de outras infrações, seja pelo próprio condenado, seja por outras pessoas”.

Destaca-se a fala de Bitencourt (2020) ao pontuar a quase unanimidade dos autores em relação a necessidade da pena para a convivência humana em sociedade, em especial nos dias atuais. A pena é o principal recurso do Estado para manter a harmonia social. O autor coloca ainda que, no início, a prisão foi constituída com otimismo, principal resposta penológica, principalmente a partir do século XIX.

Cunha (2020, p. 481) conceitua pena como uma “espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente”. Para o autor, a sua imposição depende do devido processo legal. De mais para mais, a convivência harmônica de uma sociedade depende do poder punitivo estatal, por isso, é irrenunciável que haja controle social.

Nesse ínterim, surgem as prisões, como parte das penas. Para Cesar Roberto Bitencourt:

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua permanente reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que a mesma guarda em sua essência contradições insolúveis, que a pós-modernidade precisa resolver (BITENCOURT, 2020, p. 1279).

A prisão é uma forma de punir os agentes delituosos, afastando-os do convívio social para que se reconstruam como cidadãos, paguem por seus atos e se preparem para retornar à sociedade. Segundo Bitencourt (2020), um mal necessário, e uma história de constante reforma.

Sousa (2018) elucida que devido a sua natureza social e política, o homem não nasceu para ser confinado, à sua essência está relacionado a liberdade. A privação deste direito é uma forma de sanção, eficaz para sua reeducação social. Ademais, o autor coloca que:

Nesse contexto de perda de caráter religioso, responsabilidade coletiva, urbanização e modernização, e observação da dignidade da pessoa humana, acentua-se também o emprego da pena privativa de liberdade. As prisões buscam sua real eficácia: reeducar e reintegrar o preso à sociedade. (SOUSA, 2018, p. 05).

Nota-se que as prisões surgiram como forma de evolução do sistema de sanções por delitos cometidos. Soares (2017) afirma que durante o século XVIII, buscou-se por parte da sociedade, judiciário e prática penal, uma forma de castigo que fosse eficaz, não para punir menos, mas para punir melhor. Assim surgem as prisões.

2.2 Finalidades e características da pena

Segundo Jesus (2020), a pena tem finalidade preventiva, no que tange a evitar práticas infracionais. Nesse âmbito pode ser geral, com fim intimidativo, direcionada a todos da sociedade, e pode ser especial, quando direcionada exclusivamente ao autor do delito. Além disso, a pena tem finalidade retributiva.

Há que se pontuar que assim como o próprio conceito de pena evoluiu, sua finalidade foi distinta entre as diferentes sociedades. De acordo com André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, há três teorias que explicam a finalidade da pena, são elas:

- a) Teoria absoluta ou da retribuição: a finalidade da pena é punir o infrator pelo mal causado à vítima, aos seus familiares e à coletividade. Como o próprio nome diz, a pena é uma retribuição.
- b) Teoria relativa ou da prevenção: a finalidade da pena é a de intimidar, evitar que delitos sejam cometidos.
- c) Teoria mista ou conciliatória: a pena tem duas finalidades, ou seja, punir e prevenir (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 712).

De modo geral, observa-se que a pena tem a finalidade de punir o infrator, para que ele repare o mal cometido a sociedade, mas também busca intimidar, evitar que os atos delituosos sejam cometidos ou que haja reincidência (embora a pena em si não seja o único meio de evitar a reincidência).

Cunha (2020) disserta que no Brasil, as penas têm sua finalidade alicerçada na tríplice finalidade ou polifuncional, em que pode ser retributiva, preventiva e reeducativa, cada uma identificada em uma fase diferente do processo penal. Coloca que a finalidade de

prevenção geral visa a sociedade, a fim de evitar o delito. A previsão especial negativa tem sua finalidade no delinquente, para evitar que reincida. A retribuição busca retribuir o mal causado. A efetivação da sentença e prevenção especial positiva tem seu fim no delinquente, na sua ressocialização.

São características das penas: o atributo de ser personalíssima, ou seja, atinge apenas o autor do delito, como roga a Lei Maior; a sua aplicabilidade é disciplinada mediante a lei; é inderrogável, no sentido da certeza de sua aplicação; deve sempre ser proporcional ao crime, para refletir a Justiça (JESUS, 2020).

Todos os elementos que circundam as penas (conceitos, finalidade, características) são essenciais para a ideia de justiça da atualidade e para refutar o que foi visto outrora, em que se tinha penas duras, desproporcionais e, por vezes, impessoal.

2.3 Os tipos de penas

As penas possuem algumas distinções de acordo com as suas características. Dentre elas, pode-se citar o disposto na Constituição Federal de 1988, no art. 5º: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

Outrora, pôs-se o conceito de pena como sanção penal, de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença àquele que foi julgado culpado em relação a prática de infração penal. A pena pode ser constituída de restrição ou privação de um bem jurídico, a fim de aplicar a punição ao infrator, lhe readaptando e preparando para o convívio social. (CAPEZ, 2019)

A exemplo da pena de privação da liberdade cita-se a privação de direitos, como a privação do direito a liberdade. A pena que limita o fim de semana é uma representação da restrição de liberdade. A perda de bens é a reversão dos pertences do indivíduo condenado em prol do Fundo Penitenciário Nacional. Já a multa é aplicada nos casos em que há pagamento de imposto na sentença. A proibição de exercer funções públicas ou profissionais são exemplos da suspensão ou interdição de direitos (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Jesus (2020) coloca que a doutrina traz como penas as: corporais; privativas de liberdade (reclusão e detenção); restritivas de liberdade; pecuniárias; e privativas e restritivas de direitos. A prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestações de

serviços, interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana são penas restritivas de direito. Cita-se que:

As penas privativas de liberdade são: reclusão, detenção e prisão simples. As duas primeiras constituem decorrência da prática de crimes e a terceira é aplicada às contravenções penais. As penas restritivas de direitos são as seguintes: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores. A pena pecuniária é a multa (NUCCI, 2020).

Segundo Nucci (2020), partindo do conceito de pena em que há a necessidade de prevenir delitos, reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social e reafirmação dos valores protegidos pelo direito penal, cita os tipos de pena privativas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias.

Na concepção de Estefam e Gonçalves (2020), as principais penas são as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e as multas. Para fins desta pesquisa, destaca-se as penas privativas de liberdade.

A pena privativa de liberdade é aquela em que o indivíduo é privado do seu direito de ir e vir. Estas penas se dividem em: reclusão, quando as infrações possuem gravidade maior, a exemplo de homicídios, roubo e estelionato, além de ter regime mais severo; a detenção se aplica em casos mais leves como constrangimento e crime contra a honra (ESTEFAM; GONÇALVEZ, 2020).

Em seu art. 5º a Lei Maior do nosso ordenamento, basilar em relação aos direitos fundamentais do homem, em especial o da liberdade, estabelece no inciso XLVI que a legislação regulará a individualização da pena, a exemplo da privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multas e outras.

Estefam e Gonçalves (2020) disserta que, uma vez prevista na Carta Magna, a pena de privação de liberdade não constitui violação à dignidade da pessoa humana. Obviamente, deve se ater às especificidades da demonstração da culpa do agente e mediante o devido processo legal.

A pena privativa de liberdade é definida por Masson (2019, p. 799) como “a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado”, havendo, no direito penal brasileiro, três espécies: a

reclusão e a detenção, que são relativas a crimes e a prisão simples, referente às contravenções penais.

Capez (2019) e Nucci (2020) também citam estes três tipos de penas privativas de liberdade, embora outros autores citem apenas a detenção e a reclusão. Nucci (2020) disserta que estas poderiam ser unificadas, na verdade, sob a denominação de pena de prisão. Para o autor, no caso da pena de prisão simples, é aplicada para contravenções penais, devendo ser cumprida em regime aberto ou semiaberto.

A pena de reclusão pode ser cumprida em regime aberto, fechado ou semiaberto. A pena de detenção é cumprida em regime semiaberto ou aberto. A diferença entre esses dois tipos de pena não se limita ao regime, também está no estabelecimento penal da execução, na sequência de execução no concurso material, incapacidade para o exercício do poder familiar e a medida de segurança (JESUS, 2020).

É importante pontuar que o regime (ou sistema penitenciário) é, segundo Masson (2019), o meio pelo qual será efetivado o cumprimento da pena privativa de liberdade, podendo ser fechado, aberto ou semiaberto. A respeito dos regimes penitenciários tem se que no:

- (i) Fechado: cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média.
- (ii) Semiaberto: cumpre a pena em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar.
- (iii) Aberto: trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa do Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga (CAPEZ, 2019, p. 649).

Estes regimes definem como será o cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo que no regime fechado, o apenado cumprirá a pena em um estabelecimento penal de segurança máxima ou média. No caso do semiaberto, o preso começa a ser reinserido na sociedade, mas com limitações, podendo sair durante o dia para fins de determinados, retornando ao estabelecimento à noite. No aberto, pode trabalhar ou frequentar cursos, recolhendo-se em albergues ou em sua própria casa à noite.

Masson (2019) explica que, inicialmente, três fatores definem a escolha do regime prisional que será adotado nos casos de prisão privativa de liberdade, que são a reincidência, a quantidade da pena e as circunstâncias judiciais.

3 LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA - LEP

Os diferentes grupos, tribos e/ou sociedades ao se organizarem, buscaram uma maneira de identificar e punir os delinquentes. No entanto, o processo não envolve apenas a punição/correção, vai além, está no cuidado com o apenado. Por estar em situação de marginalização, o apenado não deixou de ser cidadão, de ter e gozar de direitos.

Nesse sentido, surgem as políticas de ressocialização, visando reduzir as desigualdades enfrentadas pelos presos. No âmbito do Brasil, tem-se a Lei de Execução Penal (LEP), para assegurar os direitos dos apenados.

A sociedade atual é fruto da evolução humana em suas diversas áreas (humana, social, política, científica e outras). Todavia, a Constituição Federal de 1988 é um dos pilares da nova sociedade. Esta institui o Estado Democrático de Direito, resguarda os direitos fundamentais do homem, dispõe sobre seus deveres e apregoa o dever do Estado em zelar pelo bem comum.

Soares (2017) coloca que o dever punitivo é exclusividade do Estado, posto o seu papel em zelar pelo bem de todos, há a necessidade de combater à criminalidade. É fato também que seu dever engloba cuidar dos infratores. O autor chama atenção especial o fato de que a constituição brasileira, mesmo rogando que não se pode oferecer tratamento desumano e degradante, acolhe e protege as minorias, fazendo valer os seus princípios constitucionais. Assim, justifica-se o afastamento do cidadão do convívio social, observando as peculiaridades existentes, buscando harmonia, sociedade solidária e justa, pautada no princípio da isonomia.

A Execução Penal ou Direito de Execução Penal é um dos desdobramentos do Direito Penal, que assessora a fase de execução, após a fixação da pena. Ademais, as variadas “espécies de pena, os regimes prisionais, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, os próprios direitos do apenado, são questões tratadas indistintamente pelos Direitos Penal e de Execução Penal”, o que reforça sua relação (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 89).

Em conformidade Nucci (2016, p. 938), a Execução Penal “trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária”. Nesse ínterim, o processo de cumprimento da pena ou medida fixada, sendo autônomo, ou seja, tem autos próprios, legislação e procedimentos específicos.

O Direito de Execução Penal é algo relativamente recente, que veio para substituir o termo “Direito Penitenciário”, uma vez que este representa apenas o funcionamento dos estabelecimentos, descreve os direitos e deveres do condenado, suas condições de detenção, o regime, etc., sendo mais restritivo (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018).

Para Cunha (2020), a Execução Penal é de suma importância, pois é nesta fase que se concretiza a “retribuição” e a “prevenção especial”, em outras linhas, é neste momento que ocorrerá o processo de ressocialização e reeducação do infrator para sua retomada da vida em sociedade. Para o autor, o aspecto reeducativo assume importância máxima.

Destaca-se que é pressuposto fundamental da execução penal “a existência de título executivo judicial, consistente em sentença condenatória (para aplicar pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos) ou sentença absolutória imprópria”, que sejam transitadas em julgado (SOUSA, 2018, p. 13).

Merece destaque também, conforme as palavras de Miyazaki (2018), que no ordenamento jurídico pátrio, os indivíduos que são submetidos à pena privativa de liberdade têm os seus direitos resguardados. Todavia, as normas concretas que orientam a execução penal estão dispostas na Lei 7.210/ 84, a Lei de Execução Penal.

Soares (2017) define a Lei de Execução Penal como o dispositivo que estabelece as normas fundamentais que regem tanto os direitos quanto as obrigações dos presos durante a execução da pena. Alude a lei como a Carta Magna dos presos.

Segundo Estefam e Gonçalves (2020) a Lei de Execução Penal no Brasil é bem clara quando à sua finalidade em ressocializar o delinquente, na função ressocializadora da pena. No entanto, o autor chama atenção para o que se observa nos estabelecimentos penais, em que os programas não têm efetividade para atingir este fim.

3.1 Da Natureza Jurídica e dos objetivos da Lei de Execução Penal

A Execução Penal é um processo recente que tem caráter jurisdicional e administrativo, segundo Sousa (2018). Para o autor, parte da doutrina defende que a natureza jurídica da Lei de Execução Penal é puramente administrativa, e outros defendem que é jurisdicional. Há que se dizer da complexidade que a execução penal possui, prevalecendo o entendimento que esta se encontra nas duas esferas.

Guilherme Souza Nucci coloca que:

É, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa. [...] O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo (NUCCI, 2016, p. 939).

Observa-se nas palavras do autor que a natureza jurisdicional e administrativas são complementares dentro do processo de execução penal, ou seja, é um conjunto que engloba os processos de decisões a respeito da pena e sua execução e os estabelecimentos em que serão cumpridas.

Quanto aos objetivos, a Execução Penal tem por finalidade assegurar a efetivação do disposto na sentença condenatória e ainda, proporcionar meios de reinserção social daquele que foi condenado (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018).

A Lei de Execução Penal Brasileira dispõe no seu Título I que, *in verbis*:

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.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança (BRASIL, 1984).

A Lei 7.210/ 84 visa assegurar os direitos e deveres dos apenados, dando-lhes assistência. Fica claro em seu art. 1º, brevemente elucidado, que o seu objetivo vai além de apenas efetivar o que foi sancionado, está na garantia de que a pena será cumprida visando a dignidade da pessoa humana, oferecendo condições ao apenado de viver dignamente enquanto estiver inserido no sistema prisional e após.

A respeito, Bitencourt (2020) explana que a Lei de Execução Penal já se inicia explicando o seu objetivo primeiro que é cumprir a pena e reintegrá-lo na sociedade, dito como indissociável da execução da sanção penal. Assim, se durante o cumprimento da pena não se vislumbra estes dois objetivos, factualmente se mostrará ilegal e contrária à Constituição Federal. O autor conclui que em nenhuma hipótese a pena privativa de liberdade pode atentar contra a incolumidade da pessoa enquanto ser social que é.

Resguardados na Carta Magna de 1988 que prega em seu art. 5º que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, vedando a aplicação de penas cruéis, a fala de Bitencourt (2020) se confirma, pois, se uma pena se volta apenas para a punição, estará violando o princípio da dignidade humana.

3.2 Princípios que norteiam a Lei de Execução Penal

Não se pode falar em justiça e humanidade sem seguir os princípios constitucionais. Segundo Miyazaki (2018), a aplicação de qualquer pena no ordenamento jurídico brasileiro deve seguir os princípios constitucionais que são resguardados pela Lei Maior.

De modo amplo, Capez (2019) explana que, no ordenamento jurídico brasileiro, a pena tem as seguintes características/princípios: a **Legalidade**, tendo previsão em lei vigente; a **Anterioridade**, para atingir o infrator, a lei deve estar em vigência no ato da prática infracionária; **Personalidade**, a pena se limita à pessoa do condenado; **Individualidade**, a imposição e cumprimentos devem ser individualizados; a **Inderrogabilidade**, em que, salvo as exceções legais, a pena deve ser aplicada, não podendo deixar de ser sob nenhum fundamento; **Proporcionalidade**, deve ser deve ser proporcional ao crime praticado; e a **Humanidade**, devendo sempre ser considerado o caráter humano, não podendo ser aplicadas, por exemplo, penas de morte (salvo casos de guerra declarada).

Merecem destaque os princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana. O princípio da Igualdade está previsto caput do art. 5º da Lei Maior, dispondo que todas as pessoas “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 entanto, Cunha (2020) afirma que a igualdade não deve ser considerada apenas em seu aspecto formal, ou seja, no sentido de tratamento igual, mas também sob sua ótica material, no que tange a igualdade material, no tratamento dos desiguais dentro de sua desigualdade.

Quanto à Dignidade da pessoa humana, Guilherme Souza Nucci coloca que a:

É um princípio regente, base e meta do Estado Democrático de Direito, regulador do mínimo existencial para a sobrevivência apropriada, a ser garantido a todo ser humano, bem como o elemento propulsor da respeitabilidade e da autoestima do indivíduo nas relações sociais (NUCCI, 2016, p. 105).

A dignidade humana é inviolável, é o mínimo que o ser humano deve ter para viver dignamente, mantendo suas relações sociais, sendo respeitado pela sociedade, mantendo sua autoestima, existência e sobrevivência.

Pessoa (2015) discorre que de todos, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos mais abrangentes, transcende ao Direito Penal, está em todo o ordenamento jurídico. É um dos princípios que asseguram o país como um Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal. A dignidade humana é imprescindível e inestimável para que a vida da pessoa humana seja respeitada em sua essência.

4 INSTRUMENTOS DE RESSOCIALIZAÇÃO

O sistema normativo brasileiro na atualidade, no que tange à pena, possui as características de castigar, intimidar ou reafirmar o Direito Penal e a de recolher e ressocializar o infrator (NUCCI, 2020). Esse processo, deve ser respaldado nos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, em especial, a dignidade dos ressocializados.

O artigo 1º da Lei de Execução Penal Brasileira - LEP dispõe que a finalidade da execução da pena é tornar efetivo o que foi disposto em sentença ou decisão criminal, bem como assegurar a harmonia da integração social do condenado e internado.

Corroborando com essa tese, os autores Estefam e Gonçalves (2020) salientam que a Lei de Execução Penal no Brasil é bem clara quando à sua finalidade em ressocializar o delinquente, na função ressocializadora da pena. No entanto, os autores chamam atenção para o que se observa nos estabelecimentos penais, em que os programas não têm efetividade para atingir este fim.

É sabido que é dever e responsabilidade do Estado o cuidado com todas as etapas da aplicação da pena. A Lei de Execução Penal – LEP dispõe este dever, reafirmando a finalidade de, a partir destes mecanismos, conseguir realizar a prevenção dos crimes e orientar os indivíduos ao retorno à convivência em sociedade (BRASIL, 1984).

Nesse ínterim, em referência a assistência do preso, internado e egressos, a Lei de Execução Penal dispõe em seu art. 11 o rol de assistência que devem ser prestadas a estes, a saber:

Art. 11. A assistência será:

I – material;

II - à saúde;

III - Jurídica

IV - educacional;

V - social;

VI – religiosa (BRASIL, 1984).

A assistência material de que trata a Lei nº 7.210/84 se refere ao fornecimento de instalações e serviços que supram as necessidades básicas dos presos, como alimentação, vestuário e higiene. Entretanto, o que se observa é o fornecimento do mínimo possível, isto é, uma alimentação inadequada e um ambiente físico sem condições higiênicas. A preservação da higiene nos ambientes de ressocialização é fundamental para preservação da saúde dos detentos.

A assistência à saúde garante que o preso tenha atendimento médico especializado necessário, de caráter preventivo e curativo. O direito a saúde em caráter preventivo, significa dizer, que manter os ambientes (selas) limpos e higiênicos, também é uma forma do Estado cumprir com seu dever de preservar a saúde destes.

A religião é um direito de todos e, mesmo o indivíduo estando privado de liberdade ainda é garantido a assistência religiosa, com acesso a cultos, serviços organizados no estabelecimento penal, bem como livros de natureza religiosa.

Ainda é de competência do Estado promover a assistência jurídica aos reeducados, mesmo aqueles sem recursos financeiros para constituir advogado, que é a assistência jurídica.

A lei supracitada, assegura ainda a assistência educacional, a fim de promover instrução escolar e formação profissional. O processo de reinserção dos reeducando na sociedade é um processo lento e altamente complexo. A questão educacional no Brasil é um dos fatores que elevam a população carcerária. Nesse sentido, tendo em vista o dever do Estado em preparar este cidadão infrator para o convívio harmônicos em sociedade e a baixa escolaridade das reeducando, promover a educação dentro do sistema carcerário é mais que um dever do Estado, é um direito absoluto do cidadão ressocializando e um débito do Estado com este e com a sociedade.

As assistências aos presos determinadas na LEP, é de suma importância para garantir a eficácia do sistema de ressocialização no Brasil. Entretanto, a instrução escolar e profissional é basilar para garantir a reinserção a sociedade. O mercado de trabalho é cada vez mais seletivo e exigente, tornando assim, indispensável a qualificação dos ressocializando antes de reinseri-los na sociedade. A reinserção é a possibilidade do infrator de se regenerar, de modo a não reincidir, ou seja, é a oferta de condições para tal (PESSOA, 2015).

Os reeducando tem direito à assistência social, isso significa dizer, que estes deve ser preparado para o retorno à liberdade. É dever do Estado em promover a retornada destes indivíduos a sociedade de forma dignas, sem que este, sofram discriminações ou preconceitos, para isso, o Estado deve promover a assistência social em sua plenitude. Promover a educação e qualificação profissionais dos apenados é uma forma de assistência social.

Sousa (2018) explana que estes mecanismos de assistência e ajuda ao apenado, de obter condições favoráveis para o seu retorno à vida em sociedade, são o objetivo da execução penal. Sem assistência adequada, o apenado, interno e egressos ficam desamparados no processo de reinserção social.

O dever do Estado, em relação a assistência social não deve ser analisada de forma limitada, e sim, em caráter amplo. O dever do Estado com o reeducando não termina com

o seu reingresso na sociedade, este dever vai além dos muros dos presídios, assim, deve o Estado promover de forma eficaz a integração desses indivíduos no mercado de trabalho, por meios de políticas públicas, que incentive a contratação desse público.

Para fins de integração social do internado ou condenado, conforme LEP, os instrumentos de ressocialização são: o trabalho interno e externo, conforme consta no CAPÍTULO III, seção II e III, objetivando a formação profissional, enquanto dever social e condições de dignidade humana, com fim produtivo e educacional; a assistência Educacional, que conforme art. 17 se constitui de instrução escolar e a formação profissional; a Remição, em que o preso de regime fechado ou semiaberto, em função de trabalho ou estudo, poderá remir parte do tempo da pena; Progressão de Regime; Da Assistência ao Egresso, na orientação, na concessão de alojamento e alimentação por prazo determinado; e Do Livramento Condicional (BRASIL, 1984).

Pessoa (2015) explana que, apesar do dever do Estado, o sistema prisional não cumpre a sua função, pois serve somente para afastar do convívio social, uma vez que o indivíduo é levado, trancafiado e excluído como pena pelo crime praticado. O sistema, em linhas gerais, não promove a ressocialização do indivíduo, uma vez que não propício ambiente adequado. Para o autor, mesmo que a legislação trate de elementos de reinserção e progressão da pena, a realidade destoia: as celas são minúsculas e superlotadas, com presos largados e abandonados. Não há de fato um trabalho social de desenvolvimento e estímulo a ressocialização e reinserção daqueles.

Em conformidade com Nucci (2020), o Direito Penal brasileiro necessita de reforma, para conseguir incorporar os princípios penais constantes na Constituição de 1988. Nesse ínterim, observa-se movimentações nas jurisprudências, mas no que se refere à efetivação da pena, ainda se encontra defasado e retrogrado, violando direitos individuais. Além disso, a Lei de Execução Penal também não atente aos reclamos sociais no sentido de cumprimento real da pena, de modo a promover a ressocialização e reeducação dos sentenciados.

Buscando reverter este cenário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a partir de 2019 vem desenvolvendo ações que visam alterar a atual cultura do encarceramento. Para a efetivação deste novo processo de ressocialização, é implanto o Justiça Presente.

O programa o Justiça Presente é um plano nacional de ressocialização, englobando todo o sistema prisional brasileiro, entretanto, é desenvolvido e implantado em parceria com cada Estado da federação, observando a realidade de apresentado por colaboradores

locais. O referido programa, atua em quatro eixos: Porta de entrada; Socioeducativo; Cidadania; e Gestão e sistemas (CNJ, 2020).

Para mudar a realidade do sistema prisional brasileiro é importante entender o sistema de ressocialização, e principalmente, trabalhar a realidade de cada Estado, e até mesmo, a realidade de cada presídio. O atual programa do CNJ, embora seja recente, é um passo essencial para dar mais dignidade as pessoas privadas de liberdade e vem apresentando resultados satisfatórios no processo de ressocialização.

Os reflexos benéficos desse novo programa podem ser analisados nos quatro eixos, merecendo destaque o Plano Nacional de Geração de Trabalho e Renda. Todos os eixos do programa são fundamentais e se completam, mas o programa de geração de trabalho e renda é um dos mais importantes, pois visa tirar da criminalidade os reeducando, proporcionando-lhe, novos conhecimentos e qualificação profissional, expandindo assim oportunidades no atual mercado de trabalho que já é extremamente competitivo.

De acordo com o Governo do Tocantins (2021), no primeiro semestre de 2021, 124 pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade foram qualificadas no Tocantins através do programa. Os cursos de qualificação oferecidos foram; Curso de fabricação de blocos de concreto, curso de restauração automotiva, curso de construção civil e alvenaria, curso de panificação, curso de auxiliar pedagógico, curso de mecânico de ar em refrigeração e climatização residencial e industrial e curso de pintor imobiliário.

5 SITUAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Não é incomum os noticiários informarem a superlotação do sistema prisional, ou as rebeliões dos presos em busca do cumprimento dos seus direitos. Este estado de calamidade nada mais é do que o resultado de políticas públicas de ressocialização que não são eficazes em sua totalidade. O sistema prisional vive a beira de um colapso.

Além da superlotação, da quantidade de presos que estão em situação provisória, há ainda a falta de condições dignas aos presos, as facções que dominam muitos e espaços e que se fazem presentes em todas as regiões fruto, como é sabido, da entrada de aparelhos de celular, drogas e armas.

Em levantamento realizado pelo G1, Silva et al. (2021) pontuam que a população carcerária brasileira atual é de aproximadamente 55% acima da capacidade do sistema. Vale lembrar que vivenciamos mais de 1 ano de pandemia em decorrência da Covid-19

causada pelo vírus Sars-Cov-2. Além disso, o percentual de presos provisórios subiu, ocupando o percentual de mais de 30% do total.

Nesse contexto, houve redução da taxa do ano passado (67,8%) para este ano, em tese fruto das políticas de combate a Covid-19. Mesmo assim, segundo Silva et al. (2021), a realidade é de um déficit no número de vagas de mais de 240 mil. Os autores colocam que a realidade atual do sistema prisional é de celas lotadas, escuras, bem sujas e quase sem ventilação, infestadas de insetos e ratos, com racionamento de água, acesso médico restrito, comidas estragadas e em pouca quantidade.

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020), entre janeiro e agosto de 2020, a somatória de presos e monitorados eletronicamente do sistema penitenciário brasileiro passava dos 750 mil.

Em consulta realizada no mês de agosto de 2021 na base do Banco de Monitoramento de Prisões, administrado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2021), consta que o há no Brasil o total de 913.410 mil pessoas privadas de liberdade. Destes, 910.898 são presos (em que 412.074 são provisórios). Do total de pessoas privadas de liberdade, 2.521 mil são internados, sendo 538 provisórios. Os dados revelam ainda que há 22.700 mil foragidos e 307.188 procurados.

Considerando as regiões brasileiras, em total de pessoas privadas de liberdade, tem-se: Tribunal Regional Federal 1ª Região com 258.753 mil pessoas (Acre, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá, Pará, Mato Grosso, Tocantins, Maranhão, Piauí, Bahia, Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal); Tribunal Regional Federal 2ª Região, 89.058 mil pessoas (Rio de Janeiro e Espírito Santo); Tribunal Regional Federal 3ª Região, 297.586 mil pessoas, sendo o número mais expressivo entre as regiões (São Paulo, Mato Grosso do Sul); Tribunal Regional Federal 4ª Região, 102.650 mil pessoas (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul); Tribunal Regional Federal 5ª Região, 102.783 mil pessoas (Rio Grande do Norte, Paraíba, Ceará, Pernambuco, Alagoas e Sergipe) (CNJ, 2021).

É nítido o crescimento progressivo no número de pessoas privadas de liberdade ano a ano no Brasil. Esse crescimento não condiz com a capacidade e adequação das prisões, o que esboça a ineficiência das políticas públicas e dos instrumentos de ressocialização. Silva et al. (2021) esboçam que a cada 100 mil brasileiros, 322 estão privadas de liberdade.

Retomando a LEP, é fato que os presos têm o direito à assistência médica, acesso a justiça, saúde, estudo, trabalho e condições dignas de sobrevivência. No entanto, o que as reportagens evidenciam é o inverso. A reportagem de Silva et al. (2021) expõe a fala de

Felipe Patrício (escritor e lutador) e Igo Santos de 37 anos (produtor musical), presos acusados de assalto em Pinheiros-SP. Felipe conta que passaram 13 dias presos no Centro de Detenção Provisória Belém 1, dividindo cela com 22 presos (10 a mais que a capacidade), até que provou sua inocência. Conta que existiam outros que como ele eram inocentes, mas que se quer tinham acesso a advogados.

Igo Santos comenta que teve uma passagem há mais de 10 anos e que o fato de ser negro e ter passagem pode ter pesado para sua prisão, pois “a partir do momento em que você tem uma ficha, você vai ser fichado para o resto da sua vida”. Os questionamentos neste caso são: por que a cela estava tão lotada? Cadê a dignidade humana? Por que há presos sem acesso a advogados? Existe de fato desigualdade social no sistema prisional e ela afeta na quantidade de presos? Todas essas perguntas ressaltam a ineficiência da legislação quanto aos direitos dos apenados. O Estado é o primeiro a não acreditar na regeneração do preso, assim como ocorreu com o Igor Santos, possivelmente ocorre em mais situações (SILVA et al., 2021).

É válido destacar ainda a violência dentro dos presídios, as facções ou organizações criminosas que se tem no país. Mesmo sem levantamento oficial, Kadanus (2021) explana que há cerca de 70 organizações espalhadas pelo país. Uma das mais conhecidas é sem dúvidas o PCC (Primeiro Comando da Capital). Para a autora, o combate às organizações se dá com o entendimento de como elas surgiram.

Kadanus (2021) chama atenção para o fato de as condições desumanas nos presídios ser um fator difundido para o aparecimento de facções. Além disso, a desigualdade, situações degradantes e falta de atuação do Estado são fatores relevantes.

Uma das facções mais conhecidas é o Primeiro Comando da Capital (PCC), criado em 1993, dois anos após o massacre do Carandiru. Estima-se que a ação do PCC tenha sido uma resposta ao massacre.

Gabriel Feltran (2018), em sua obra ‘Irmãos: uma história do P.C.C.’, disserta que há muitas controvérsias do pós massacre do Carandiru, mas o primeiro estatuto do PCC traz de maneira clara que este fato é uma das justificativas eixo de sua fundação, um divisor de águas nas políticas de crime. Assim:

Reivindicando, portanto, o combate às injustiças e opressões, internas e externas à população carcerária, e em ruptura com a tradição associativa dos movimentos sociais das décadas anteriores, a facção expandiu progressivamente sua legitimidade pelo sistema

penitenciário, implementando políticas específicas, de efeitos práticos para os presos, para a população: interditar a violência sexual, reger a gestão dos leitos em cada barraco, ou cela, debater exaustivamente cada situação conflituosa, como um terceiro ator responsável por acessar aquilo que é certo segundo a disciplina do Comando (FELTRAN, 2018, p.140).

Nada justifica a violência aplicada pelo PCC e o cartel que se desenvolveu nos anos seguintes, porém, não se pode negar que a facção é fruto do sistema prisional e da ineficácia das políticas de ressocialização e da não assistência aos direitos básicos dos presos.

Outros dados revelam a situação dos instrumentos de reinserção de que trata a LEP. O Conselho Nacional do Ministério Público (2021) dispõe dados em seu portal a respeito do sistema prisional. Analisando os dados, vislumbra-se que no ano de 2018 (última atualização dos dados), 41,76% das unidades prisionais do Brasil não dispunham de assistência educacional, em 31,44% não havia assistência médica de clínico geral (o percentual mais expressivo é no Nordeste, com 43,02%), 15,24 tinham acesso ao trabalho. Ademais, dos 1.397 estabelecimentos, houveram mortes em 220, somando 393.

Outro ponto crucial é a taxa elevada de reincidência. De acordo com o CNJ (2019), a taxa de retorno ao sistema prisional entre janeiro de 2015 e junho de 2019 foi de 42,5% para os maiores de 18 anos. O estudo alerta que talvez se o período de estudo fosse maior, as taxas provavelmente seriam mais elevadas. Estes dados são preocupantes, principalmente, considerando que o sistema prisional oferece assistências aos presos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem está sujeito a erros de conduta que podem afetar sua vida e/ou a coletividade. Desde os primórdios buscou-se a aplicação de penalidades a estes. A evolução humana levou a sociedade a criar um sistema humanizado, que desdobra os seus olhares para as vítimas e os culpados.

Nesse sentido, pode se dizer que a pena na atualidade, além de punir o culpado, tem a finalidade de regenerá-lo e prepará-lo para o retorno à vida social. Nesse particular, investiu-se em políticas que pudessem alcançar este fim. A Lei de Execução Penal é um exemplo da iniciativa de cuidar da execução penal, assegurando o cumprimento dos deveres e direitos dos presos.

Quanto aos direitos dos presos, a LEP expressa instrumentos capaz de promover a ressocialização, a exemplo da assistência médica, educacional, jurídica, religiosa e social, sem contar no resguardo a sua integridade física.

O sistema prisional com seus quase 1 milhão de pessoas restritas de liberdade está ou vive à beira de um colapso. O que se nota é a superlotação, condições desumanas de recolhimento, violência, falta de voz ativa e outros. Não se pode deixar de citar as taxas elevadas de reincidência, o que implica diretamente na credibilidade da política de ressocialização.

Percebe-se que os programas e ações de ressocialização são componentes ímpares da pena, com potencial de reduzir o número de presos e reincidência no sistema prisional. No entanto, somente pode-se atingir esta utopia com ferramentas eficazes e efetivas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120º). Coleção volume. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1.048 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. 397 p.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em marc. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros/ Conselho Nacional de Justiça** – Brasília: CNJ, 2019 64 p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8. ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. 720 p.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas BNMP**. CNJ, 2021. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em ago. 2021.

CNJ. Conselho Nacional De Justiça (Brasil). O Justiça Presente: relatório unidades da federação. Relatório Unidades da Federação. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Relatorio_Gestao_web_121120.pdf. Acesso em: 29 set. 2021

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. CNMP, 2019. **Sistema Prisional em Números**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL, VOLUME 1, PARTE GERAL: arts. 1º a 120**. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1087 p.

CARRARO GOUVEA, C. Pena privativa de liberdade e superlotação carcerária: explorando os desafios em uma perspectiva comparada. **Revista Vianna Sapiens**, v. 12, n. 1, p. 23, 23 fev. 2021.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Depen lança dados do Sisdepen do primeiro semestre de 2020**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020>. Acesso em: 05 mar. 2021.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **DIREITO PENAL ESQUEMATIZADO – PARTE GERAL**. Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza - 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FELTRAN, Gabriel de Santis. **Irmãos: uma história do PCC**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. v. 1. 318p.

JESUS, Damásio E. de. Parte geral / Damásio de Jesus; atualização André Estefam. – Direito penal vol. 1- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 764 p.

GUEIROS, Artur de Brito Souza; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único**. São Paulo: Atlas, 2018. 1159 p.

KADANUS, Kelli. **Como nascem facções como PCC e Comando Vermelho, alvos preferenciais de Moro**. Gazeta do Povo, 2019. Disponível em: gazetadopovo.com.br/republica/como-nascem-faccoes-como-pcc-e-comando-vermelho-alvos-preferenciais-de-moro/. Acesso em ago. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Volume. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MORAIS DE AZEVEDO, Juarez. A pena privativa de liberdade sob a ótica unitária da necessidade do fim da dicotomia. **Revista Amagis Jurídica**, [S.l.], n. 7, p. 137-150, ago.

2019. ISSN 2674-8908. Disponível em: <<https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/146>>. Acesso em: 07 maio 2021.

MIYAZAKI, Natali Francisco. **Da (dis)funcionalidade da pena privativa de liberdade: uma análise da origem das penas à prisão moderna**. 2018. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1036 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PESSOA, Hélio Romão Rigaud. Ressocialização e reinserção social. **Jusbrasil**, online, 2015. Disponível em: <https://heliorigaud.jusbrasil.com.br/artigos/201967069/ressocializacao-e-reinsercao-social>. Acesso em: 28 mar. 2020.

SILVA, Camila Rodrigues da et al. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia**. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em ago. 2021.

SOARES, Samuel Silva Basilio. A execução penal e a ressocialização do preso. **Revista Âmbito Jurídico**, [s. l.], v. XX, n. 156, jan. 2017. Mensal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-156/a-execucao-penal-e-a-ressocializacao-do-preso/>. Acesso em: 01 maio 2021.

SOUSA, Pedro Henrique Nogueira. **SISTEMA PENITENCIÁRIO**: ressocialização do preso no Brasil e suas consequências para a sociedade. 2018. 44 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2018.

TOCANTINS. Governo do Tocantins. **Sistema Penal**. 2021. Disponível em: <file:///C:/U/BANNER.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES REFERENTES A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

THAISA RODRIGUES: Graduanda em Direito – Centro Universitário de Santa Fé do sul, SP – UNIFUNEC.

RESUMO: O presente trabalho apresenta como objetivo central realizar um estudo sobre o instituto da Propriedade Industrial, amparada pela lei 9.279 do ano de 1996, titulada “Lei de Propriedade Industrial”, além das disposições constitucionais referentes ao tema em comento, demonstrando quais são as espécies inerentes a este instituto, em especial tratando de forma mais aprofundada sobre as formas de patentes, como sendo a patente de invenção e a patente de modelo de utilidade, tal como os direitos e privilégios para aqueles que as possuam, além das limitações impostas pela legislação do tema. Pretende-se falar também sobre a sua importância no cenário econômico do País, o procedimento para o registro e obtenção de tais patentes, a legitimidade para o seu requerimento e o período correspondente às vigências. Além dos pontos acima brevemente citados, também será objeto de estudo as formas de extinção das patentes, previstas no artigo 78 da lei 9.279 do ano de 1996. Diante do estudo, foi possível concluir que o processo de uma nova invenção se trata de algo mais complexo do que apenas a busca e elaboração por uma nova curiosidade, é imprescindível que para que esta inventividade possa ser disposta em prática, esta esteja além do funcionamento físico, em pleno funcionamento legal estabelecidos pelo o nosso ordenamento jurídico. O trabalho foi realizado por meio de revisão de leituras, através de pesquisas em sites, e embasado sobre o ordenamento jurídico que ampara o nosso País.

Palavras Chave: Patentes, Registros, Propriedade Industrial

ABSTRACT: The present work has as its main objective to carry out a study on the Institute of Industrial Property, supported by Law 9,279 of 1996, entitled "Industrial Property Law", in addition to the constitutional provisions referring to the subject under discussion, demonstrating which are the inherent species to this institute, in particular dealing in greater depth with the forms of patents, such as the patent of invention and the patent of utility model, as well as the rights and privileges for those who possess them, in addition to the limitations imposed by the legislation of the theme. It is also intended to talk about their importance in the country's economic scenario, the procedure for registering and obtaining such patents, the legitimacy for their application and the period corresponding to their validity. In addition to the points briefly mentioned above, the ways of extinguishing patents, provided for in article 78 of law 9,279 of 1996, will also be studied. complex than just the search and elaboration for a new curiosity, it is essential that for this inventiveness to be put into practice, it goes beyond the physical functioning, in full legal functioning established by our legal system. The work was carried out through the review

of readings, through research on websites, and based on the legal system that supports our country.

Keywords: Patents, Registrations, Industrial Property

1-INTRODUÇÃO

O tema desenvolvido neste artigo é relevante para o estudo, pois atualmente, em âmbito mundial é notório a incansável prática realizada pelas pessoas físicas e jurídicas pela a busca por novas invenções, que possam proporcionar aos Autores, um espaço no mercado comercial, com a finalidade de uma possível estabilização financeira, está com grande importância, principalmente com base na atual situação econômica em que vários países são encontrados, em que recorrem à invenção e a busca por novidades corriqueiramente.

Em decorrência do aumento das inovações e com ela as criações, é necessário que também ocorra o crescimento no âmbito comercial e aos seus empresários, a circulação referente as informações no aspecto econômico e legal sobre o processo em que se é possível registrar e garantir a total exclusividade sobre determinada propriedade para que não seja explorada e violada a propriedade industrial ou intelectual do Autor.

Propriedade Industrial é o nome dado ao conjunto de direitos cabíveis relativos à asseguaração do controle monopolístico quando ocorre o surgimento de possíveis 4 (quatro) espécies de bens imateriais, que possuam potencial e espaço no mercado, sendo eles: o desenho industrial; a marca; a patente de modelo de utilidade, e a patente de invenção, sendo os dois últimos itens os temas abordados neste trabalho. Os direitos expostos no Artigo 41, 42 e 44 da Lei n. 9.279/96, são assegurados aos Autores e aos conexos a invenção, tendo como intuito, excluir possível exploração de terceiros á bens imateriais já protegidos por lei sendo resguardados mediante o Artigo 5º, Inciso XXIX da Constituição Federal de 1988 “[...] privilégio temporários para sua utilização, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

De forma fundamental, este artigo apresenta como proposta a explanação do âmbito legal e constitucional das propriedades industriais, além de tratar sobre o procedimento de registro e especificar as modalidades de patentes existentes em nosso ordenamento jurídico, ao decorrer do artigo exemplificando-as.

2-CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO BRASIL.

Em 1808, quando o Brasil finalmente deixou de ser classificado como uma colônia submetida a Corte Portuguesa, foi autorizada a criação de fábricas. Estabelecida tal liberdade, deu-se início no Brasil a industrialização, e logo após, foi criado o Alvará de 1809,

que veio a facilitar a importação de matéria prima, assim como criou incentivos para a atividade industrial; concedendo, também, direitos aos inventores de novas máquinas.

Conforme Gama Cerqueira (1982, p. 7), o Alvará de 1809 teve inspiração na Lei Inglesa, e mostrava aspectos da proteção legal das invenções.

A introdução da primeira Constituição Brasileira em 1824, veio para determinar que os inventores “terão a proteção de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização” (artigo 179, item 29).

Há de se observar que, assim como o Alvará de 1809, a Constituição de 1824 não mencionou nada acerca de proteção de marcas, mas somente de direitos de patentes.

Em 28 de agosto de 1830, entrou em vigor uma nova Lei, composta por 12 artigos, que visavam efetivar a proteção dos inventos que a Constituição de 1824 determinou. Essa Lei trouxe em seu texto detalhadamente a proteção patentearia, dando a garantia de uso exclusivo de sua descoberta aos inventores, sendo o prazo variável entre cinco e vinte anos, introduziu também, o denominado na época de “aperfeiçoamento”, e que atualmente conhecemos como modelo de utilidade.

A referida Lei, com o propósito de evitar violações à função social da patente, determinou a perda do direito de proteção a patente caso o inventor não iniciasse a exploração de sua invenção no prazo de dois anos.

Somente após 45 anos da primeira Lei sobre direitos de invenção, foi promulgada a primeira Lei que tratava sobre marcas, a Lei nº 2.682, que trouxe consigo dezesseis artigos. Já em seu primeiro artigo, reconheceu “a qualquer fabricante e negociante o direito de marcar os produtos de sua manufatura e de seu comércio com sinais que os tornem distintos de qualquer outra procedência. A marca poderá consistir no nome do fabricante ou negociante, sob uma forma distintiva, no da firma ou razão social, ou em quaisquer outras denominações, emblemas, estampas, selos, sinetes, carimbos, relevos, invólucros de todas as espécies, que possam distinguir os produtos da fábrica ou os objetos de comércio”.

Sobre o referido dispositivo, exemplifica Carvalho de Mendonça: “o primeiro ato que do relevante assunto se ocupou. Ele reconheceu a qualquer fabricante ou comerciante o direito de marcar os produtos da sua manufatura e do seu comércio com sinais que os tornassem distintos dos de qualquer outra procedência” (1934, p. 237).

A Lei de privilégios de invenção de 1830 vigorou durante 50 anos, isso porque apenas uma patente foi reconhecida em seus primeiros 5 anos de vigência; e após 20 anos, não passava de cinco. (GAMA CERQUEIRA, 1982, 16). Esta Lei foi substituída no ano de

1882 pela Lei nº 3.129, trazendo consigo importantíssimas inovações em seus 10 artigos. Logo em seu primeiro artigo, determinava que o direito de patente deveria durar por 15 anos, e não mais 20; assim como autorizou o Estado a desapropriar a patente “se durante o privilégio, a necessidade ou utilidade pública exigir a vulgarização da invenção, ou o seu uso exclusivo pelo Estado”.

A Lei em comento permaneceu com a obrigação de exploração da invenção, sob pena de extinção caso não seja realizado no prazo de 3 anos, contados da data do registro da patente. Finalmente, em 1945 entrou em vigor o primeiro Código da Propriedade Industrial, com o objetivo de “reconhecer e garantir os direitos daqueles que contribuem para o melhor aproveitamento e distribuição de riqueza, mantendo a lealdade de concorrência no comércio e na indústria e estimulando a iniciativa individual, o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo” (art. 2º).

O referido código veio para inovar variados dispositivos legais, proibindo pela primeira vez a concessão de patentes para medicamentos (artigo 8º, inciso 2º); bem como a concessão de patentes para invenções que tem por finalidade substâncias adquiridas por meio de processos químicos.

Segundo Gama Cerqueira, o Código da Propriedade Industrial “contribuiu para o aumento extraordinário dos processos a cargo da repartição incumbida dos serviços da propriedade industrial, em desproporção com o seu precário aparelhamento, tanto material como humano” (1982, p. 45).

O referido Código esteve em vigor até o ano de 1971, sendo revogado pela Lei 5.772. Conforme leciona Di Blasi, “as modificações sobre a propriedade intelectual no Brasil desde 1971 resultaram, basicamente, da importância dada ao processo industrial brasileiro e das relações comerciais do País com outras nações, em especial as grandes potências econômicas, em consequência da sua inserção no cenário do comércio internacional de serviços e de produtos manufaturados” (2005, p. 9).

A aprovação da atual Lei da Propriedade Industrial, nº 9.279, de 14 de maio de 1996, foi objeto de muitos debates e controvérsias. O projeto da atual Lei da Propriedade industrial recebeu cerca de mil emendas de parlamentares até ser finalmente aprovada. Isso se deu devido à pressão norte-americana, que impôs mudanças que se adequassem com a legislação patentearia norte-americana.

O principal motivo que deu início a tantos debates acerca da Legislação Patentearia no Brasil foi a proibição de concessão de privilégios para produtos farmacêuticos. Em 1987, inúmeros laboratórios farmacêuticos apresentaram uma petição ao governo norte-americano afirmando que a legislação patentearia brasileira feria tratados e convenções internacionais.

Em 1990, quando Fernando Collor presidia o Brasil, anunciou que enviaria ao Congresso Nacional um projeto de Lei, autorizando a concessão de patentes para produtos farmacêuticos. Segundo Tachinardi, “o conflito com o Brasil explica-se pelo fato de, em 1988, o país ter ocupado o sétimo lugar no ranking farmacêutico mundial.

Era um mercado, obviamente, com uma importância muito grande para os investidores norte-americanos do setor. Sendo assim, poderia ser um mau exemplo para os demais países que não protegem as patentes farmacêuticas” (1993, p. 112). Uma vez que, apesar de vários outros países também não adotarem o reconhecimento legal de concessão de proteção de patentes para produtos e processos farmacêuticos, o Brasil era considerado referência mundial, devido sua importância no mercado consumidor.

3- DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE PROPRIEDADES INDUSTRIAIS E A GARANTIA PELA SUA PROTEÇÃO.

O conhecimento humano está em constantes mudanças, este, sempre em busca por novas projeções, podendo ou não ser aprovadas posteriormente, em circunstâncias quando está se sobressai com sucesso, e sua inserção no mercado é praticável, serão assegurados por lei ao cessionário, direitos e obrigações, que se respeitadas e executados, garantirá exclusividade sobre sua propriedade.

No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no Artigo 2º da Lei n. 9.279/96 são expressos quais são os bens imateriais que possam ser sujeitos a tutela jurídica e a obtenção dos direitos relativos a Propriedade Industrial garantidos, dentre os 4 (quatro) itens listados e já apresentados neste trabalho, ressalta-se as patentes, um título que assegura aos empresários, proteção em relação a exploração de sua propriedade.

No que se refere a proteção, a importância pela busca da garantia suprema de ter o conhecimento técnico e suas fórmulas sobre a inventividade em sigilo extremo é muito grande, sendo assim, os empresários, procuram optar pela forma em que isto lhe seja certificado. São encontrados atualmente duas formas de modalidades em que esta discricção é executável, sendo elas através do amparo da lei, a patente ou por meio da individualidade, praticando a forma conhecida como segredo comercial ou industrial.

No âmbito legal, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é concedido aos gestores da invenção, direitos sobre sua propriedade, para que esta não seja explorada sem o devido consentimento, porém para que este amparo seja possível é necessário que além de outros requisitos expostos na Lei 9.279/96, o autor realize por meio do INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, um registro para que seja certificado a autoria de sua inventividade, garantindo-lhe assim, proteção durante todo o período de vigência, sendo observado e seguido os critérios referentes ao tipo de patente com a qual foi

ingressado o pedido, salvo nos casos em que a nulidade do título for expedido antes do prazo estabelecido no Artigo 40 da LPI – Lei das Propriedades Industriais.

No entanto, entre os requisitos arrolados no Artigo 19 deste mesmo dispositivo, é citado que contenha no pressuposto pedido, o relatório descritivo e resumo da invenção que se pretende patentear, e que segundo o Artigo 24 do mesmo instrumento: “O relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução.” (BRASIL, 1996), é em razão desta condição imposta legalmente, que é explícito o aumento da porcentagem de empresas de grande porte, como exemplo a marca de refrigerante Coca-Cola, pela opção de registrar apenas a sua marca e/ou desenho industrial, optando por garantir a proteção dos detalhes de sua propriedade através da técnica intitulada como Segredo Comercial ou Industrial, cuja não é amparada por lei, e não garante aos Autores nenhum direito caso outros empresários busquem e tentem reproduzir matéria semelhante, todavia, com o uso desta modalidade, se torna isento ao autor sobre as obrigações de arcar com quaisquer custos que estejam interligados ao INPI, o prazo de vigência para a sua prática é inexistente e os detalhes de sua matéria prima ficara a conhecimento apenas aos que pelo o autor for compartilhado, enquanto que na patente, o registro ocorre por meio de um sistema controlado pelo o Estado, é fixada aos empresários uma taxa de anuidade e possui tempo máximo e mínimo de vigência para que a propriedade possa ser utilizada no mercado comercial.

4- LEI DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E AS FORMAS DE OBTENÇÃO E EXTINÇÃO DE TÍTULOS.

Na data de 14 de maio de 1996 iniciou-se a vigência da lei n. 9.279, titulada Lei das Propriedades Industriais – LPI, com o intuito de legitimar direitos e obrigações às propriedades industriais. Para os brasileiros que cumpram os requisitos da norma supracitada, poderão ser requeridos seus benefícios através da autarquia responsável, o Instituto Nacional das Propriedades Industriais – INPI.

Entre os serviços prestados pelo instituto, destaca-se a emissão de títulos, ou seja, das patentes, com o intuito de obter o consenso do Estado para a inserção e comercialização no mercado. O Instituto retrata duas modalidades de patentes, a patente de invenção e a patente de modelo de utilidade.

O “*homo sapiens*” sobressai entre os outros seres vivos devido a sua inteligência, designado por inovações e melhoramentos, visa a garantia de maior conforto em seu cotidiano. Diante da necessidade constante de evolução, a Constituição Federal trouxe medidas visando a proteção das duas modalidades de patente presentes na norma jurídica. A proteção é concedida por meio do reconhecimento da autoria daquilo que segundo o Artigo 11 da Lei 9.279/96 pode ser considerado como “novo”, mas também por

reconhecimento relacionado ao modelo de utilidade, que desde que não violado os requisitos postulados no Artigo 10 do mesmo instrumento legal, novas funções/modalidades poderão ser agregados a uma invenção que já exista. Sendo assim o melhoramento sobre uma propriedade já protegida por lei não será considerado exploração sobre a outra e sim um melhoramento, que agrega valor às necessidades de renovações que são cobrados perante a sociedade.

Para que os empresários garantam o sucesso sobre a realização do registro da patente é necessário que seja feito o pagamento das taxas anuais impostas pelo o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, sendo este, um fator que gera a garantia da propriedade, fazendo com que o Estado consinta ao Autor o poder de se utilizar a sua propriedade como fator econômico no mercado, caso contrário, será passível de extinção, impedindo assim o seu exercício.

São possíveis listar 3 (três) fatores que possam acarretar o impedimento de exercício sobre a patente registrada, sendo eles: Nulidade, Extinção e Período de Vigência. O requerimento da nulidade poderá ser realizado através do INPI a qualquer instância do exercício, não existindo período de vigência mínimo estabelecido por lei. Poderá ser requerido também por expressa vontade das pessoas que possuam legítimo interesse, estas devendo obedecer ao tempo imposto pela lei, sendo de 6 meses contados da concessão da patente, como dispõe o Artigo 51 da Lei 9.279/96.

A extinção ocorrerá diante das seguintes circunstâncias trazidas pelo o Artigo 78 do mesmo dispositivo:

Art. 78. A patente extingue-se:

I – pela expiração do prazo de vigência

II – pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros

III – pela caducidade

IV – pela falta de pagamento da retribuição anual, nos prazos, nos prazos previstos no § 2.º do art. 84 e no art. 8

Parágrafo único. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público.

Como último recurso regulamentado pela lei, ficaram estabelecidos períodos de duração, dos quais os titulares das patentes gozarão de seus registros. Caso não sejam requeridas suas renovações antes do findar do prazo legal, considerar-se-ão extintas.

A Lei de Propriedade Industrial, traz em seu Artigo 40, os prazos mínimos e máximos de duração da patente de invenção e do modelo de utilidade, senão vejamos:

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte anos) e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data de depósito

Parágrafo Único: O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade a contar da data de concessão, ressalva-se a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

5-MODALIDADES DE PATENTES

A patente pode ser conceituada como um instrumento econômico que garante ao inventor privilégios devido a exclusividade provisória da exploração da invenção ou do chamado modelo de utilidade. Visto isso, a patente poderá pertencer tanto à uma invenção quanto à um modelo de utilidade. Abaixo encontra-se o conceito de ambos:

A invenção é um ato original do ser humano, ou seja, uma solução para um problema feito do zero. Importante destacar a diferença entre invenção e descoberta, no primeiro caso, trata-se de algo inexistente anteriormente na natureza, já a descoberta trata-se de algo que já existia, porém era desconhecido. Não é cabível de registro apenas a descoberto, somente será possível se junto dela vier alguma criação.

Segundo o artigo 8º da Lei de Propriedade Industrial, a patente se sujeita aos seguintes requisitos:

Novidade: este requisito diz que, não é suficiente a invenção ser original, ela também deve ser desconhecida científica, técnica e industrialmente.

Atividade inventiva: Conforme o art. 11 da LPI, a invenção é considerada nova quando não compreendida no estado da técnica, ou seja, deve apresentar uma inventividade com real progresso, não bastando somente processar-se de maneira óbvia.

Aplicação industrial: Deve-se haver possibilidade de aproveitamento industrial e aplicação prática da invenção para que a patente possa ser registrada.

Não impedimento: Por razões de ordem pública, a Lei proíbe a patenteabilidade de certas invenções. Tais impedimentos encontram-se elencados no art. 18 da LPI, como por exemplo os que afrontam a moral, os bons costumes, a segurança, a ordem e a saúde

pública. Importante ressaltar no que diz respeito a novidade, o denominado período de graça.

A Lei de Propriedade Industrial diz que, caso a invenção venha a se tornar pública antes do registro da patente, não há o que se falar em perda do caráter de novidade, isto porque a LPI julga não ferir o requisito da novidade a simples divulgação do invento se ocorridas durante 12 meses antecedentes da data do registro da patente.

A segunda modalidade de patente é o chamado modelo de utilidade. O modelo de utilidade é uma espécie de melhoria funcional. Não há por si mesmo, invenção, mas sim uma extensão na utilidade de um instrumento pela novidade parcial que lhe é agregada. Desse modo, também goza do privilégio da proteção autônoma no que se diz respeito à invenção da qual a função foi melhorada.

Segundo o art. 9º da LPI, o modelo de utilidade sujeita-se aos seguintes requisitos:

- Novidade
- Ato inventivo

- Melhoria no uso ou fabricação

- Aplicação industrial

Destaca-se que requisito da inventividade para o modelo de utilidade é menos rígido do que para a patente da invenção. No caso do modelo de utilidade, basta que, para um especialista no assunto, a descoberta não transcorra de maneira comum do estado da técnica.

O art. 24 da LPI traz como exigência para o registro da patente que a descrição da invenção ou modelo de utilidade seja suficientemente clara e completa, de modo que qualquer técnico no assunto consiga reproduzi-la.

6- INSTRUMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DA PATENTE

Como já citado neste trabalho, para que possa ser ingressado com o pedido de patente, salvo as exceções, são necessários que se cumpram alguns requisitos, dentre eles o desenho industrial e a marca.

Estes itens agem de forma complementar aos modelos de patentes, são características com a finalidade de reconhecimento visual e nominal de cada propriedade, proporcionando mundialmente a sua identificação e sua individualização, visto que no âmbito comercial, muitas empresas buscam assemelhar o seu produto final com outros já existentes no mesmo ramo.

O desenho industrial assim como as patentes, são assegurados por lei, a sua proteção e o direito de se obter o registro, possuindo como proteção conferida, a mesma concedida as leis patenteadas, no que couber, as disposições do art. 42 e dos incisos I, II e IV do art. 43.

O período de vigência do desenho industrial, como disposto no Artigo 107 da Lei 9.279/96 vigorará pelo prazo máximo, levando em consideração possíveis renovações, de até 25 anos. Devido ao curto prazo permitido aos desenhos industriais, as empresas quando possível, registram o desenho industrial da sua propriedade não como desenho industrial, mas sim como marca, cujo conceito titulado através do artigo 123 da LPI: "marca de produto é aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa. " (BRASIL, 1996), identificando uma semelhança entre o outro item de identificação, com a finalidade mutua de garantia.

E foi através da análise destas duas formas, que a empresa de refrigerante Coca-Cola, buscou registrar a sua embalagem como marca e não como desenho industrial, pois, mesmo que ambos sejam amparados pelo ordenamento jurídico destaca-se a marca sobre o período de vigência para o seu exercício, estabelecido como tempo máximo 10 anos, porém com possibilidade de renovação sem limite imposto por lei, garantindo assim uma possível eternidade sobre a sua identificação.

7-MARCAS

A marca pode ser classificada como qualquer símbolo que possa ser reconhecido visualmente, e possui o objetivo de diferenciar produtos ou serviços existentes no mercado.

Para obter a proteção da marca ela deverá ser registrada no INPI; isto porque as marcas, assim como as patentes, também são regulamentadas por meio da Lei de Propriedade Industrial.

Segundo o art. 123 da LPI, existem três tipos de marcas, com diferentes finalidades de uso, sendo elas:

Marca de produtos ou serviços: usada para diferenciar produtos e serviços semelhantes ou exatamente iguais uns aos outros, que são de origem diferentes.

Marca de certificação: usada para comprovar que um produto ou serviço está em conformidade com normas ou especificações técnicas, bem como a procedência da qualidade, material e metodologia empregados no produto ou serviço.

Marca coletiva: usada para a identificação de produtos ou serviços derivados de uma mesma entidade, informando que determinado produto ou serviço é filiado a determinada entidade, geralmente associação dos produtores do setor.

A marca tem como função o reconhecimento da origem de um produto ou serviço, assim como tem a função de garantir a qualidade do produto e diferenciá-lo dos demais existentes no mercado. Desse modo, a marca, assim como a patente, também se considera um instrumento econômico, que garante ao seu titular o privilégio de uso exclusivo em todo o país, de um símbolo que diferencia seu produto dos demais, e sua propriedade se dá com o registro validamente expedido.

Para que a marca possa ser devidamente registrada no INPI, deve atender à alguns critérios, como:

Novidade relativa: a expressão ou o símbolo utilizado não necessita ser elaborado pelo próprio empresário. O que se é exigido é que a utilização da marca para a identificação de determinados produtos ou serviços seja nova.

Não coincidência com marca notória: devido a Convenção de Paris, do qual o Brasil é signatário, e segundo o artigo 126 da Lei de Propriedade Industrial, as chamadas marcas notoriamente conhecidas não precisam estar registradas no INPI para garantirem sua proteção, mesmo sem o registro possuem a tutela industrial.

Não impedimento: o artigo 124 da Lei de Propriedade industrial elenca um rol de hipóteses em que se é impedido o registro de marcas. Por exemplo, nome civil, marcas de Estados, etc.

Conforme visto, a proteção da marca limita-se à sua classe pertencente. Visto isso, o titular do registro de uma marca terá o privilégio do uso exclusivo em território nacional restringindo-se aos limites estabelecidos por esta classificação, não tendo o direito de contestar a exploração de marca semelhante ou idêntica por outro empresário em atividade que não se encaixa em sua classificação.

No entanto, o art. 125 da Lei de Propriedade Industrial traz consigo uma exceção quando se trata da chamada marca de alto renome, que se conceitua como marca registrada que se beneficia de renome que ultrapassa a classe de mercado da qual ele foi originalmente registrado, devido a isso, terá proteção especial em todos os segmentos de atividade.

Importante ressaltar que marca de alto renome e marca notória não devem se confundir.

O art. 126 da LPI trata das marcas notórias, e diz que, as mesmas podem ser protegidas independentemente de serem registradas, mas essa proteção restringe-se apenas a sua classe destinada.

A Lei nº 9.279/96 ainda prevê, para alguns casos específicos, proteção especial:

Marca notoriamente conhecida: por tratar-se de uma marca que é muito conhecida em sua classe de atividade, lhe é garantida a proteção e o reconhecimento em seu ramo de mercado onde se encontra, mesmo não havendo registro da marca no país. Esse reconhecimento proíbe qualquer outro interessado de registrar a mesma marca no mesmo segmento de atividade econômica.

Marca de alto renome: utiliza-se nos casos em que a marca, devidamente registrada, alcança um renome tão grande, que ultrapassa a classe em que se destinou originariamente. Dessa maneira, a marca recebe proteção em todos os ramos de mercado, e qualquer outro interessado que não seja seu titular, estará proibido de usar tal marca em qualquer segmento de atividade.

8 – DA CESSÃO E DAS LICENÇAS COMPETENTES

A Lei de Propriedade Industrial, cita no seu artigo 42, e seus respectivos parágrafos e incisos, a garantia ao titular sobre exclusividade na utilização da inovação patenteada, porém é possível através da cessão e licenças firmadas através de contratos, a autorização para que terceiros possam explorar e reproduzir um objeto já patenteado.

A iniciativa pela a pratica de cessão ou licença pode ser tomada por terceiros ou pelo o próprio titular, solicitando ao INPI que a patente seja ofertada para os devidos fins. Sendo estabelecido por meio acordo entre o titular e o licenciado o equivalente a remuneração, se não, através de requerimento ao Instituto Nacional, pedindo-se o arbitramento sobre devida remuneração.

Esta medida estará sujeita ao cancelamento por parte do titular, diante do exposto no Artigo 67 do instrumento já citado.

9 – CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto durante o presente artigo, é possível concluir que com a ânsia sobre a produção de novas inventividades no âmbito comercial, julgou-se necessário o apoio jurídico, hoje utilizado como instrumento legal a lei 9.279/96, com a função de regulamentar as propriedades, agindo de forma compensatória à dedicação depositada sobre os titulares ao respectivo objeto.

Esta necessidade surgiu devido a cobrança de ser concedido os direitos autorais para o autor, protegendo-o contra possíveis explorações de terceiros, porém como consta em lei, a proteção aplica-se também àqueles que através de novas modalidades visam o melhoramento de algo específico que já seja patenteado, desde que não viole os requisitos impostos.

A norma legal abrange em seus 244 artigos, direitos e obrigações destinadas as quatro formas de Propriedade Industrial, os seus períodos de vigência, as modalidades disponíveis, através das licenças, para a comercialização de algo já patenteadado e por fim os requisitos para o pedido de registro e as causas possíveis extinção ou nulidade.

Sendo assim, é imprescindível que o Poder Público por meio do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, interfira e se posicione diante das necessidades empresariais, com o intuito de garantir o seu pleno funcionamento, a organização e de estabelecer estruturas no âmbito econômico, fato necessário para que a pateteabilidade das invenções seja realizada em nosso país formalmente, assegurando-as exclusividade e proteção total.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Instituto Nacional da Propriedade industrial**. Ministério da indústria, comércio exterior e serviços. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/servicos/perguntas-frequentes-paginas-internas/perguntas-frequentes-patente#tipos>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL, **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade indústria. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em: 9 abr. 2017.

CARVALHO, P. L. **A proteção as marcas de alto renome: o caso "Coca-Cola"**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI105713,81042-A+protecao+as+marcas+de+alto+renome+o+caso+CocaCola+versus+CocaColla>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

COELHO, F. U. **Manual de direito comercial**. Direito de empresa. 21, ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

MAGALHAES, K. B. **Proteção legal aos segredos de negócio**. p. 77-80. n 12, 2000, Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12_75.pdf. Acessado em: 07 mai. 2017.

GAMA CERQUEIRA, João. Tratado da propriedade industrial: volume 1. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CARVALHO DE MENDONÇA. Tratado de Direito Comercial: volume V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TACHINARDI, Maria Helena. A guerra das patentes – O conflito Brasil x Eua sobre propriedade intelectual. São Paulo: Paz e Terra, 1993.