

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 984

(Ano XII)

(14/11/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



A venda em fatias das empresas estatais

Alexandre Santos Sampaio, 08.

ARTIGOS

Homicidas em massa: fatores biopsicossociais que influenciam na prática de crimes

Aláides da Silva Oliveira de Araújo e Tatiana Mara Sousa de Carvalho, 12.

A flexibilização das garantias criminais frente ao terrorismo e à criminalidade organizada

Izabel Yasmene Silva de Oliveira, 35.

A superlotação das unidades prisionais amazonenses: causas, consequências e possíveis soluções

Laura Machado de Oliveira, 44.

Homicídio culposo/doloso no trânsito

Barbara Cristina Valois Schaefer, 65.

A reserva do possível nas ações de saúde contra a Fazenda Pública

Joelma Pinto de Almeida, 80.

Reflexões e desafios da gestão pública frente às exigências do direito administrativo

Elder Soares da Silva Calheiros, 97.

Alienação fiduciária de bens móveis

Miriam Lais Gonçalves Cordeiro, 101.

Lei Maria da Penha e a lei do feminicídio

Valdirene Gomes Ferreira, 119.

A aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil

Raiane Oliveira do Amaral, 131.

A violência intrafamiliar e a Lei 13.010/2014

Julianna Soares de Oliveira, 144.

Uma reflexão sobre a inclusão da Lei do Feminicídio (nº 13.104) no rol de crimes hediondos como combate a violência contra mulher no município de Manaus

Ana Karoline de Souza Ferreira, 152.

Considerações preliminares sobre o PLS 283/2012: a necessária previsão normativa da prevenção do superendividamento

Luiza Barreto Braga Fidalgo, 164.

A responsabilidade do advogado parecerista perante o Tribunal De Contas da União

Danilo França Falcão Pedrosa, 181.

A influência da filiação a facções criminosas sobre a violência e outras condutas impróprias na prisão

Samuel de Sousa Torres, 189.

A influência da mídia nos julgamentos no Tribunal do Júri

Loyanna Sthefanie Gonzales Gomes de Oliveira, 209.

Análise constitucional da possibilidade ou impossibilidade legal de interrupção do fornecimento de energia elétrica à luz do Código de Defesa do Consumidor brasileiro

Mateus Augusto Lima Ribeiro e Márcio Sousa Primo, 235.

Responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais para com os filhos.

Beatriz Cristina Vidéo de Oliveira, 248.

A banalização do dano moral nos Juizados Especiais Cíveis e seus reflexos para a sociedade - Um nome negativado vale mais do que a vida?

Mariana Leite da Silva Mitre, 262.

A inserção de atletas transgêneros nos desportos

Gabriel da Silva Cunha, 272.

Alienação parental: consequências jurídicas sob a ótica da responsabilidade civil

Alvaro Calazans Souza Belem, 282.

As relações de consumo e a proteção ao meio ambiente

Daniella Caroline Mendes Coelho, 306.

A Lei federal nº 13.872/2019 e o direito à amamentação: como fica o caso dos filhos de homens e dos maiores de 6 meses de vida?

Elder Soares da Silva Calheiros, 316.

O direito ao esquecimento na internet conforme jurisprudência do STJ

Luciano Vieira de Sousa, 322.

Embargos de terceiro e a (im)possibilidade do *traslatio iuducci*

Eduardo de Alencar Araripe Diniz, 348.

Os princípios norteadores dos serviços públicos essenciais e o direito resguardado ao consumidor no ordenamento legal

Bianca Leal da Silveira, 366.

Os efeitos pragmáticos da Lei 10.826 alterada pelo Decreto 9847/19

Miria da Silva Braga, 377.

O impacto do contrato de trabalho terceirizado no setor público

Graziele Valente da Silva, 391.

Os benefícios da semana nacional de conciliação nos Juizados Especiais Criminais do Amazonas

Gabriel do Nascimento Batista, 406.

Estabilidade, tutela provisória e o significado do termo “respectivo recurso” presente no art. 304 do CPC/2015.

Sergue Alberto Marques Barros e Tiago Natari Vieira, 415.

A majorante do emprego de arma branca no crime de roubo após alteração do Código Penal pela Lei 13.964/2019

Renan Goyannes Gusmão Caiado e William Pasold da Silva, 434.

O reconhecimento da filiação socioafetiva e seus efeitos legais no ordenamento jurídico pátrio

Helen de Araújo Coutinho, 460.

A socioafetividade e seus efeitos jurídicos no âmbito do direito sucessório

Yago Ferreira Froz, 484.

A importância dos Tribunais de Contas no fomento e na fiscalização dos instrumentos de controle social

Ioná Bezerra Oliveira de Assunção, 505.

A Pandemia do Covid-19 e os contratos de obras celebrados por empresas estatais: uma análise de desequilíbrio contratual na Lei nº 13.303/16 e do entendimento do Tribunal de Contas da União

Kelen de Souza Nascimento, 520.

Guarda compartilhada: a guarda compartilhada na dissolução da família homoafetiva

Greyce Kelly Rodrigues de Oliveira, 553.

A responsabilização civil e a possibilidade de indenização por danos morais as crianças e adolescentes vítimas de abandono afetivo

Joao Victor Cascaes Barros, 563.

Lei Maria da Penha: a eficácia da legislação no âmbito do município de Presidente Figueiredo – Amazonas

Ruane Silva Pinheiro, 575.

A inconstitucionalidade do benefício relacionado à seguridade social sem fonte de custeio: Benefício de Prestação Continuada (BPC- LOAS)

Ester Souza da Silva do Nascimento, 583.

Aplicação de medidas coercitivas atípicas: retenção de passaporte e suspensão da CNH e o direito constitucional de liberdade de locomoção

Alicio Fabio Martins, 604.

Dano existencial nos bancários sob a perspectiva do Direito do Trabalho: violação de direitos da personalidade

Karla Ferreira Vieira, 629.

A subnotificação das denúncias no crime de estupro de vulnerável durante a pandemia do novo Novo Coronavírus (Covid-19)

Alane Vanessa Alves Lima, 645.

O princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade nas relações sociais

Caio Vinicius Pires, 657.

Os limites do ativismo judicial frente ao estado democrático de direito e à separação dos poderes

Thais Motta Falcão, 670.

A ausência de punibilidade aos gestores municipais que desviaram e/ou não repassaram as verbas destinadas ao regime próprio da previdência social dos servidores municipais

Alessandra Cristina Santana Picanço Lima, 691.

Sistema penitenciário Brasileiro: Uma análise jurídica sobre a superlotação no sistema carcerário de Manaus

Silvio Ramos dos Santos Júnior, 707.

Enunciado nº 40 da Jornada de Direito Administrativo: prescrição trienal ou quinquenal em face da Fazenda Pública?

Elder Soares da Silva Calheiros, 737.

Direito à saúde frente às demandas judiciais de medicamentos de alto custo

Thaís Carvalho de Sá, 740.

Análise da contribuição de iluminação pública no município de Porto Nacional sob a ótica do bis in idem.

Gabriel Estevão Cardoso, 753.

As implicações (in) legais quanto à adoção intuitu personae em face do Direito Constitucional à convivência familiar

Ana Leonor, 768.

A importância da atuação do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Felipe Alcântara dos Santos, 782.

Do ponto por exceção: dilemas acerca da violação dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho

Wenderson Bezerra de Sena e Carla Iara Santos Silva, 800.

A polêmica das astreintes na indenização por perdas e danos à luz do novo CPC

Elder Soares da Silva Calheiros, 822.

Os reflexos da ineficiência do sistema de justiça criminal brasileiro no âmbito da segurança pública

Fagner Grandal Generoso de Araújo, 827.

A aplicação do princípio da insignificância no crime de peculato.

Eduardo Vieira Ruela, 847.

Assistência jurídica gratuita: Uma análise do benefício e a importância da Defensoria Pública

Deborah Carolina Silva Morais, 866.

O direito penal simbólico e a contemporaneidade

Patrick Borba Amaral, 874.

Redução da maioria penal

Matheus da Silva e Silva, 874.

A VENDA EM FATIAS DAS EMPRESAS ESTATAIS

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:

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

Preceitua o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal – CF, com redação dada pela Emenda Constitucional n 19, de 1998, que somente por lei específica é autorizada a instituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista, as denominadas empresas estatais. Continua a Lei Maior, no inciso XX, que depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias.

Da leitura dos dispositivos constitucionais acima citados, em sentido inverso, extrai-se que a alienação, seja da empresa estatal ou das suas subsidiárias, demanda manifestação legislativa.

Isso porque a exploração direta de atividade econômica pelo Estado visa atender questões relevantes, envolvendo “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, conforme se observa do caput do art. 173 da CF.

É, pois, à primeira vista, questão de comezinha hermenêutica constitucional, que não demanda maiores elucubrações ou debates a respeito.

Inobstante, nada em Direito é fácil, posto que nem sempre prevalece, na doutrina ou na jurisprudência, a melhor técnica interpretativa, com influxos, por vezes, de interesses políticos dos mais diversos.

Na reclamação nº 42576, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “a específica autorização legislativa somente é obrigatória na hipótese de alienação do controle acionário de sociedade de economia mista (empresa-mãe). Não há necessidade dessa prévia e específica anuência para a criação e posterior alienação de ativos da empresa subsidiária, dentro de um elaborado plano de gestão de desinvestimento, voltado para garantir maiores investimentos e, conseqüentemente, maior eficiência e eficácia da empresa-mãe”[1].

A reclamação acima foi motivada, segundo consta, pois, determinada empresa estatal estava a criar várias subsidiárias, de fatias das suas unidades

produtivas, para viabilizar a venda mais simplificada, sem passar pela autorização legislativa demandada pela Constituição Federal. Estaria, assim, sendo realizada a privatização de parcelas da estatal, mediante manobra societária ou por meio de parcerias.

Ora, é sabido que toda empresa tem suas receitas e sobrevivência atrelada a suas unidades produtivas, aos seus fatores de produção. Se a empresa principal é fatiada em diversas unidades produtivas, ao argumento de se tratar de parcerias ou novas empresas do conglomerado, subsidiárias, e repassadas para a iniciativa privada sem manifestação do legislativo, estar-se-á, inegavelmente, levando a estatal a sua inviabilidade de manutenção.

Se se vende as parcelas produtivas de maior retorno econômico, sob o estérreo e falacioso argumento de que a estatal estará se tornando mais eficiente e eficaz, a estatal tornar-se-á, em verdade, deficitária, como ocorreria com qualquer empresa. Caso se crie subsidiárias e posteriormente venda todos os ativos da estatal, que são responsáveis, no final das contas, pelo seu lucro, por corolário lógico, só restará o passivo.

Veja que só com passivos, sem as receitas das suas unidades produtivas, a empresa começa a gerar prejuízos consecutivos, o que afasta o argumento da maior eficiência.

À guisa de exemplo, vejamos o objeto social da Petrobrás:

Art. 3º- A Companhia tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, além das atividades vinculadas à energia, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de todas as formas de energia, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins.

Imagine separar, em diversas subsidiárias, “a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo” e seus derivados. Posteriormente, cada subsidiária seria alienada para iniciativa privada ao argumento de plano de desinvestimento em prol da eficiência. O que aconteceria com a estatal principal, a empresa-mãe, como chamada pelo STF? Perderia, por óbvio, em parcelas, o seu objeto social. E como se deve chamar isto? Certamente, privatização de estatal, ainda que com nome pomposo de desinvestimento.

Tal conduta, não parece compatível com a Constituição, eis que elaborar suposto plano de desinvestimento, nada mais é do que uma forma de privatização, sem manifestação prévia do Poder Legislativo.

Disso decorre até mesmo o princípio constitucional da separação de poderes. A Constituição, ao dividir as competências, delegou a tarefa de autorização de criação e extinção das empresas estatais e suas subsidiárias aos legisladores, terreno político em que existe maior diálogo público, com diversos agentes públicos deliberando sobre importante tema, inclusive com possibilidade de abertura para manifestação social, e não aos gestores da empresa estatal ou ao Poder Executivo.

Interpretação que leve a desconsiderar a necessidade de Lei padece, à evidência, de inconstitucionalidade.

Cabe ponderar que a empresa estatal pode e deve ter liberdade empresarial para organizar seus fatores de produção, para se tornar cada vez mais eficiente e produtiva para a sociedade, porém a alienação de parcelas relevantes da sua atividade econômica, a sua razão de existir, deixa transparecer uma verdadeira privatização oculta.

No caso concreto tratado na mencionada reclamação, a Suprema Corte entendeu que não se verificou “desvio de finalidade ou fraude na criação de subsidiária, no sentido de “fatiar” a empresa-mãe, permitindo uma “oculta e parcial privatização” sem autorização legislativa, com somente a venda de seus ativos. Pelo contrário, (...) no legítimo e lícito exercício de sua discricionariedade de gestão administrativa, a (...) pretende realizar um plano de desinvestimento, buscando otimizar sua atuação e, conseqüentemente, garantir maior rentabilidade, eficiência e eficácia à empresa”.

Não parece a melhor solução. Se ocorre desinvestimento, venda de ativos trocando em miúdos, haverá redução da estatal, do seu conglomerado, responsável pelo resultado final da empresa o que, por consequência, é prudente, por comando constitucional, que o Poder Legislativo se manifeste.

Não ocorreu, portanto, uma implícita autorização para que o Poder Executivo faça gestão empresarial da estatal por meio da venda de seus ativos como melhor lhe aprouver. Cabe ao legislativo assim explicitamente deliberar, acerca do conglomerado como um todo da empresa estatal, se assim for decidido pela maioria dos parlamentares.

Em suma, em que pese o entendimento esposado pelo STF na reclamação nº 42576, a Constituição Federal não deixa margem a dúvidas como se deve tratar eventual plano de desinvestimento, qual seja, mediante deliberação legislativa.

A propósito, com objetivo de afastar a interpretação dada pelo STF, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4806/20 que determina que a autorização legislativa para criação de subsidiária de estatal não abrange permissão para posterior privatização da empresa[2]. Caso seja aprovado, salutar disciplinamento deixará explícito, em harmonia com a Constituição, que a venda, seja da empresa estatal como de suas subsidiárias, carece de prévia e específica manifestação legislativa.

NOTAS:

[1] Informativo STF nº 993.

[2] <https://www.camara.leg.br/noticias/697882-proposta-limita-privatizacao-de-empresa-subsidiaria-de-estatal/>

HOMICIDAS EM MASSA: FATORES BIOPSIKOSSOCIAIS QUE INFLUENCIAM NA PRÁTICA DE CRIMES

ALAÍDES DA SILVA OLIVEIRA DE ARAÚJO:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

TATIANA MARA SOUSA DE CARVALHO ^[1]

(coautora)

SAMILA MARQUES LEÃO ^[2]

(orientadora)

RESUMO: Nos últimos anos o número de homicídios em massa no Brasil tem aumentado gradativamente e diversos são os fatores que podem estar relacionados a esta ação criminosa. Assim, surge a necessidade de realizar o presente estudo na tentativa de analisar e compreender os elementos (sociais, psicológicos e biológicos) que podem estar diretamente atrelados ao evento danoso, influenciando a mente das pessoas que cometem esse tipo de ilícito penal. O estudo desenvolveu-se por meio de leituras de livros, monografias e artigos científicos na busca de compreender os argumentos das produções científicas acerca dos fatores que podem contribuir para a formação de um homicida em massa, além de buscar esclarecer a diferença entre *serial killer* e homicida em massa, revisar a bibliografia sobre o tema e discutir casos relevantes de homicídios em massa ocorridos no Brasil nos últimos 10 anos. A pesquisa caminha para o entendimento de que não há como isolar um ou outro elemento (desestruturação familiar, depressão, psicopatologia, *bullying*, fenômeno *copycat*, mídias violentas, *etc*) na tentativa de apresentar a motivação para o evento fatídico. Demonstrar-se-á que não existe um protagonista, mas sim a associação de vários deles.

Palavras-chave: Homicidas em massa, Psicologia jurídica, Direito, Fatores biopsicossociais.

ABSTRACT: In recent years, the number of homicides in mass in Brazil has increased gradually and various deaths that may be related to this criminal act. Also, it arises from the need to carry out or present a study in an attempt to analyze and understand the elements (social, psychological and biological) that can be directly linked to a harmful event, influencing people who commit this type of criminal offense. Or I study developed by means of reading books, monographs and scientific articles in search of understanding the arguments of scientific productions about two factors that can contribute to the formation of a mass murderer, in addition to

seeking to clarify the difference between serial killer and mass homicide, review the bibliography on the subject and discuss relevant cases of mass homicides that occurred in Brazil in the last 10 years. A search leads to or understanding that there is no way to isolate another element (family destruction, depression, psychopathology, bullying, copycat phenomenon, violent media, etc.) in an attempt to present motivation for the fateful event. Demonstrate-know that there is no protagonist, but rather an association of several of them.

Keywords: Homicides em mass, Juridic Psychology, Right, Biopsychosocial factors.

Sumário: 1. Introdução – 2. O estudo dos homicidas em massa e a importância de aliar Psicologia e Direito – 3. Desestruturação familiar e *bullying* no caso Realengo – 4. Psicopatologias e o caso da Creche Gente Inocente - 5. Depressão e o efeito *copycat* no caso do atirador da capital – 6. Jogos *on line* violentos e o caso Suzano – 7. Conclusão – 8. Referências

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente é comum assistir aos noticiários e aos programas policiais e deparar-se com a narração dos chamados *homicídios em série* ou *em massa* afrontando e alarmando os brasileiros. Esses homicídios equivalem ao ato de assassinar concomitantemente, em um curto lapso temporal (geralmente no mesmo episódio), um grande número de pessoas.

O número de assassinatos em série tem aumentado significativamente no Brasil, basta rememorar casos como o Massacre de Realengo (2011), o incêndio na Creche Gente Inocente (2017), o ataque na Catedral de Campinas (2018) e o Massacre de Suzano (2019), que serão revisitados no presente estudo.

Buscar-se-á realizar uma análise psicológica e jurídica dos chamados *homicidas em massa* em âmbito nacional, buscando discorrer sobre alguns dos crimes praticados por eles na tentativa de identificar que elementos os influenciaram e quais tiveram maior efeito sobre a prática criminosa.

Logo no início de seu livro *Serial Killers: louco ou cruel?*, Casoy (2014) questiona: “O que leva uma pessoa a praticar atos tão extremos como assassinatos em série? A questão é genética, psíquica ou psicológica?”. Outros renomados autores têm buscado resposta às mesmas perguntas. Para respondê-las é necessário compilar os estudos de Direito, Psicologia, Psiquiatria e Criminologia até encontrar um norte.

Bem se sabe que o estudo não é, nem de longe, simplório, basta verificarmos a complexidade da mente humana, a formação do caráter individual e a forma como cada um reage diante das adversidades impostas pela vida. Além disso, criou-se o hábito de confundir assassinos em massa com *serial killers* diante do ultraje público de ambos os tipos criminosos.

Casoy (2014) evidencia que *serial killers* são indivíduos que cometem uma série de homicídios durante algum período de tempo, com o chamado tempo de esfriamento entre um homicídio e outro e é justamente esse intervalo entre os crimes que os diferencia dos assassinos de massa que matam várias pessoas em questão de horas. Outras diferenças podem ser apontadas como a ausência de uma assinatura e de um *modus operandi*, além de outras que serão prontamente indicadas neste estudo.

Trata-se de um estudo realizado por meio de levantamento bibliográfico, tomando por base autores como Casoy (2014), Trindade (2011), Correia Jr. (2018) e outros. Também será realizado estudo de caso referente a alguns dos últimos homicídios em massa praticados no Brasil com grande repercussão, tendendo a uma análise crítica da forma como a mídia divulgou tais casos nos vários meios de comunicação de massa e buscando compreender que elementos foram mais relevantes no fazer assassino, visto que entre eles têm-se aqueles que são fruto de violência sexual, abandono afetivo e familiar, viciados em jogos e séries, vítimas de bullying, aqueles que simplesmente se inspiraram em outros massacres, usuários da *deep web* ou que buscavam ficar conhecidos na história como assassinos de renome.

Essa pesquisa não tem o propósito de esgotar o tema, mas mostrar que muitos crimes são fruto de uma sociedade doente que apenas aponta o erro do outro quando na verdade deveria se preocupar a fundo com o indivíduo como ser dotado de dignidade que pode sofrer desvio de caráter diante dos vários desafios impostos diariamente.

Por fim, pretende-se mostrar a importância de estudar Direito e Psicologia de maneira colaborativa, entendendo que ambas têm papel fundamental na compreensão do comportamento humano. Trindade (2011) assegura que uma parte dos erros judiciais está associada ao desconhecimento de assuntos psicológicos essenciais e muitos conflitos jurídicos são decorrentes, motivados ou mantidos, por questões de natureza emocional e psicológica. Portanto, não pode se imaginar o Direito e principalmente os estudos criminológicos dissociados da Psicologia.

2 O ESTUDO DOS HOMICIDAS EM MASSA E A IMPORTÂNCIA DE ALIAR PSICOLOGIA E DIREITO

Ao fazer uma simples busca no dicionário Aurélio *on line* veremos que Homicídio é substantivo masculino que significa ato (voluntário ou involuntário) caracterizado pela destruição da vida de uma outra pessoa, é a ação de assassinar outro ser humano. A busca para o termo homicida retorna como substantivo feminino ou masculino que significa pessoa que mata outra, que comete homicídio ou assassinato. A palavra massa é vista, além de outros significados, como sinônimo de povo ou multidão. Diante dessa simples busca podemos entender sem precisar consultar outras fontes que homicidas em massa são pessoas que matam/assassinam várias pessoas, ou melhor, que assassinam um povo ou uma multidão.

A parte especial do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940) inicia seu Título I tratando dos Crimes contra a Pessoa e o Capítulo I é intitulado Dos Crimes contra a vida. O primeiro crime tratado é justamente o crime de Homicídio simples, previsto no Artigo 121, determinando que matar alguém implica em pena de reclusão de seis a vinte anos.

Nélson Hungria citado por CUNHA (2018, pag. 49) assim define homicídio:

O homicídio é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

Sabe-se que a personalidade é a aptidão do indivíduo para ser sujeito de direitos e para contrair obrigações, e preceitua o Código Civil em seu Art. 2º que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas a lei resguarda desde a concepção os direitos do nascituro (ser já concebido ainda não nascido). Pois bem, a vida do ser humano garante a ele direitos e obrigações, todos os demais direitos partem do direito à vida, é ela a fonte da ordem pública, da paz social e da segurança. Logo, o respeito à vida deve ser e é imposto a todos os indivíduos, razão por que o crime de homicídio, como disse o autor citado, é “o ponto culminante na orografia dos crimes”, é “o tipo central de crimes contra a vida” e é “a mais chocante violação do senso moral da humanidade civilizada”.

Pois bem, o homicida é talvez um dos criminosos que provoca diversas reações emocionais negativas nas pessoas, como por exemplo, temor e repulsa. O homicida em massa então, por tirar a vida de várias pessoas em um único episódio, merece ainda mais a reprovação social. O crime em estudo é considerado hediondo, por

força da Lei 8072 de 25 de julho de 1990, se doloso, ou seja, o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, sendo praticado em atividade típica de grupo de extermínio ainda que cometido por apenas um agente, ou sendo qualificado. As hipóteses de homicídio qualificado são trazidas pelo Art. 121, §2º, do Código Penal, vejamos *in verbis*:

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;

VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

VIII - (VETADO):

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Crimes hediondos são crimes de extrema gravidade e que causam grande revolta e repúdio na sociedade civil e nos órgãos julgadores. Por esse motivo, esses crimes recebem um tratamento diferenciado e mais rigoroso que a demais infrações penais. Os homicidas em massa cometem crimes hediondos, por estarem praticando atividade de extermínio e ainda por se enquadrarem em algum dos tipos de homicídio qualificado (citados acima). Veja-se o caso do vigia da Creche Gente Inocente que será analisado neste estudo: ele tentou exterminar um grupo de pessoas – crianças por meio do emprego de fogo - meio insidioso e cruel.

Mesmo diante de toda a exposição realizada até aqui, não é incomum os termos assassino em massa e *serial killer* confundirem-se em nossa mente e acabarmos achando que são estes o mesmo tipo de criminoso. De fato, apresentam traços bastante semelhantes, no entanto as diferenças entre os dois perfis criminosos podem ser percebidas sem necessidade de análise muito minuciosa. Vejamos:

O assassino em massa é definido como o indivíduo que mata quatro ou mais vítimas em apenas um local de crime, é aquele que pratica chacinas, massacres. Suas vítimas são a personificação dos inimigos que ele criou, geralmente cometem suicídio após a ação criminosa. Já o *serial killer* mata mais de duas vítimas com um período de resfriamento entre as mortes e envolve mais de um local ou cena do crime. Sobre estes tipos indaga Casoy (2014, p. 20):

O primeiro obstáculo na definição de um serial killer é que algumas pessoas precisam ser mortas para que ele possa ser definido assim. Alguns estudiosos acreditam que cometer dois assassinatos já faz do assassino um serial killer. Outros afirmam que o criminoso deve ter assassinado pelo menos quatro pessoas. Mas será que a diferença entre um serial killer e um assassino comum é só quantitativa? Óbvio que não.

Os *serial Killers* têm um modo específico de agir, geralmente ensaiam seus atos (*modus operandi*) e tem uma assinatura (recolhem algum pertence das vítimas, deixam o corpo das vitimas no mesmo estado, arrancam alguma parte do corpo das vítimas, etc). O motivo do crime ou a falta dele são importantes para definir uma pessoa como *serial killer*. As vítimas são escolhidas de forma aleatória e o desejo do *serial killer* é apenas demonstrar seu poder sobre ela.

Os assassinos em massa praticam os massacres impelidos por uma fúria irracional que pode ter encontrado fundamento em vários fatores associados que fazem o individuo querer exterminar aquele grupo de pessoas e os *serial killers* em sua maioria nem apresentam motivação aparente. Assim acentua Casoy (2014, p. 23):

As vítimas do serial killer são escolhidas ao acaso ou por algum estereótipo que tenha significado simbólico para ele. Diferentemente de outros homicídios, a ação da vítima não precipita a ação do assassino. Ele é sádico por natureza e procura prazeres perversos ao torturar suas presas, chegando até a ressuscitá-las para brincar um pouco mais. Tem necessidade de dominar, controlar e possuir a pessoa.

O homicida em massa não deseja demonstrar poder e autocontrole sobre as vítimas, por isso geralmente não as tortura. Seu desejo é apenas matar o maior número de pessoas possível e não teme ser descoberto por que age por impulso, não planeja seus atos e suicida-se ou entrega-se às autoridades policiais. Ao contrário dos *serial killers* que planejam seus atos minuciosamente e inclusive costumam passar anos sem ser descobertos.

Para matar o maior número de pessoas, os homicidas em massa costumam usar armas de fogo para atingir mais pessoas em menos tempo, enquanto os *serial killers* procuram utilizar meios mais demorados e mais torturadores no tratamento com as vítimas, pois assim aumentam o prazer propiciado pelo evento.

Do ponto de vista psicológico, o assassino em massa pratica um ato premeditado, resultado de uma vingança oriunda da necessidade de dar uma resposta ao desespero no qual o indivíduo se encontra, desespero este que ele imputa à sociedade ou a determinado grupo social. Não necessariamente esse indivíduo apresenta uma psicopatologia ou distúrbio psicológico. Já os *Serial Killers* em muitos casos agem como psicopatas, pois têm desvio de comportamento, impulsividade, agressividade, ausência de compaixão e superficialidade das relações sociais.

A Psicologia é a ciência que estuda o comportamento. O Direito é um conjunto de regras que busca regular o comportamento. É inegável que Psicologia e o Direito são áreas do conhecimento científico voltadas para a compreensão do comportamento humano, apesar de terem objetos de estudo diferentes: enquanto a primeira volta-se para o estudo do ser, buscando analisar os processos psíquicos conscientes e inconscientes, individuais e sociais que governam a conduta humana; o segundo, foca no mundo do dever ser, supondo a regulamentação e legislação de várias áreas.

Não é possível entender o mundo da lei sem os modelos psicológicos que o inspiram de forma direta ou indireta, assim como é impossível compreender o comportamento humano em qualquer de seus níveis (individual ou grupal) sem compreender como a lei pode interferir na construção da identidade social do

indivíduo. Trindade (2011, p. 29) salienta que o homem é cidadão que pertence ao reino do ser e do dever-ser, simultaneamente.

O mesmo autor ensina que o comportamento humano é um objeto de estudo que pode ser analisado por vários saberes de forma simultânea sem, contudo ser esgotado, dada sua vasta complexidade. Por isso defende a Psicologia Jurídica como importante ao Direito e essencial à justiça que só pode ser alcançada com direito e psicologia compartilhando o mesmo objeto: o homem e seu bem-estar. A Psicologia jurídica ajuda o direito a atingir seu fim.

Estudar Psicologia aliada ao estudo do Direito mostra-se importante por vários fatores que podem ser observados no fazer dos operadores de Direito diariamente:

- a) Grande parte dos erros judiciais cometidos tem ligação direta com o desconhecimento de assuntos psicológicos essenciais;
- b) É necessário conhecer os mecanismos psicológicos do comportamento para aprimorar a Justiça;
- c) Grande parte dos conflitos é causada, motivada e mantida por questões de natureza emocional;
- d) Todo crime é resultado de alteração no comportamento humano e sempre devem ser analisados buscando suas motivações;
- e) Quando afastado da sociedade o apenado precisa ser reintegrado e ressocializado. A Psicologia tem meios de ajudar o Direito nesse sentido;
- f) No direito de família: divórcio, alienação parental, guarda dos filhos é necessário a análise do comportamento e de controle das emoções. Talvez seja nesse campo a maior contribuição que a Psicologia possa dar.

Enfim, diversas são as possibilidades de contribuição da Psicologia no fazer do operador de Direito. Tanto que Trindade (2011, p.41) afirma: "Direito e Psicologia estão condenadas a dar as mãos". A Psicologia tem a possibilidade de humanizar o Judiciário colaborando para uma das mais impossíveis demandas dos indivíduos: a construção do ideal de justiça.

O filósofo Platão já afirmava que a atividade humana é motivada por fatores psicológicos que coexistem a diverso, sociais e políticos. Esse entendimento fica claro quando analisamos os homicidas em massa, visto que os fatores determinantes na prática destes são vários e podem ocorrer de maneira simultânea. O fato é que para analisá-los é necessária a contribuição da Psicologia.

A Psicologia jurídica quando colocada a serviço dos fins do direito, contribui para tornar a justiça mais sensível, auxiliando-a a tornar-se mais ágil e eficaz, evitando a judicialização de fatos passíveis de serem resolvidos pela mediação, por exemplo. Desta feita, temos a Psicologia como uma disciplina imprescindível às relações jurídicas à medida que fornece aos estudantes de direito e aos juristas uma melhor compreensão do conflito e das possibilidades de resolução favorável entre as partes envolvidas. Cada conflito deve ser estudado individualmente (o tão escutado “caso concreto”) a fim de usar uma abordagem psicojurídica adequada.

No próprio ano de 2020, em meio a uma pandemia (situação atípica), é notório a importância de conciliar essas duas áreas do conhecimento: todos tiveram que passar por um processo de readaptação (no trabalho, nas relações interpessoais, etc), a tecnologia passou a ser o principal aliado na realização das atividades profissionais (fornecendo os instrumentos necessários para acelerar os trabalhos dos juristas e dos tribunais) e no refreio das distâncias sociais. O problema é que essa proximidade inesperada e não planejada também trouxe à tona diversos problemas de relacionamento extra e intrafamiliares: aumento da violência doméstica, crescimento do número de pessoas acometidas por depressão, acréscimo dos períodos de ociosidade e outros que merecem e devem ser analisados com a sensibilidade da Psicologia e a exatidão do Direito.

3 A DESESTRUTURAÇÃO FAMILIAR E O *BULLYING* NO CASO REALENGO

Buscando bases psicológicas para conceituar família poderemos perceber que a família, tal qual conhecemos hoje, não pode ser concebida apenas como uma organização natural de pessoas com laços de parentesco, nem simplesmente como resultado da vontade divina. A família (do termo latino *famulus*) é mais que isso: é fruto de condições históricas e sociais, é sistema, é agrupamento humano com ligações biológicas, ancestrais e afetivas, em constante transformação e que tem como característica importante a influência recíproca, intensa e direta entre seus membros.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) assegura às pessoas humanas, em seu artigo 16, o direito de fundar uma família, sendo esta o núcleo natural e fundamental da sociedade e, portanto, merecedora da proteção desta e do Estado. Para Lobo (2015) esse dispositivo deixa claro que família não é só aquela constituída pelo casamento, o que garante o direito de proteção também às demais entidades familiares socialmente constituídas.

Neste mesmo sentido, se tomarmos por base o ordenamento jurídico pátrio, veremos no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que a família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado. Assim, o Direito destina parte do

Código Civil para tratar especificamente sobre o Direito de Família, tutelando as relações familiares e discutindo as obrigações e direitos que surgem dessas relações.

O Direito traz princípios jurídicos que podem e devem ser aplicados ao direito de Família (dignidade da pessoa humana; convivência, solidariedade, igualdade e liberdade familiar; afetividade e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente) que orientam os papéis que a instituição familiar deve desempenhar. É, portanto, função da família: proteger, socializar, amar, educar e resolver possíveis conflitos.

É sabido que o dever de assistir, criar e educar os filhos é dos pais (art. 229, CF/88). No entanto, a figura maternal acaba por ter responsabilização ainda maior, visto que os protege desde o ventre dando alimentação e, não somente por isso, a criança cria um apego mais forte que contribui para o seu bom desenvolvimento.

Quando a criança cresce numa família que apresenta dificuldades de garantir o seu desenvolvimento cognitivo, emocional e social saudável, num ambiente onde não há cuidado, afeto e em que presencia constantes brigas, violência física e psicológica, separações e situações de abandono, pode sofrer transtornos emocionais e psicológicos, o que provavelmente pode vir a desencadear aspectos formativos psicológicos de cunho negativo.

Veja-se que isto é perfeitamente compreensível no caso do jovem Wellington Menezes de Oliveira, responsável pelo trágico episódio que ficou conhecido como 'O massacre de Realengo', ocorrido no dia 7 de abril de 2011 por volta das 8h30min da manhã, na Escola Municipal Tasso da Silveira, localizada no bairro de Realengo, no município do Rio de Janeiro.

O jovem Wellington Menezes de Oliveira de 23 anos, ex aluno da escola, sacou uma arma e começou a alvejar os estudantes, matando doze adolescentes e deixando mais de treze feridos, além de atirar contra si próprio, cometendo suicídio. Ele tinha apenas 23 anos e era filho adotivo da Senhora Dicéa Menezes de Oliveira. Fora adotado quando ainda era bebê porque a mãe biológica sofria de problemas mentais e chegou a tentar suicídio.

A família relatou que Wellington sempre acompanhava a mãe, que era muito religiosa, nas reuniões das testemunhas de Jeová e que a morte da mesma agravou o estado mental de Wellington que fazia tratamento psiquiátrico, mas deixou de fazê-lo por volta dos 17 anos de idade.

No dia do massacre, Wellington chegou à escola por volta das 08 horas da manhã, bem vestido e apresentando-se como palestrante, razão pela qual o vigia

autorizou sua entrada. Ao entrar, subiu ao primeiro andar e adentrou na sala da oitava série em que ocorria a aula de Língua Portuguesa, ministrada pela Professora Leila D'Angelo. Calmamente, Wellington sacou as duas armas de fogo que portava (um revólver de calibre 38 e outro de calibre 32) e um carregador do tipo *speedloader* (que otimiza os disparos, mas exige rigoroso treinamento para uso). Colocando um revólver em cada mão, iniciou vários disparos contra as pessoas que ali se encontravam.

Curioso foi o fato de que os tiros que atingiram os meninos foram deferidos contra seus braços e pernas e os que atingiram as vítimas de sexo feminino miravam diretamente a cabeça das mesmas no intuito de efetivamente matá-las. Outro fato curioso é, que segundo relatos das vítimas sobreviventes, durante os disparos fatais contra as vítimas meninas, Wellington proferia palavras de ódio e julgamento, chamando-as de "seres impuros".

Na ocasião, o jovem homicida efetuou mais de trinta disparos, ocasionando a morte de dez meninas e dois meninos com idades que variavam entre 13 e 16 anos. Pela quantidade de mortes em um único evento podemos considerá-lo como Homicida em massa.

Em carta escrita antes do massacre Wellington declarou que sofreu bullying na escola: "Muitas vezes aconteceu comigo de ser agredido por um grupo, e todos os que estavam por perto debochavam, se divertiam com as humilhações que eu sofria, sem se importar com meus sentimentos". Além de declarar que lia o Alcorão (livro sagrado do Islamismo) todos os dias e refletia sobre o atentado às torres gêmeas ocorrido em setembro de 2001, nos EUA.

Um ex-colega de classe de Wellington relatou: "Certa vez no colégio pegaram Wellington de cabeça para baixo, botaram dentro da privada e deram descarga". Disse ainda que a algumas pessoas instigavam as meninas a mexerem com Wellington e outras vezes elas mesmas sacaneavam ele, passavam a mão nele, brincavam, provocavam. Acredita-se que esse motivo levou Wellington a repudiar as figuras femininas a ponto de considerá-las impuras.

Óbvio que cada ser humano é único e possui habilidades e dificuldades específicas. Logo, cada um reage de maneira diferente frente às situações conflituosas. Diante do *bullying* sofrido, assevera Silva (2010, p. 76):

Encontramos, ainda, aqueles jovens que carregam consigo os traumas da vitimização para a vida adulta. Tornam-se adultos ansiosos, inseguros, depressivos ou mesmo agressivos. Eles

tendem a reproduzir em seus relacionamentos profissionais e/ou familiares a violência que sofreram no ambiente escolar.

Essa tese pode ser confirmada nos relatos da vizinhança e de pessoas próximas ao jovem Wellington. Ele era considerado uma pessoa introspectiva, tímida e de poucos amigos, não participava da vida familiar, matinha relações com outras pessoas apenas pela internet, onde passava maior parte do tempo, fazendo pesquisas geralmente sobre armamentos.

Os irmãos de Wellington relataram que cerca de um ano e meio antes o jovem havia comprado dois revólveres e um carregador rápido e que ele havia assistido algumas aulas de tiro, o que comprova que ele planejava a ação já há algum tempo, com intenção clara de vingar-se daqueles que representavam o *bullying* sofrido na adolescência.

Após a divulgação de alguns vídeos encontrados no computador do homicida de Realengo, vários psicólogos e psiquiatras tentaram traçar um perfil psicológico do mesmo: para alguns, Wellington sofreria de esquizofrenia paranóide, para outros ele seria portador do chamado transtorno de personalidade anti-social. Nos vídeos o jovem assassino declara que o ocorrido iria servir de lição para que as autoridades escolares descruzassem os braços diante de tantos alunos indefesos que são ridicularizados e desrespeitados dentro da escola, além de afirmar que os impuros não poderiam tocá-los sem usar luvas.

Fica claro que um dos caminhos possíveis para o jovem excluído e vítima de *bullying* é a reação adoecedora: quando ele não recebe o apoio familiar, escolar ou o incentivo para desenvolver seus talentos, dificilmente consegue superar os obstáculos e provavelmente a internalização de sentimentos negativos se manifesta em adoecimentos psíquicos, cujas conseqüências podem ser uma vida adulta caótica, sofrível e violenta.

Nas palavras de Trindade (2011, p. 383):

Do ponto de vista psicológico, as vítimas de bullying devem receber atendimento psicoterapêutico para elaboração dos conflitos emocionais que decorrem do processo de vitimização ao qual estão submetidas com o intuito de superar a debilidade que a relação oprimido-opressor instaura.

Uma pena é que o jovem Wellington não buscou o tratamento adequado e cumpre reforçar que o episódio em questão é resultado da soma de alguns fatores negativos, porém percebe-se que a família desestruturada, a ausência da figura

materna (biológica e adotiva), a negligência dos demais membros familiares, o isolamento do restante da família, a falta da afetividade familiar – todos problemas de cunho familiar – e o *bullying* sofrido desde a tenra infância, desempenharam papel singular na prática criminosa.

4 PSICOPATOLOGIA E O CASO DA CRECHE GENTE INOCENTE

O ocorrido na Creche Gente Inocente deixa claro que uma pessoa aparentemente sã, pode ser levada do isolamento à perversidade absurda. O episódio fez com que muitos questionassem: Damião era portador de algum distúrbio mental? E, sendo ele servidor público havia 8 anos (mesmo sem nada que manchasse seu currículo), questionou-se também: que critérios foram considerados pela prefeitura da cidade quando da contratação do vigia?

O massacre ocorreu no dia 5 de outubro de 2017, no bairro Rio Novo em uma creche municipal de Janaúba, no Estado de Minas Gerais. O vigia da creche Gente Inocente, Sr. Damião Soares dos Santos de 50 anos de idade ateou fogo em si mesmo, em uma professora e em várias crianças.

Naquela manhã, Damião foi até a creche dizendo que ia entregar um atestado médico. Uma funcionária abriu a porta e ele entrou ainda de capacete e com uma mochila nas costas. Damião foi até a cozinha e jogou álcool em uma das funcionárias e ateou fogo. A funcionária gritou por socorro.

Na sequência, ele invadiu uma sala de aula, onde dezenas de crianças entre 3 e 7 anos de idade estavam participando de atividades normais da escola, trancou a porta e lançou combustível sobre várias crianças, funcionários e logo em seguida pôs fogo em si próprio.

A tragédia de Janaúba deixou 14 mortos, incluindo o autor da chacina, e dezenas de pessoas feridas.

Damião era caçula entre os irmãos de uma família pobre de sete mulheres e quatro homens, era discreto e vendia picolés para criança feitos por ele mesmo. Sua irmã alegou que o vigia vinha apresentando problemas mentais que começaram depois que o pai morreu. Ele nunca se casou e nem teve filhos.

A casa onde morou nos últimos dois anos possuía apenas dois cômodos, era totalmente insalubre e inóspita. Lá foram encontradas anotações, com textos confusos e pouco concatenados, contendo referências ao Estatuto da Criança e do Adolescente, um CD com fotos de crianças brincando e tomando sorvete, além de alguns galões de álcool.

Segundo entrevista dada ao G1 o delegado responsável pelo caso, Bruno Fernandes Barbosa, disse: "Tenho plena convicção de que o crime foi premeditado, ele escolheu a data do dia 5 de outubro porque o pai dele morreu no dia 5 de outubro, há três anos".

A data escolhida para o crime e os achados na casa do homicida esvaziam a teoria de que ele teria tido um surto psiquiátrico, mas não podem negligenciar de que ele poderia, há algum tempo, vir sofrendo com algum tipo de transtorno psicótico ou uma psicopatologia qualquer como foi reconhecido em laudo psiquiátrico posterior ao episódio.

Damião havia dito a familiares que "essa semana iria morrer". Parentes disseram à polícia que, desde 2014, Damião já apresentava "sinais de loucura", costumava alegar que a mãe dele estava envenenando a água, e que isso estava trazendo problemas para ele. O vigia chegou inclusive procurar o Ministério Público de Minas Gerais pedindo ajuda contra a mãe.

Diante desta colocação, o laudo dos psiquiatras que atuaram na investigação do caso chegou à conclusão de que o vigia Damião sofria de disfunção de consciência e tinha delírios persecutórios, doença mental na qual a pessoa acredita que está sendo perseguida ou traída exageradamente e sem justificativa aparente.

Para Trindade (2011, p. 130), os indivíduos que sofrem com transtornos delirantes podem planejar comportamentos homicidas e é freqüente buscarem órgãos policiais e da Justiça apresentando queixa em relação aos prejuízos que julgam sofrer diante da ação dos perseguidores de quem se consideram vítimas, como fez o homicida Damião. Além disso, esse tipo de transtorno é considerado tardio, costuma incidir após os 25-28 anos de idade e muitos pacientes raramente buscam auxílio por conta própria, geralmente são encaminhados por juizados ou tribunais.

No caso, Damião foi orientado a buscar orientação psiquiátrica ainda em 2014 quando procurou o MP de Minas Gerais, porém não buscou a ajuda de psicólogo ou psiquiatra para acompanhamento.

Diante de tudo que foi exposto, fica evidente que o diagnóstico precoce e obviamente o tratamento psicológico ou psiquiátrico necessário ao caso poderiam ter evitado a ocorrência de tão triste episódio. Apesar de o laudo psiquiátrico ter demonstrado que no momento do ato criminosos, o homicida Damião, não estava sofrendo de nenhum tipo de delírio é provável que se o transtorno tivesse sido tratado ele não teria premeditado e muito menos praticado o massacre.

Ressalte-se ainda, que no caso de Damião, não houve punição jurídica para o feito, já que o autor do tipo criminal foi punido com o resultado morte, no entanto, o ocorrido nos deixa em dúvidas em relação ao diagnóstico e ao tratamento reservado a tantos outros apenados que sofrem de transtornos mentais, em que os mais comuns são os transtornos de personalidade e de comportamento.

5 DEPRESSÃO E O EFEITO *COPYCAT* NO CASO DO ATIRADOR DA CAPITAL

Em 11 de dezembro de 2018, Euler Fernando Grandolpho, de 49 anos, adentrou a Catedral de Nossa Senhora da Conceição, localizada no centro de Campinas em São Paulo, armado com uma pistola de 9 mm e um revólver calibre 38. O massacre ocasionou a morte de 05 pessoas, entre elas o próprio atirador que cometeu suicídio.

Euler Fernando nasceu em Campinas, mas vivia na cidade de Valinhos (SP). Segundo informações trabalhou como auxiliar de promotoria no Ministério Público de São Paulo e não tinha antecedentes criminais.

Segundo relatos o atirador morava com o pai, era bastante recluso, costumava ficar dentro do quarto, saía muito pouco de casa, não trabalhava desde 2015 e tinha poucos amigos inclusive em seu perfil no Facebook que só possuía duas postagens.

Em um canal no YouTube, Grandolpho publicou um vídeo em que aparece praticando *Counter-Strike*, jogo de tiro em que grupos terroristas e contra-terroristas batalham entre si. Até a data da publicação (outubro de 2017), o homicida da catedral já havia jogado cerca de 350 horas de jogo.

De acordo com relato de uma ex-namorada de Euler, ele externava o ódio pela igreja católica porque seu pai era cristão fervoroso e dedicava muito tempo aos trabalhos voluntários.

No dia do massacre, o atirador estava sentado entre os fieis em um banco ao fundo da igreja. Quando a missa terminou, ele se levantou e atirou em pelo menos três pessoas atrás dele. Uma delas se levantou e saiu cambaleando até a porta da igreja, atraindo a atenção de um grupo de pessoas que estava do lado oposto da igreja, contra quem o atirador começa a disparar vários tiros. Na sequência o atirador foi até o corredor e passou a atirar em direção à saída da igreja.

Segundo o comandante do 8º Batalhão da Polícia Militar, Euler só parou de atirar quando foi atingido por policiais que adentraram a Catedral após ouvir os disparos. Depois de ferido à altura do abdômen ele atirou contra a própria cabeça.

Famíliares do atirador confirmaram que ele chegou a fazer tratamento contra a depressão e que temiam que ele cometesse suicídio. Enfermidade comum nos nossos dias, a depressão é uma doença psiquiátrica crônica que produz acentuadas alterações de humor, amargura, desencanto, baixa autoestima e forte sentimento de desesperança.

O inquérito policial foi concluído em 20 de fevereiro de 2019 e dá conta de que em bilhetes encontrados na casa do atirador ele revelava que estava sendo perseguido (da mesma forma que o vigia Damião Soares, da Creche gente Inocente) e que essas perseguições só acabariam com a ajuda de um profissional ou com um massacre, que ele precisaria fazer algo grande.

Essa idéia de perseguição constante pode estar relacionada com os episódios depressivos, visto que uma das variações da citada doença é conhecida por Transtorno depressivo Psicótico (que parece encaixa-se perfeitamente ao caso em tela) Esse transtorno faz com que os pacientes tenham delírios e/ou alucinações.

O inquérito policial descobriu também que Grandolpho já possuía a pistola de 9mm desde o ano anterior, que planejava o crime desde 2008 e que admirava outros massacres como o de Realengo e da Noruega ocorridos em 2011 e o do Ceará (chacina das Cajazeiras) ocorrido em Janeiro de 2018.

Essa inspiração em outros crimes que tiveram grande repercussão na mídia é conhecido como fenômeno *Copycat* (expressão em inglês que resulta da justaposição da palavra copy, que significa 'cópia', seguida da palavra cat, que quer dizer 'gato'). Essa expressão origina-se no fato de que os filhotes de gatos tendem a imitar o comportamento da mãe.

Na esfera jurídica utilizamos a expressão *modus operandi* para descrever o modo de agir de um criminoso. No entanto, como mencionado, o criminoso pode simplesmente estar copiando o estilo de outro.

Assim, o 'efeito *copycat*' tem sido comumente aplicado na literatura criminológica toda vez que a ocorrência de determinado acontecimento projeta outros episódios similares. A mídia é bastante colaborativa nesse sentido, pois da divulgação desses fatos, inclusive com riqueza de detalhes, abre-se uma brecha para imitação.

Desta feita, o fenômeno típico, antijurídico e culpável (suicídios ou homicídios de grande repercussão social) associados à publicidade sensacionalista colaboram para que de forma sequenciada aconteçam outros episódios da mesma natureza.

No caso do atirador da Catedral, o inquérito policial foi concluído em cerca de três meses após o trágico episódio, levando em consideração alguns depoimentos e principalmente um 'diário' (caderneta de anotações) deixado por ele. O perfil traçado para o criminoso revela que ele sofria de grave transtorno psicológico com delírios persecutórios e desvio de personalidade acentuado e que, pelo que se sabe, não chegou a buscar tratamento apropriado.

Acreditou-se por alguns momentos que o fato criminoso teria sido ocasionado por algum sentimento de rancor que o atirador alimentava contra a Igreja Católica. No entanto, a hipótese de retaliação religiosa foi totalmente descartada.

Assim como nos demais casos analisados no presente estudo, é indubitável que não foi um fator isolado que culminou no trágico episódio na Catedral de Campinas. Porém, a motivação maior está relacionada sem dúvida ao adoecimento psicológico do atirador (Transtorno depressivo) cumulado com o desejo de chamar para si a atenção de muitos e imitar outros eventos trágicos.

Também não restam dúvidas de que a mídia é um dos vilões dessa estória, já que para esse veículo de comunicação a morte é vista como fenômeno propulsor de audiência, em outras palavras a morte vende e vende muito. Muitas vezes, os fatos nem são apurados de fato e logo são publicados, pois na corrida pela audiência ganha quem consegue 'espremer sangue' primeiro, se a matéria sangra, ela lidera o ranking de audiência.

6 JOGOS *ON LINE* VIOLENTOS, *DEEP WEB* E O CASO SUZANO

Uma discussão relevante na atualidade é a relação do homicídio em massa com os jogos eletrônicos de caráter violento. Dados comprovam que o excesso de videogame pode levar ao isolamento e a agressividade dos usuários.

Hoje é comum crianças, adolescentes, jovens e adultos encontrarem-se cada vez mais viciados em jogos eletrônicos, presos em um ambiente *on line* privativo, alheios à realidade que os rodeia e o pior: afastados da convivência com a família e com outras pessoas próximas.

A própria crise pandêmica que o Brasil e o mundo vêm enfrentando tem mostrado que, em decorrência do isolamento social que nos foi imposto, ocorreu um aumento significativo de pessoas no ambiente virtual. Afastados do trabalho, da escola e de outras atividades antes realizadas e agora não mais possíveis, resta para alguns apenas a utilização de jogos *on line* como forma de passa-tempo. O problema é que esse passa-tempo tem deixado margem para o surgimento de pessoas viciadas nestes jogos, cada vez mais isoladas e involuntariamente mais

agressivas, impacientes e facilmente estressadas, o que pode ocasionar mentes adoecidas numa sociedade que já está caótica.

Diante deste cenário alguns questionamentos nos chamam atenção: a) Que tipo de influência esses jogos *on line* podem causar na mente de seus *gamers*? b) Que tipos de conteúdos estão sendo veiculados paralelamente nesse ambiente de disputas *on line*? c) E o fator tempo? Que conseqüências a perda excessiva de tempo diante desses games podem trazer para seus praticantes?

A Associação Americana de Psicologia realizou e divulgou pesquisa tratando deste tema e concluiu que jogos eletrônicos violentos podem estimular comportamentos agressivos. A pesquisa girou em torno da análise de estudos publicados de 2005 a 2013 que mostram como os jogos eletrônicos podem afetar o comportamento infantil diminuindo inclusive sentimentos de empatia.

Para a Psicologia assim como os transtornos compulsivos, vícios em jogos eletrônicos podem levar a conseqüências negativas tais como: mudança no horário das refeições e no horário de dormir, má realização das atividades cotidianas, isolamento frequente, fadiga, enxaqueca, mudanças repentinas de humor, mudança de comportamento e até mesmo depressão.

Cumprе ressaltar que não são todas as pessoas que se tornam influenciáveis pelos jogos *on line* de natureza violenta, mas tem sido muito comum que alguns se baseiem nesses jogos para praticar atos criminosos, como foi (ao nosso ver) o caso do Massacre de Suzano em 2019. Na época a polícia encontrou, no carro dos criminosos, dois cadernos com anotações sobre games de tiros e táticas de jogo.

O referido massacre foi um homicídio em massa ocorrido em 13 de março de 2019 por volta das 09:30 horas da manhã, na Escola Estadual Professor Raul Brasil no município de Suzano, no estado de São Paulo. Os ex-alunos da escola, Guilherme Tauci Monteiro e Luiz Henrique de Castro, mataram cinco estudantes e duas funcionárias da mesma. Antes do ataque, mataram o tio de um deles para conseguir roubar um carro e após o massacre, um dos atiradores matou o comparsa e em seguida cometeu suicídio.

Os dois frequentavam uma *lan house* em Suzano onde participavam de jogos online de combate com armas e segundo funcionários, a dupla aparecia no local pelo menos três vezes na semana. Eram fechados e xingavam em voz alta durante as partidas de jogos *on line*.

Os assassinos eram amigos de infância e moravam a pouco mais de 1 quilômetro de distância do colégio. Guilherme tinha 17 anos de idade e havia sido

criado pela avó. Luiz tinha 25 anos e vivia com os pais, um irmão mais velho e o avô, era jardineiro e trabalhava na Zona Leste de São Paulo.

Dados divulgados na época do massacre revelam que a chacina teria sido premeditada: os jovens assassinos fizeram várias pesquisas na internet acerca de como alguns atentados norte-americanos foram realizados. Revelou-se, também, que um dos episódios muito admirado pelos homicidas de Suzano foi o atentado ocorrido em Columbine em 1999 promovido pelos jovens Eric Harris (18 anos) e Dylan Klebold (17 anos), causando a morte de 12 colegas e uma professora e os próprios suicídios na escola em que estudavam.

A esse respeito, inclusive, o inquérito policial concluído 80 dias após o episódio fatídico revelou que além dos 2 jovens homicidas envolvidos havia ainda um outro menor de idade que foi mentor intelectual do crime que não participou da cena criminosa porque era desejo dos colegas homicidas imitar o mais próximo possível o já citado atentado de (exatamente o fenômeno *copycat*, já mencionado).

Some-se a isto outro fator que pode ter sido determinante: a dupla de assassinos freqüentava fóruns na *deep web*, uma internet considerada obscura na qual pessoas anônimas incitam crimes de ódio e intolerância. A investigação apontou que na internet obscura, os jovens homicidas de Suzano frequentavam o fórum *Dogolachan* (fórum extremista criado por Marcelo Valle Silveira Mello, preso desde 2018 e condenado a mais de 40 anos de prisão por associação criminosa, divulgação de imagens de pedofilia, racismo, coação, incitação ao cometimento de crimes e terrorismo) e nele vinham demonstrando os planos sobre o atentado. Através do fórum recebiam informações de onde conseguir armamentos e até dicas táticas de como cometer os assassinatos.

Tudo que foi divulgado na mídia televisiva, internet, jornais e em outros meios de comunicação dão margem a aceitação da tese de que nenhum dos jovens envolvidos no homicídio em massa de Suzano teria qualquer tipo de adoecimento mental. Nada foi mencionado a este respeito.

É lógico que o tempo reservado para os jogos *online* de natureza violenta também foi protagonista do episódio. Não há que se discutir que se todo o tempo empregado nesse fazer infundado tivesse sido utilizado para aprender coisas novas, estudar ou buscar de maneira mais proveitosa preencher o vazio comum na mente dos jovens, talvez não tivéssemos tido essa história marcada de sangue para contar.

7 CONCLUSÃO

É chocante depararmos-nos com tantos episódios trágicos e não encontrarmos respostas claras para justificar tais acontecimentos. Enxergar assassinos em massa como homicidas que agem movidos por algum tipo de delírio psicótico é mais facilmente aceitável que acreditar que essas pessoas podem simplesmente realizar atos tão extremos de violência partindo simplesmente do seu desejo de matar tendo para tanto premeditado suas ações. Talvez, atribuir esses ataques apenas a distúrbio neuropsicológicos é ser muito leviano ou romantizar demais o problema.

É comum ao ser humano buscar explicações para tudo, ainda que determinados acontecimentos pareçam não ter explicação de teor convincente. Este era o objetivo do presente estudo. Humildemente, não se buscou esgotar o tema em análise, o desejo que ensejou tal pesquisa foi simplesmente o de demonstrar que algumas atividades rotineiras que aparentemente são inofensivas no nosso convívio diário podem ensejar acontecimentos totalmente caóticos. Também se buscou demonstrar que na maior parte das vezes é a associação de fatores que culminam em tais eventos.

Nesse sentido, é comum em nossas casas ou bem próximo de nós uma criança, adolescente, jovem, adulto ou até mesmo idoso que tem se isolado do convívio com os demais, que tem ficado incontáveis horas diante do computador, celular ou tablet em ambientes virtuais e totalmente alheios à realidade que o cercam.

Do mesmo modo, é comum que esse indivíduo tenha sido tratado com algum tipo de preconceito diante de alguma característica física, psicológica ou comportamental sua, que tenha o obrigado a afastar-se de determinado grupo.

Além disso, são várias as pessoas que tem clamado por socorro diante de algumas dificuldades, em meio a quadros depressivos, sem receber de fato o apoio de quem quer que seja. Também é salutar falar de tantas outras que tem sido negligenciadas pelas instituições, que buscaram tratamento adequado, ajuda e simplesmente não foram atendidas.

Também não se pode deixar de mencionar a quantidade de problemas que adequando apoio familiar e o ambiente familiar saudável podem evitar. Nem tampouco se pode relativizar a influencia do fácil acesso às armas de fogo.

Infelizmente, nenhum dos homicidas em massa que protagonizaram os casos em estudo está vivo para responder ao questionamento: Que fatores biopsicossociais influenciaram sua prática criminosa? No entanto, o estudo realizado mostra que o ambiente familiar desestruturado associado ao *bullying*, as psicopatologias que não receberam tratamento eficiente e adequado, o desejo doentio de chamar atenção de todos e superar outros episódios trágicos (fenômeno *copycat*), a depressão

associada ao tempo perdido em mídias que incitam a violência e tantos outros aspectos que não comportaram na presente investigação, cumpriram um papel de personagem principal nesses fatídicos eventos.

Conclui-se, portanto que não existe possibilidade de singularizar ou isolar elementos motivadores quando da prática de homicídios em massa e é cada vez mais necessário e imprescindível o trabalho conjunto do Psicólogo jurídico ou forense com o profissional da justiça e do direito (delegado, advogado, juiz, procurador) para buscar compreender esses fatores buscando elucidar esses eventos desastrosos na tentativa de trazer uma resposta à sociedade que tem se encontrado desmotivada, descrente e insatisfeita nesse sentido.

REFERÊNCIAS

Atirador entra em escola em Realengo, mata alunos e se suicida. **G1**, [S. l.], 07 abr. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/Tragedia-em-Realengo/noticia/2011/04/atirador-entra-em-escola-em-realengo-mata-alunos-e-se-suicida.html>. Acesso em: 14 abr. 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 Ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848/1940 - Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 Abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial**: Arts. 121 a 212. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:614801>. Acesso em: 16 abr. 2020.

CARNEIRO, Julia Dias. Do isolamento à perversidade, os últimos dias do vigia que incendiou creche em MG. **Folha de São Paulo**, [S. l.], 07 out. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1925242-do-isolamento-a-perversidade-os-ultimos-dias-do-vigia-que-incendiou-creche-em-mg.shtml>. Acesso em: 23 Set. 2020.

CASOY, Ilana. **Serial Killers: louco ou cruel?** Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2014. ISBN 978-85- 66636-28-4

Cronologia: Massacre em Suzano. **G1**, [S. l.], 13 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes->

suzano/noticia/2019/03/13/cronologia-massacre-em-suzano.ghtml. Acesso em: 13 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte especial** (arts,. 121 ao 361). Volume único. 10. Ed. Editora: Juspodivm, 2018. ISBN: 978-85-442-1909-6

DANTAS, George Felipe de Lima. **A onda de ações criminosas: efeito copycat?** Revista eletrônica : Observatório da Imprensa- Jornal de Debates - Voz dos ouvidores. Edição 618. 30 nov. 2010. ISSN 1519-7670 - Ano 20 - nº 1111. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/jornal-de-debates/a-onda-de-acoes-criminosas-efeito-copycat/>. Acesso em 23 set. 2020.

Declaração universal dos Direitos Humanos - íntegra. [S. l.], 1º dez. 2018. Disponível em: https://institutolegado.org/blog/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-integra/?gclid=EAiaIQobChMIq92d4v7U7AIVkAyRCh2fZwrQEAAAYASAAEgJVfvD_BwE. Acesso em: 14 Ago. 2020.

Dicionário Aurélio on line. Buscas realizadas: Homicídio. Homicida. Massa. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>. Acesso em 12 abr. 2020.

GAMA, Raiane Nogueira; MANCINI, Renata. **A morte estampada nas capas dos jornais: uma análise semiótica do "Massace de Realengo"**. Revista de Estudos da Linguagem, Belo Horizonte, v. 25, n. 4, p. 2257-2291, 2017 Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/relin/article/view/10669/pdf>. Acesso em 16 abr. 2020

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-026-2696-6

PUFF, Jefferson. Excesso de videogames eleva isolamento e agressividade das crianças, diz estudo. **BBC News Brasil**, São Paulo, 06 jun. 2012. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/06/120606_videogames_estudo_jp. Acesso em: 19 Ago. 2020.

RETONDAR, Jeferson José Moebus; BONNET, Juliana Coutinho; HARRIS, Elisabeth Rose Assumpção. **Jogos eletrônicos: corporeidade, violência e compulsividade**. Revista Brasileira de Ciências do Esporte. Mar 2016, Volume 38, Nº 1, Páginas 3 – 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbce/v38n1/0101-3289-rbce-38-01-0003.pdf>. Acesso em 15 abr. 2020.

SALGADO, Daniel; FERNANDES, Matheus. **Após Massacre em Suzano, ódio prospera nas grandes redes sociais.** Época,[S. I.], 22 mar. 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/apos-massacre-em-suzano-odio-prospera-nas-grandes-redes-sociais-23542813> . Acesso em: 14 abr. 2020.

SILVA, Ana Beatriz B. **Bullying: mentes perigosas nas escolas.** – Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. ISBN 978-85-390-0143-9

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** 5. Ed. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. ISBN: 978-85-7348-748-0

NOTAS:

[1] Tatiana Mara de Sousa Carvalho, Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA). *E-mail*:tatimara23@hotmail.com

[2] Samila Marques Leão, mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). *E-mail*: samilaleao@outlook.com

A FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS CRIMINAIS FRENTE AO TERRORISMO E À CRIMINALIDADE ORGANIZADA

IZABEL YASMENE SILVA DE OLIVEIRA:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus -CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva realizar uma reflexão aprofundada sobre a tendência contemporânea de expansão do discurso jurídico penal, frente ao contexto de terrorismo e criminalidade organizada que caracteriza este início de terceiro milênio. Utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, onde reuniu-se autores com suas respectivas obras que debatem sobre o tema em questão. A pesquisa é relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, por fazer uma contraposição entre garantias constitucionais e necessidade de segurança, atualizadas pelos atentados terroristas aos Estados Unidos. Nessa perspectiva, a pesquisa objetiva analisar as alterações ocorridas na postura do direito penal e a expansão do direito penal contemporâneo após o advento do atentado; à verificação e discussão da expansão da doutrina do direito penal do inimigo, como forma de combater a esse tipo de criminalidade; ao exame do discurso jurídico penal e, em especial o discurso do direito penal do inimigo e de suas matizes, confrontando-o com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Garantias. Dignidade. Pessoa. Terrorismo. Criminalidade organizada.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO - 2 CRIMINALIDADE: TERRORISMO E CRIME ORGANIZADO - 2.1 ENTRE O TERRORISMO E A CRIMINALIDADE ORGANIZADA - 3. O DISCURSO DA EMERGÊNCIA E A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS - 4. A IMPOSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER ABSOLUTO DA DIGNIDADE - 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 6. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propõe-se a realizar uma reflexão aprofundada sobre a tendência contemporânea de expansão do discurso jurídico penal, frente ao contexto de terrorismo e criminalidade organizada que caracterizam este início de terceiro milênio.

Frente ao tema desenvolvido levantam-se diversas questões, as quais se buscaram respostas, não só na doutrina, mas no confronto com ações concretas e de certa forma legitimadas pelas diferentes posições assumidas frente ao terrorismo e à criminalidade organizadas.

O tema merece e carece de uma discussão aprofundada, pois toda a ficção cinematográfica ficou aquém do ataque terrorista às torres do World Trade Center, reabrindo, de forma vigorosa, o questionamento sobre a violência indiscriminada que assola o mundo contemporâneo e comprovando a ineficácia do Estado em conferir mínimas condições de proteção aos cidadãos. Quando o coração de Nova York foi ferido, soube-se que o inconcebível poderia acontecer. E acontecer diante dos olhos esbugalhados da população planetária: o atentado foi planejado com todos os requintes de um espetáculo midiático. Essa visão apocalíptica estarreceu a todos ceifando em parte da esperança, a fé e a dignidade da raça humana.

O artigo em tela pretende, então, observar a respeito desta expansão operada a nível mundial após o 11 de setembro que incidiu em termos globais tornando o direito penal mais abrangente e severo e o direito processual penal mais flexível e menos garantista, abordando os efeitos desta maximização legislativa simbólica no direito brasileiro. O direito penal brasileiro, melhor dizendo latino americano, é o reflexo de uma ideologia messiânica e de uma economia imperialista, imprimida pelos Estados Unidos e pela da classe dominante brasileira, que se vale do direito penal simbólico para, pelo discurso jurídico penal, dissipar as desigualdades sociais, usando do apelo à feitura de justiça para maquilar a imensa massa de excluídos que por falta total de alternativas possíveis aderem a criminalidade como tentativa de inclusão (por via transversa) social.

Pretende-se, nesse sentido, examinar, à luz de diferentes posições sociojurídicas a legitimidade do discurso jurídico penal, o contexto econômico que dá origem a construções jurídicas como a doutrina do direito penal do inimigo, bem como verificar quem são esses sujeitos apenados, configurados pela doutrina como inimigos.

2 CRIMINALIDADE: TERRORISMO E CRIME ORGANIZADO

A criminalidade oriunda do terrorismo, geralmente, é direcionada e propulsão (agora na contemporaneidade) por fatores políticos, ou seja, visa pela violência demonstrar o grau de insatisfação de um grupo pelo contexto governamental, econômico, político, ideológico ou religioso a que este grupo é submetido, pretende que sejam lidos os atos de violência, como uma manifestação política de sua insurreição.

A criminalidade decorrente do terrorismo assume assim um cunho de disputa política, ideológica ou religiosa (por disputas ou privilégios decorrentes de posturas religiosas), não é eminentemente e necessariamente uma violência direcionada a tomar para si os bens e os signos do capitalismo, mas, muitas vezes uma manifestação contra as consequências de seu sistema de exclusão e de exploração

de significativa parcela da população que vive à mercê do imperialismo econômico ditado pelas nações desenvolvidas

A criminalidade proveniente do crime organizado trata-se de outra espécie de criminalidade, destituída deste cunho político e/ou de manifestação ideológica, opera simplesmente para a obtenção dos lucros decorrentes destas atividades ilícitas. Este tipo de criminalidade não assume nenhuma postura ideológica que pautе sua ação, pois ela é decorrente, tão somente, de interesses econômicos, diferentemente das do terrorismo, visa eminente e necessariamente apossar-se dos bens e os signos do capitalismo através de atividades ilícitas.

É importante ressaltar que a criminalidade organizada vem sendo indistintamente utilizada como gênero do qual são espécies os mais diversos crimes, tais como os monetários – especialmente falsificações de moedas e títulos públicos – lavagem de dinheiro, fraude nos sistemas financeiros, crimes de extorsão, corrupção, concussão, prevaricação, contrabando de mercadorias, de materiais radioativos, de tecidos humanos, comércio de armas (eventualmente até nucleares), drogas, tecnologias sofisticadas mediante espionagem industrial ou compra de segredo, prostituição, tráfico de mulheres e crianças, crimes ecológicos, roubo de cargas, terrorismo, pirataria, falsificação de remédios, dentre vários outros. A mídia Basta que se assista a um noticiário, se tenha acesso a jornal, revista, internet, ao discurso de um político, de um policial, e até mesmo advogados, promotores de justiça e magistrados. Nesse sentido salienta:

“A criminalidade organizada vem sendo indistintamente utilizada como gênero do qual são espécies os mais diversos crimes, tais como os monetários – especialmente falsificações de moedas e títulos públicos – lavagem de dinheiro, fraude nos sistemas financeiros, crimes de extorsão, corrupção, concussão, prevaricação, contrabando de mercadorias, de materiais radioativos, de tecidos humanos, comércio de armas (eventualmente até nucleares), drogas, tecnologias sofisticadas mediante espionagem industrial ou compra de segredo, prostituição, tráfico de mulheres e crianças, crimes ecológicos, roubo de cargas, terrorismo, pirataria, falsificação de remédios, dentre vários outros. Não raro, os exemplos são sobremaneira ampliados sem qualquer preocupação técnica (cite-se apenas como exemplo, a adjetivação do Movimento Nacional sem-terra, como modalidade de crime organizado). Basta que se assista a um noticiário, se tenha acesso a jornal, revista, internet, ao discurso de um político, de um policial, e até mesmo

advogados, promotores de justiça e magistrados. Salienta-se que a lei nº 9.034/95 não elucidou o conceito de criminalidade organizada, manifestando-se de forma omissa quanto à sua conceituação e fazendo uma homogenização de conceitos distintos como o de organização criminosa, criminalidade organizada e quadrilha ou bando, já tipificados no ordenamento jurídico brasileiro. A lei nº 9.034/95 foi revogada pelo artigo 1º da lei nº 10.217/01, porém esse mandamento legal declarou apenas a existência da distinção entre os crimes de quadrilha ou bando e de associação criminosa do crime organizado, sem, contudo, solucionar o problema apontado”.

O aspecto associativo, relacional é responsável por uma prática criminal cuidadosamente estruturada, que se utiliza indiscriminadamente da população civil como massa de manobra e escudo para conferir êxito às suas ações.

Embora o terrorismo também seja expressão da manifestação de uma criminalidade organizada possuindo os mesmos contornos dessa, sua distinção reside nos objetivos a serem alcançados com a atividade ilícita que são diversos dos do crime organizado (MENDRONI, 2002).

O Brasil carece da descrição do tipo penal do terrorismo, como também, do que seja a criminalidade organizada, omitindo-se a legislação quanto ao estabelecimento de contornos mais precisos a respeito do conceito de criminalidade organizada, o que dificulta seu enquadramento. Assim, entre nós, o conceito de criminalidade organizada, apesar da tentativa de algumas leis especiais em defini-la, continua difuso, diante da complexidade de condutas que o conceito de criminalidade organizada abarca.

2.1 ENTRE O TERRORISMO E A CRIMINALIDADE ORGANIZADA

O perfil da criminalidade, no transcorrer da história das sociedades, tem sido alterado. Mas, sem dúvida, a partir da segunda metade do séc. XX, ela adotou contornos de macrocriminalidade transnacional. Os crimes individuais, acolhidos pelo direito penal clássico, pela teoria finalista e pela análise do tipo subjetivo da conduta típica estão voltados para uma criminalidade e uma responsabilidade penal individual, que não é atualmente o maior foco de preocupação do sistema repressivo formal. A vulgarização do uso do tóxico e abertura de mercados clandestinos, com a anuência velada de alguns Estados, recrudescer a violência urbana.

Ademais, o volume do movimento financeiro e das atividades comerciais geradas pela criminalidade organizada faz operar uma transferência significativa

parcela de poder econômico dos estados para este tipo de atividade subterrânea, sendo que em alguns países da América Latina este movimento financeiro é tão alto que, se saneada a criminalidade, o estado quebra.

Este novo espaço da criminalidade organizada, parlamentada com todas as espécie de assessoramento técnico e tecnológico, desenvolveu um novo ambiente, sobre o qual as instituições formais do estado não detêm o poder repressivo, pois quem o detém é esse estado paralelo que as usa para fomentar e sustentar com bases bélicas seu poder repressor contra os cidadãos comuns

O crime organizado nos países da América Latina está, de certa forma, imune aos meios clássico de investigação (observações, interrogatórios, estudos dos vestígios deixados). Ademais, o ordenamento jurídico, na sua grande maioria está voltado a responsabilização penal individual, não estando instrumentado para a apuração da criminalidade organizada

Esses segmentos da criminalidade organizada funcionam como uma "holding", já que grupos que traficam drogas frequentemente vinculam-se a outros responsáveis pelo tráfico de armas, na medida em que o negócio não envolve somente dinheiro, mas também mercadorias. Assim, conseguem-se armas em troca de substâncias entorpecentes e vice-versa. Daí mais um ponto de consonância entre a criminalidade organizada e o terrorismo: ambos trabalham com uma economia subterrânea de mercadorias clandestinas e fazem uso dessas como objeto de troca (CALLEGARI, 2003).

3. O DISCURSO DA EMERGÊNCIA E A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS

Em tempos de guerra, a lógica democrática é invertida, abrindo espaço para a suspensão parcial ou total das trocas e da participação democráticas; o princípio democrático cede terreno a um princípio estritamente autocrático: todos devem prestar obediência incondicional ao gestor do estado de guerra. Porém, vale salientar que, na era moderna, a suspensão da política democrática, em tempo de guerra, geralmente é apresentada como temporária, já que a guerra é validada como uma condição excepcional, não uma constante nas relações interpessoais.

O estado de guerra transformou-se, porém, de determinante excepcional em condição global permanente. A suspensão da democracia (e dos direitos e garantias fundamentais) sob essa ótica, tende também a tornar-se a regra e não a exceção. A guerra deixou de representar o ápice das impossibilidades de composição harmônica dos conflitos, força letal exercida como último recurso para o consenso e a submissão de poder de gestão do Estado, para tornar-se o primeiro e fundamental

elemento/argumento, constituindo-se na base da própria política dos estados imperialistas e no fundamento de sua legitimação como império global.

A aplicação constante e coordenada da violência torna-se condição necessária para o funcionamento da disciplina e do controle da supremacia, passando a desempenhar não somente o papel social e político fundamental de função constituinte ou reguladora: tende a tornar-se, ao mesmo tempo, uma atividade processual e uma atividade reguladora de ordenação, criando e mantendo hierarquias sociais, como forma de biopoder voltada à promoção da regulação da vida social.

O direito foi utilizado durante o século XX, muitas vezes, apenas como instrumento para legitimar a violência. Trata-se de uma justiça seletiva que pune os menos poderosos, numa estratégia cada vez mais utópica de legitimação. O conselho de segurança da ONU, os tribunais internacionais interpretam, reproduzem e julgam com a parcialidade concernente com o comprometimento com determinados interesses políticos. A recusa dos Estados Unidos de submeter seus cidadãos e militares à jurisdição do tribunal penal internacional endossa essa desigualdade na aplicação das normas e estruturas legais e marca sua supremacia/privilégio sobre as demais nações as quais impõe subordinação a ordens que não aceitou acatar (NEGRI; HARDT, 2006).

O panorama do direito penal, não obstante a humanidade ainda se encontre imersa em uma conceituação moderna de homem e sociedade, já não mais obedece (se é que de fato algum dia o fez na realidade) aos direitos e garantias individuais. Está-se diante de uma hipertrofia legislativa, em que a produção de leis se encontra marcada pela ausência de qualquer critério de cunho utilitário, gerando, sem dúvida, uma sensação de absoluto desamparo social, combatido, pasmem, com a produção de mais leis que, novamente de nada servirão (FERRAJOLI, 2004).

No Brasil, com a tônica do expansionismo penal, criam-se também decisões reafirmando a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais, posicionando-se a jurisprudência no sentido de endossar a restrição aos direitos individuais em prol da sociedade e da eficiência no combate ao crime organizado.

Ao relativizar os direitos fundamentais, enquanto valores constitucionais, vincula-os à idéia de responsabilidade unicamente factual, não analisando e nem sequer questionando qual o referencial societário que permite e propaga essas sociedades criminosas, eximindo mais uma vez o estado de pensar e atuar como poder legítimo responsável pela minimização das desigualdades sociais e pela promoção de uma perspectiva de futuro para as novas gerações, que não sejam tão somente as atividades criminosas.

4. A IMPOSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER ABSOLUTO DA DIGNIDADE

Toda a pessoa é titular do princípio da dignidade, que não se adquire, ou compra, mas é intrínseco ao ser humano. Diante dessa afirmativa, surgem inúmeros questionamentos, dentre eles aquele que se pergunta sobre até que ponto, para se assegurarem a dignidade e os direitos fundamentais de uma determinada pessoa, não se acaba, por vezes, afetando dignidade de outro ser humano? Por outro lado, como operar o direito frente a um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas?

Partindo-se da premissa de que a dignidade, por ser qualidade inerente ao ser humano, é absoluta, certamente haverá infinitas dificuldades de confrontações com as problemáticas apontadas.

É, nesse sentido, que se relembram os estudos de Alexy "Até o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização" (ALEXY, 2017).

A aceitabilidade de relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, parece necessária frente à realidade da vida, que oferece situações limites, diante das quais dificilmente não haverá questionamentos sobre determinados entendimentos diante dos casos concretos.

Neste balizamento constante onde se contrapõem interesses sociais, não se pode esquecer que os direitos humanos são produto da civilização humana, direitos históricos mutáveis, suscetíveis de transformação e de ampliação, devendo ser tomados na sua relatividade e historicidade, pois, por mais fundamentais que sejam, são oriundos de um determinado momento histórico, nascidos em certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades, pautados pelos valores daquela determinada época.

Nesse sentido, deve-se utilizar argumentação dialética que englobe razão, vontade e sensibilidade, unidas na elaboração da interpretação e aplicação do direito, em determinados casos concretos, cuja complexidade lida concomitantemente com a colisão de dignidades de duas ou mais pessoas, uma vez que a dignidade individual do ser humano completa-se e efetiva-se dentro de um contexto social, mediante o respeito à dignidade dos outros seres humanos que compõem uma coletividade. Frente a esse embate, não resta alternativa senão a relativização do princípio da dignidade, para que se proceda, da forma mais justa possível, dentro do contexto social.

Assim, mesmo que se possa reconhecer a possibilidade de alguma relativização da dignidade humana diante da análise de um caso real, não há como transigir no que diz respeito à preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, oriunda da fórmula kantiana, que justamente consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano, que é o fim e não o meio do sistema jurídico.

Desde sempre houve ideais em nome dos quais exércitos foram colocados em marcha, seres humanos mortos, países devastados, cidades destruídas. A última grande potência mundial e seus vassalos não constituem exceção alguma: junto com os porta aviões, os tanques e os helicópteros de batalha do exército de invasão ao Iraque, a ideia de direitos humanos foi novamente mobilizada para se poder apresentar ao mundo um argumento legitimador. Mas o notável é que os críticos desse processo apelam aos mesmos ideais. Os milhões que protestam no mundo todo contra os planos de guerra não falam uma língua ideológica diferente daquela do governo norte-americano.

Observa-se, porém que a história é marcada por oscilações nesse sentido. A segunda guerra mundial, por exemplo, assinalou uma total ruptura com a construção dogmática a respeito dos direitos humanos. Uma vez finda, houve todo um movimento de reconstrução intelectual de valores como a dignidade da pessoa humana e os valores que lhe são inerentes. A emergência do chamado direito internacional dos direitos humanos tornou-se a pauta, conjuntamente com a nova feição do direito constitucional ocidental. Os direitos humanos passaram a ser delineados como um sistema internacional de proteção ao homem. (PIOVESAN, 1988)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A civilização é uma ordem imposta a uma humanidade naturalmente desordenada. As sociedades humanas impõem compromissos, contratos – redução e submissão dos anseios e sonhos individuais ao princípio da realidade. E essa realidade são as normas, as regras que tornam possível a vida em sociedade, fruto de trocas constantemente negociadas, de sacrifícios impostos a todos os seus membros

Certamente, não se pode ser ingênuo ao avaliar a situação atual, conferindo ênfase ao punitivismo como instrumento prioritário para fazer frente às mais variadas questões. Deve-se, antes, reforçar a necessidade de manutenção de uma posição garantista e do respeito inarredável aos direitos e garantias individuais, bem como a defesa do desenvolvimento de uma sociedade marcada por uma ênfase diametralmente oposta a da violência institucionalizada e dogmatizada. Nada

justifica a negação do próprio direito através de práticas exterminatórias, que acabam por colocar em risco a própria estrutura do estado.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2017

CALLEGARI, André Luís. Direito penal econômico e lavagem de dinheiro – aspectos criminológicos. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

CAPELLER Wanda de Lemos. Crime e controle na era global: o outro lado da moeda européia, Revista Eletrônica da Universidade do Rio de Janeiro. Disponível em: <www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/crime_e_controle.html>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – teoria geral do garantismo. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, RT, 2004

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NEGRI, Antonio & HARDT, Michael. Multidão: guerra e democracia na era do império. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. (NEO). Constitucionalismo. Ontem os códigos. Hoje as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol.1, n.2. Porto Alegre: Instituto de Hemenêutica Jurídica, 2004.

A SUPERLOTAÇÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS AMAZONENSES: CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

LAURA MACHADO DE OLIVEIRA:

Bacharelanda em Direito pelo Universidade Luterana - Ulbra Manaus

RESUMO: O Sistema Prisional Brasileiro vem enfrentando uma crise de longa data, causada, principalmente, pela incompatibilidade entre o número de vagas disponíveis nas unidades prisionais existentes e o quantitativo crescente de novas prisões. O Brasil, segundo os últimos relatórios fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – Depen, vem se mantendo no pódio dos países com as maiores taxas de aprisionamento. Nesse mesmo contexto, o estado do Amazonas, aparece nas primeiras posições, a nível nacional, especialmente, em decorrência do seu elevado índice de presos provisórios, chegando, invariavelmente, à casa dos 50%. Esse quantitativo elevado de presos provisórios contribui significativamente, para a inchaço populacional nas unidades prisionais estaduais, resultando no confinamento coletivo em condições insalubres, sem nenhuma condição de higiene e ventilação, estando sujeitos, ainda, à intimidação e à tortura, por parte dos demais presos, tendo em vista que, normalmente, não há qualquer divisão por potencial ofensivo. Diante do presente exposto, o presente estudo teve por objetivo, avaliar a composição atual das unidades prisionais da capital e das cidades interioranas do estado do Amazonas, tomando por base os relatórios anuais disponibilizados pelo Depen e pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária - Seap.

Palavras-chave: População Carcerária. Unidades Prisionais Amazonenses.

ABSTRACT: The Brazilian Prison System has been facing a long-standing crisis, caused mainly by the incompatibility between the number of places available in existing prisons and the growing number of new prisons. Brazil, according to the latest reports provided by the National Penitentiary Department - Depen, has remained on the podium of countries with the highest rates of imprisonment. In this same context, the state of Amazonas, appears in the first positions, at national level, especially, due to its high rate of pre-trial detainees, reaching, invariably, around 50%. This high number of pre-trial detainees contributes significantly to the population swelling in state prison units, resulting in collective confinement in unhealthy conditions, without any conditions of hygiene and ventilation, and they are also subject to intimidation and torture by other prisoners. , considering that, normally, there is no division by offensive potential. In view of the foregoing, the present study aimed to assess the current composition of prison units in the capital and inland towns in the state of Amazonas, based on the annual reports made available by Depen and the State Secretariat for Penitentiary Administration - Seap.

Keywords: Prison population. Amazonian Prison Units.

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro vem se deteriorando, cada vez mais, com o passar dos anos, especialmente, em decorrência dos índices elevados de novas prisões em relação ao limite de vagas existentes nas unidades prisionais. Mecanismos como a Lei de Drogas e a predileção pela prisão, em lugar da aplicação das medidas cautelares, têm contribuído substancialmente para a consolidação deste cenário.

O confinamento excessivo de presos por metro quadrado, em celas mal projetadas, com péssimas condições sanitárias, em situações de pleno abandono, constitui-se um problema social de completa violação dos direitos humanos, em desobediência expressa à princípios constitucionais como o direito à vida e à dignidade humana.

Considerando que a sanção penal brasileira possui a finalidade de punir o indivíduo através da retribuição pela prática delituosa e a prevenção, para o não cometimento de novos crimes, são elencadas, nesse sentido, pelo legislador, uma diversidade de espécies penais distintas, a serem utilizadas de acordo com o crime cometido, no intuito de categorizar os detentos de acordo com o nível de periculosidade.

No entanto, apesar de tal premissa, o Sistema Prisional Brasileiro encontra-se imerso em uma crise sem precedentes, caracterizada, principalmente, pela superlotação das penitenciárias, com os presos amontoados em celas minúsculas, sem que haja qualquer separação de acordo com a periculosidade, favorecendo o recrutamento de detentos de menor potencial ostensivo por criminosos de grandes facções, que, por sua vez, desencadeiam diversas rebeliões na disputa pelo domínio dentro dos presídios.

Além disso, um Estado Democrático de Direito deve encontrar-se fundamentado na concepção de justiça social, visando a promoção da cidadania baseada na dignidade da pessoa humana e na legalidade, de modo que, para que o Estado seja, efetivamente, um Estado Democrático de Direito, é essencial professar e assegurar os direitos fundamentais de seus cidadãos, de modo que tais direitos estejam vinculados à toda produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional.

Contudo, o sistema prisional brasileiro encontra-se preso numa crise sem precedentes, com unidades penitenciárias superlotadas, sem a menor infraestrutura para abrigar novos presos, ostentando ambientes insalubres, sem o mínimo de

respeito à preservação do princípio da dignidade humana, favoráveis a fugas, rebeliões, elevado consumo e consequente comercialização de drogas dentro dos presídios, culminando num elevado índice de reincidência.

Assim, apesar dos dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro destinados à preservação dos direitos fundamentais do preso, na fatídica realidade, os dados encontrados são completamente antagônicos. De acordo com os últimos relatórios emitidos pelo Departamento Penitenciário, existiam 726.712 pessoas presas no Brasil, o que representa uma taxa de ocupação de 197% em presídios e carceragens do país, havendo um déficit total de 358.663 vagas nas unidades prisionais.

Dentre os estados com as maiores taxas de ocupação, está o Amazonas, apresentando o maior percentual, de 483,9% (cerca de 5 detentos por vaga). Depois dele, aparecem Ceará (taxa de ocupação de 309,2%) e Pernambuco (300,6%). Diante desse cenário, o presente estudo teve por objetivo proceder com a análise da situação atual em que se encontra o Sistema Prisional Brasileiro, com ênfase nas condições encontradas nas unidades prisionais amazonenses, a partir do levantamento do número de presos em comparação ao número de vagas, passando-se pela apreciação das disposições legais vigentes, voltadas para os direitos fundamentais dos presos e a implantação de políticas voltadas para a sua ressocialização.

2 A DECADÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema penitenciário nacional encontra-se imerso em uma crise sem precedentes, em decorrência da ausência de infraestrutura das cadeias públicas para abrigar o número crescente de apenados existentes no sistema penal. A quantidade de vagas disponíveis nas unidades prisionais é totalmente incompatível com o número de prisões decretadas.

Essa relação desproporcional entre o número de vagas e o número de presos resulta, invariavelmente, no desenvolvimento de ambientes insalubres, sem qualquer respeito à preservação do princípio da dignidade humana, favoráveis a fugas, e rebeliões, além de favorecer o consumo e, consequentemente, a comercialização de drogas dentro dos presídios.

Outro aspecto digno de menção refere-se à violação dos direitos humanos dos presos em decorrência da superlotação. O primeiro desses direitos a ser desrespeitado encontra-se previsto no art. 88 da LEP:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

(BRASIL, 1984)

Tal dispositivo prevê que os detentos sejam mantidos em celas individuais de pelo menos seis metros quadrados. No entanto, constata-se que a realidade difere bastante da lei, sendo mais que comum os presos dormirem amontoados em celas minúsculas, em péssimas condições de insalubridade. O isolamento noturno previsto no art. 88 da LEP, não passa de mera "carta de intenção" do legislador, pois com a superlotação constatada nos estabelecimentos penitenciários ela se torna inviável.

As cadeias e os presídios públicos encontram-se, atualmente, em estado de miséria, depredados, com instalações precárias, nas quais os presos convivem uns com os outros na maior promiscuidade, em total desrespeito à dignidade e à cidadania do apenado.

A superlotação dos presídios favorece, ainda, o desenvolvimento de diversos problemas de saúde, como consequência das péssimas condições de ventilação, iluminação, temperatura e de higiene, contribuindo para a disseminação de inúmeras doenças infectocontagiosas, como a tuberculose, a Aids, e demais doenças sexualmente transmissíveis. (COSTA NETO, 2013, p. 08)

A falta de ocupação ou de trabalho dos presos constitui outro grande obstáculo para o sistema penitenciário, visto que o detento ocioso tem tempo para arquitetar as suas maquinações delinquentes, fazendo com que os presídios sejam transformados em base de comando para os detentos, uma vez que eles comandam o crime dentro e fora da prisão.

Apesar de Lei de Execução Penal estabelecer, em seu art. 84, que o preso provisório não ficará junto com o condenado por sentença transitado em julgado, o que ocorre, na realidade, é que presos provisórios e condenados dividem a mesma cela, da mesma forma não ocorre uma separação dos presos tendo em vista a natureza do delito cometido e outros fatores.

Assim, além de apresentar uma população muito acima da capacidade inicial do alojamento, existe, ainda, ainda, a mistura de presos de periculosidades diferentes, favorecendo o recrutamento de novos membros para o reduto das facções criminosas.

Como consequência deste sistema falido, figura uma quantidade absurda de ex-detentos devolvidos à sociedade sem qualquer reabilitação, retomando a liberdade mais próximos da criminalidade e seus agravantes, sendo comuns os casos de pequenos delinquentes que encontram o seu amadurecimento criminoso dentro destas instituições.

De acordo com dados divulgados pelo último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, publicado no ano de 2017, haviam 726.354 pessoas presas no Brasil, constituindo uma taxa de ocupação de 197% em presídios e carceragens do país, gerando, assim, um déficit total de 303.112 mil vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62%.

Nesse contexto, analisando-se as informações contidas no Levantamento de 2017, verifica-se que é uma situação sem perspectivas de melhora, tendo em vista que, no primeiro semestre de 2016, foram registradas 266 mil novas entradas, enquanto 197 mil pessoas saíram do sistema prisional, ou seja, para cada 73 pessoas liberadas, chegaram outros 100 presos.

3 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO ESTADO DO AMAZONAS

O estado do Amazonas chamou a atenção no meio da crise que assola o sistema prisional brasileiro ao despontar no Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, relatório fornecido pelo Departamento Penitenciário Nacional, de 2017, como o segundo maior detentor dos índices de presos provisórios, atingindo a ampla porcentagem de 53,85%, ou seja, 4.809 indivíduos presos sem condenação transitada em julgado, perdendo, apenas, para o Piauí, com exatos 60%. (DEPEN, 2017)

Além dos presos provisórios, foram contabilizados 18,83% condenados ao regime fechado (1.682), 13,10% condenados ao regime semiaberto (1.170), 14,11% ao regime aberto (1.260) e 0,10% em sistemas de internação.

A taxa de aprisionamento encontrada na referida unidade federativa, ainda no Infopen de 2017, calculada pela razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade populacional do país, multiplicando-se a razão obtida por 100 mil, atingiu um total de 219,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. (DEPEN, 2017)

Vale destacar que o estado do Amazonas dispõe, tão somente, de 4.412 vagas, distribuídas em suas 19 unidades ativas, incluindo-se uma destinada ao cumprimento de medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial e uma destinada ao regime aberto ou de limitação de fim de semana, apresentando, dessa forma, um déficit de 4.519 vagas.

No que se refere à taxa de ocupação, avaliada pela razão existente entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade de vagas existentes no sistema prisional, o estado do Amazonas detinha a taxa de 202%, em 2017. Nesse cálculo, são consideradas as pessoas detidas em carceragens de delegacias, porém, não são consideradas as vagas existentes nestes espaços de custódia, uma vez que são espaços inadequados à custódia permanente da população privada de liberdade.

Mais recentemente, o último relatório divulgado pelo Depen, referente ao período de julho a dezembro de 2019, constatou que o número total de detentos, no estado do Amazonas, sofreu um acréscimo de 31% em relação ao número total de detentos contabilizado em 2017 (8.931), alcançando assim, um total de 12.060 encarcerados, sendo 10.368 do gênero masculino e 522 do gênero feminino. (DEPEN, 2019)

Os 12.060 detentos encontram-se distribuídos nos quatro regimes existentes, sendo 2.956 homens e 93 mulheres no regime provisório, 2.970 homens e 94 mulheres no regime fechado, 2.469 homens e 81 mulheres no regime semiaberto e, por fim, 3691 homens e 152 mulheres no regime aberto, além de 19 detidos em sistemas de internação.

A taxa de aprisionamento, por sua vez, aumentou em 30%, no que se refere ao índice encontrado em 2017, passando de 219,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, em 2017, para 291,20, em 2019. (DEPEN, 2019)

Considerando que o número de vagas disponibilizadas nas unidades prisionais não aumentou, calcula-se que o déficit de vagas, que, em 2017, era de 4.591, passou para 7.648, em 2019. Entretanto, cabe mencionar que, apesar de a taxa ocupacional aparentar não ser tão elevada, subindo de 202% para 2,73%, equivalendo a três pessoas por cela, vale destacar que trata-se de uma média geral, obtida pela razão encontrada entre o número total de vagas e o número total de presos, sem que sejam analisadas as unidades prisionais individualmente.

Na tentativa de suprir essa lacuna e fornecer uma estimativa mais abrangente, a Secretaria de Estado de Adestração Penitenciária – Seap, do estado do Amazonas, promoveu um estudo voltado, especificamente, para a população carcerária componente do sistema prisional estadual, conforme explicitado nos subitens abaixo.

3.1 Composição da População Carcerária na cidade de Manaus – Capital do estado do Amazonas

De acordo com as informações divulgadas pela Secretaria do Estado de Administração Penitenciária - Seap, no mês de junho de 2019, a cidade de Manaus, capital do estado do Amazonas, dispõe de oito unidades prisionais e uma casa do albergado, voltada para o recolhimento de 1.121 sujeitos que se encontram em cumprimento de pena em regime semiaberto.

As oito unidades prisionais são responsáveis pelo abrigo do total de 8.756 detentos, dos quais 3.148 são presos provisórios (36%), 2.241 estão cumprindo pena no regime fechado (25%), 2.101 cumprindo pena no regime semiaberto (24%) e 1.223 (14%) apenados no regime aberto, além de 7 alvos de medida e segurança (1%).

No que se refere à quantidade de vagas disponíveis nas unidades prisionais manauaras, aferiu-se o total de 2.979 vagas para abrigar 8.756 detentos, ou seja, apresenta um excedente populacional de 153%, equivalente a 4.554 presidiários, entre provisórios e condenados ao regime fechado. (SEAP, 2019)

O Centro de Detenção Provisória de Manaus I – (CDPM I) abriga 1.190 apenas, dos quais 880 (68%) são presos provisórios e 310 (32%) cumprem pena em regime fechado, excedendo, assim, em 622 presos, o número de vagas disponibilizado pela instituição, com uma superlotação de 109%.

O CDPM II, por sua vez, apresenta um total de 850 detentos, sendo 525 deles, presos provisórios e, 325 em regime fechado, excedendo em 49% (279 presos), o número de vagas existentes. (SEAP, 2019)

A Unidade Prisional do Puraquequara – UPP é a unidade prisional situada na cidade que mais abriga detentos, perfazendo um total de 1.253 presos, dentre os quais, 156 estão em cumprimento de pena em regime fechado e 1097 são presos provisórios, constituindo-se, indubitavelmente, na unidade detentora do maior índice de presos provisórios em todo o estado, chegando ao percentual gritante de 88% de presos sem condenação transitada em julgado.

O Instituto Penal Antônio Trindade – IPAT, por sua vez, acolhe 719 (60%) detentos, dos quais 431 (40%) são presos provisórios e 288 estão em regime fechado, excedendo, portanto, o número de vagas em 45%.

O Centro de Detenção Provisória Feminino – CDPF, mantém sob sua responsabilidade, a acomodação de 163 detentas, dentre as quais 96 são presas em caráter provisório e 67 encontram-se cumprindo pena sob regime fechado, figurando

como uma das raras unidades estatais dentro do limite de vagas existentes, dispondo um saldo positivo de 19 vagas.

3.2 A População Carcerária no Interior do Amazonas

Conforme as informações coletadas nos presídios localizados nas cidades interioranas do estado do Amazonas, foram aferidos, no total, 1372 detentos, onde 1.254 são homens e 118 são mulheres, distribuídos genericamente, em oito unidades prisionais, distribuídas pelos municípios de Coari, Tefé, Humaitá, Itacoatiara (uma mista e uma masculina), Maués, Parintins e Tabatinga.

Os regimes de cumprimento de pena foram classificados na seguinte proporção: dentre os 1.372 detentos encontrados, 456 presos são provisórios (37%), 258 estão em regime fechado (21%), 348 deles cumprem regime semiaberto (27%) e 192 encontram-se em regime aberto (15%). (SEAP, 2019)

A Unidade Prisional de Coari conta com um total de 150 detentos do gênero masculino, sendo 23 no regime fechado, 42 no regime semiaberto e 3 no regime aberto. No entanto, a informação mais alarmante refere-se ao número encontrado de presos provisórios: são 77 detentos encarcerados sem que tenha havido uma sentença condenatória transitada em julgado, correspondendo a mais da metade da população prisional desta unidade (51%).

A população feminina na Unidade Prisional de Coari população é, praticamente, nula, contando com apenas 3 detentas, sendo 2 estão em regime fechado e 1 no regime semiaberto.

Porém, no que concerne ao índice de superlotação, a referida unidade apresenta um déficit em torno dos 150%, visto que são apenas 40 vagas disponíveis, para abrigar 153 detentos. (SEAP, 2019)

A Unidade Prisional de Humaitá, por sua vez, abriga 99 presos e 12 presas, apresentando um total de 111 detentos para um quadro de, apenas, 33 vagas, chagando a um excedente populacional de 78 presos.

A Unidade Prisional de Parintins engloba um total de 163 presos para, apenas, 36 vagas existentes, chegando ao excedente de 358%. São 158 apenados do gênero masculino, dos quais 48 cumprem sentença no regime fechado, 54 são presos provisórios, 47 estão no regime semiaberto e 9 estão no regime aberto. Na ala feminina, são 5 mulheres, das quais uma se encontra no regime fechado, três estão no regime semiaberto e uma última é presa provisória.

A Unidade Prisional de Itacoatiara, voltada para o recolhimento exclusivo de sujeitos do gênero masculino, comporta um total de 116 apenados, dos quais 44 estão sob regime fechado e 72 são presos provisórios. Com um total de 120 vagas, a referida unidade se apresentando como a segunda unidade prisional do interior com saldo positivo de vagas.

A primeira unidade prisional do interior com o saldo positivo de vagas é a Unidade Prisional Mista, também, localizada no município de Itacoatiara, dispondo de 72 vagas para 54 detentos, sendo 45 homens e 9 mulheres, exibindo, portanto, um saldo positivo de 18 vagas.

A Unidade Prisional de Maués manifesta um total de 40 vagas para o quantitativo de 240 detentos, constituindo, assim, um excedente deficitário de 353% presos. A população carcerária masculina é composta por 229 sujeitos (47 no regime fechado, 51 presos provisórios, 66 no regime semiaberto e 65 no regime aberto); e a população feminina é representada por 11 detentas duas provenientes de prisões provisórias e 9 delas, em cumprimento de regime semiaberto.

A Unidade Prisional de Tabatinga, apareceu como a unidade do interior com a maior população carcerária, abrigando 266 detentos do gênero masculino, sendo 88 provisórios, 45 no regime fechado, 38 no regime semiaberto e 95 no regime aberto. Dentre a população feminina, são 67 mulheres, das quais 53 estão em regime aberto, 9 estão em regime semiaberto e 5 são presas provisórias. Do total de 333 sujeitos atrelados à esta unidade prisional, 93 são presos provisórios (27%) e 148 (44%) estão no regime aberto. Assim, são contabilizados 77 detentos excedentes em relação às 108 vagas disponíveis, totalizando 185 presos de permanência total ou parcial nas Dependências da unidade, ultrapassando em 74% o número de vagas.

A Unidade Prisional de Tefé guarda 30 detentos em regime fechado (29 homens e uma mulher), 65 em regime semiaberto (64 homens e uma mulher), além de 98 presos provisórios, dos quais seis são mulheres e, por último, nove homens em regime aberto.

A Unidade Prisional de Tefé, após a Unidade Prisional de Humaitá, é o estabelecimento que mais concentra presos provisórios, chegando à quase metade dos detentos (44%). Contando com oitenta vagas, a referida unidade detém 113 sujeitos com estadia parcial ou permanente, além do número de vagas, numa taxa excedente de 70%.

Ademais, as delegacias de 54 dos 62 municípios do Amazonas funcionam como verdadeiros presídios, contando com uma população carcerária de 1364 presos, dos quais 1088 são presos provisórios. Assim, contabilizando-se a população

carcerária encontrada nas unidades prisionais e nas delegacias do interior do estado do Amazonas, dada pelo relatório da referida secretaria, tem-se o quantitativo de 2740 detidos, dos quais 2600 são do gênero masculino e 140 são do gênero feminino.

Dentre a população masculina, 1529 são presos provisórios (58%), constituindo mais da metade dos presos, seguidos pelos 480 presos em regime semiaberto (18%) e pelos 395 sentenciados a regime fechado (15%).

A população carcerária feminina, por sua vez, é composta por 140 apenadas, das quais 33 são presas provisórias (23%), 11 cumprem pena no regime fechado (8%), 42 em regime semiaberto (30%) e 54 estão em regime aberto (39%). Somando-se ambos os gêneros, obtém-se um total de 1562 presos provisórios (56%), 406 detentos cumprindo pena no regime fechado (15%), 522 no regime semiaberto (19%) e 250 no regime aberto (9%).

As unidades prisionais localizadas no interior do estado do Amazonas contam com, apenas 529 vagas, de modo que, considerando apenas os apenados que permanecem detidos em tempo integral e os que precisam passar o período noturno nas Dependências das mesmas (2480 sujeitos), encontra-se um excedente de 371% acima das vagas disponíveis.

3.3 Somatória dos índices populacionais carcerários da capital e do Interior do Amazonas

Computando-se os índices encontrados da capital do estado do Amazonas aos números coletados nas unidades prisionais do interior, a Secretaria do Estado de Administração Penitenciária chegou ao total de 11.492 apenados, de acordo com a seguinte distribuição: 8.756 na capital e 2.740 distribuídos em 18 unidades prisionais e uma unidade de internação, e 54 delegacias do interior.

Desse total de 11.496 indivíduos, 4.746 são presos provisórios (41%), 2.647 cumprindo pena no regime fechado, 2.623 no regime semiaberto (23%), 1.473 (13%) no regime aberto e 7 cumprindo medidas de segurança (0,1%).

Considerando que, juntas, as unidades prisionais do estado do Amazonas têm capacidade para abrigar, apenas, 3.508 presos, contra os 6.515 detentos que precisam fazer uso das Dependências dessas instituições, seja em regime fechado, semiaberto ou provisório, chegou-se ao índice geral de superlotação de 183%.

4 CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA REDUZIR OS ÍNDICES DE SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

4.1 Das causas

Além da insuficiência da estrutura judiciária, que não possui a capacidade de comportar o número de prisões, outro fator preponderante para a extensão dessa crise, está relacionado às falhas no sistema judiciário, que ainda opta por prisões desnecessárias mesmo quando existe a possibilidade de aplicar a liberdade provisória.

Dessa forma, apesar das previsões legais existentes voltadas para o uso de medidas cautelares em diversas situações, essas, raramente, têm sido utilizadas, em detrimento das prisões provisórias, contribuindo, substancialmente, para a enorme disparidade entre o número de vagas e o número de presos, ao encarcerar centenas de sujeitos, sem sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse contexto, a prisão provisória é um dos principais fatores contribuintes para a predominância da crise no sistema penitenciário brasileiro, encontrando previsão nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (BRASIL, 1941)

O art. 313 do CPP estabelece, ainda, as situações que justificam a opção pela prisão preventiva:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941)

Esses institutos visam garantir o bom andamento do inquérito ou do processo e por isso são chamadas prisões processuais, não havendo que se falar em culpabilidade do preso provisório ou temporário, visto que o encarceramento visa, apenas, o devido processo legal e não a sanção penal do indivíduo (CAPEZ, 2018, p. 341).

O Código de Processo Penal estabelece, ainda, no § 6º de seu art. 282, que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

No entanto, esse mecanismo de execução provisória da pena, também conhecido como prisão e segunda instância, faz com que o acusado inicie o cumprimento da pena a ele imposta, apesar da ausência de sentença condenatória transitada em julgado, quando ainda não foram esgotadas todas as possibilidades de recurso, resultando em uma antecipação do cumprimento da pena.

O Poder Judiciário, por sua vez, também tem contribuído para a permanência desse estado decante do sistema prisional ao optar, regularmente, pelo cumprimento da pena em regime fechado, reflexo da cultura punitiva, mesmo nas ocasiões onde existe a possibilidade de aplicação de penas alternativas, restritivas de direitos e não de liberdade, conforme previsto no Código Penal.

Destarte, o Código Penal, em seu artigo 33, parágrafo segundo, determina que, nos casos de condenações com prazo de reclusão inferior a oito anos de reclusão, é possível, ao condenado cumprir pena no regime semiaberto, ou mesmo no regime aberto, de acordo com a quantidade de anos estabelecidos pela pena:

2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado,

observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o **condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;**

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

(BRASIL, 1941, grifo meu)

Assim, o condenado não reincidente, cuja pena esteja entre 4 e 8 anos de reclusão, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semiaberto, enquanto o condenado não reincidente, cuja pena seja inferior a 4 anos, poderá cumpri-la em regime aberto desde o início.

No entanto, segundo dados divulgados pelo Infopen, apenas 18% dos detentos cumprem pena em regimes mais brandos, ao passo que boa parte se encontra em cumprimento de pena no regime fechado, mesmo quando já alcançaram os requisitos para progressão para o regime semiaberto, ou mesmo, para o regime aberto. (DEPEN, 2017)

Além disso, a promulgação da Lei de Drogas, de 2006, intensificou o inchaço populacional nas unidades prisionais, tendo em vista a falta de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes de entorpecentes ilícitos, bem como a rejeição do fim da pena de prisão para estes primeiros pelas agências penais, são fatores que contribuíram com este fenômeno.

Conforme dados disponibilizados pelo Sistema de Informações Penitenciárias do Infopen de 2017, foram detidos 1.368 indivíduos enquadrados pela Lei de Drogas, subindo para 3.200, no ano de 2019, representando uma taxa de 233% de aumento. No que se refere ao percentual de no total das prisões, dos 12.060 presos encarcerados adultamente, 26% deles estão associados ao tráfico de drogas. Trata-se de um número relativamente alto em comparação aos muitos outros delitos somados.

A referida lei, se apressou em endurecer as penas impostas aos traficantes efetivos e falhou ao deixar de estabelecer critérios para distingui-los dos usuários,

acabando por intensificar a prisão de usuários de menor potencial ofensivo, levando-os a entrar em contato com traficantes de maior potencial, muitas vezes, associando-se a eles em prol da manutenção de sua integridade física, de modo que a prisão acaba funcionando como uma escola de aperfeiçoamento da marginalização

Ao relegar à avaliação pessoal da autoridade policial a constatação do consumo ou do tráfico, a Lei de Drogas acabou por impulsionar a criminalização de indivíduos portadores de pequenas porções de drogas, tem resultado no aprisionamento em massa de supostos traficantes, de modo que não tem sido o narcotraficante poderoso, organizado e violento levado à prisão, mas sim o usuário de drogas e o pequeno comerciante, em virtude da discricionariedade policial e das autoridades da justiça criminal.

Ao prender os indivíduos praticantes desses delitos de menor potencial ofensivo, o sistema acaba por colocá-los em contato direto com os criminosos das grandes facções, contribuindo, assim, para o seu aperfeiçoamento no mundo do crime da marginalidade, aumentando, conseqüentemente, os índices de reincidência, uma vez que, nas condições em que se encontra, não consegue cumprir as funções ressocializadoras das penas:

Dessa maneira, o sistema prisional não consegue atingir seu objetivo que é o de recuperar e reintegrar os detentos à sociedade, dos egressos do sistema a grande maioria voltam a cometer novos delitos e retornam ao cárcere, este é um ciclo vicioso que parece não ter fim (GOMES, 2010, p. 24).

Percebe-se, assim, que tem sido amplamente ignorada a norma jurídica que estipula a separação entre os presos provisórios e os presos já condenados, e entre aqueles que cometeram crimes mais graves e os que cometeram delitos mais leves, de maneira que o crime organizado encontra um ambiente fértil para o recrutamento de novos membros, mediante à intimidação ou à promessa de proteção direcionada aos presos por crimes mais brandos.

4.2 Das consequências

A reincidência criminosa encontra-se disposta em nosso diploma penal no art. 63, nos seguintes termos: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. (BRASIL, 1940).

Trata-se de problema que assola a sociedade, e é claro, o sistema penal brasileiro, pois ao invés do detento cumprir sua pena, e não mais retornar à

delinquência, se tem o inverso, voltando a cometer delitos e, por consequência, retornando às unidades prisionais.

O elevado índice de reincidência dos criminosos oriundos do sistema carcerário é a comprovação de que a pena privativa de liberdade não se revelou como remédio eficaz para a ressocialização do delinquente. Rafael Damasceno de Assis discorre sobre o tema:

Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliada ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade. O estigma de ex-detento e o total desamparo pelas autoridades faz com que o egresso do sistema carcerário torne-se marginalizado no meio social, o que acaba o levando de volta ao mundo do crime, por não ter melhores opções. (ASSIS, 2007, p. 74-75)

Dessa forma, a ineficiência do sistema prisional em ressocializar o preso, ao deixar de proporcionar alternativas que facilitem a reintegração do egresso na sociedade, findo o cumprimento da pena, tem como reflexo o alto índice de reincidência, visto que o preconceito existente com os ex-detentos é um fator determinante da marginalização dos mesmos, que, em função da falta de oportunidades, voltam a delinquir, em boa parte das vezes.

A reincidência, além de agravar a pena do (novo) delito, constitui-se em fator redutor de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinquindo.

Nos últimos anos, a reincidência Criminal no Brasil tem aumentado demasiadamente, alcançando uma porcentagem de 25%, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, um em cada quatro presos volta a cometer outro delito (IPEA, 2015).

Na concepção do autor Cezar Roberto Bitencourt:

Os altos índices de reincidência têm sido, historicamente, invocados como um dos fatores principais da comprovação do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade, a despeito da presunção de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento ressocializador. (BITTENCOURT, 2012, p. 587):

O ilustre doutrinador Guilherme Nucci, por sua vez, acerca da reincidência criminal, traz a seguinte concepção:

“É o cometimento de uma infração penal depois de o agente já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior. Admitir-se, ainda, porque previsto expressamente na Lei de Contravenções Penais, o cometimento de contravenção penal depois de o autor ter sido anteriormente condenado por trânsito em julgado por contravenção penal”. (NUCCI, 2016, p. 128)

O art. 10 da LEP dispõe que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (BRASIL, 1984).

O artigo 17 da LEP, estabelece que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso. O artigo 18 determina que o ensino fundamental é obrigatório e integrado ao sistema escolar da unidade federativa. E o artigo 21 exige a implementação de uma biblioteca por unidade prisional, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos (BRASIL, 1984).

Assim sendo, educação ao preso como instrução escolar aos analfabetos e ou formação profissional é importante na reeducação do sentenciado tanto para voltar ao convívio familiar quanto social, proporcionando uma oportunidade de encontrar uma profissão a qual se dedique posteriormente ao cumprimento da pena, cumprindo assim, o Estado com seu papel de ressocialização, pois quando os presos recebem uma educação de qualidade são qualificados profissionalmente, aprendem uma profissão através de cursos ministrados dentro das penitenciárias a chance desses reeducandos se reabilitarem é maior em relação a outros que não receberam essa oportunidade.

Outro grave problema suscitado pela crise vigente no sistema carcerário brasileiro está nos índices de rebeliões e fugas de presos, ainda que não seja possível estabelecer uma relação causal entre a superlotação carcerária e a ocorrência de

rebeliões, o excesso populacional nos presídios brasileiros favorece a atuação de facções criminosas nas unidades prisionais, prejudicando a atuação do Estado na garantia da ordem e da segurança dos detentos.

As conclusões são da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em conjunto com Tribunais de Contas estaduais e municipais, sobre o sistema prisional de 17 Estados e do Distrito Federal. São eles: Acre, Amazonas, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Piauí, Paraná, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Sergipe e Tocantins. (TCU, 2018)

Foi essa a situação, por exemplo, do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), no Amazonas, que apresentava um déficit de 507 vagas. Em janeiro do ano passado (2019), uma disputa entre facções rivais gerou uma rebelião que durou mais de 17 horas no Compaj. O resultado amargo foi o assassinato de 56 presos, representando a segunda maior chacina carcerária do país, ficando atrás, apenas do episódio conhecido como "Massacre do Carandiru", quando 111 presos foram mortos após a intervenção policial para conter um motim também iniciado por uma briga entre facções rivais.

4.3 Possíveis Soluções

Uma das opções a serem adotadas para auxiliar na redução dos elevados índices populacionais das unidades prisionais, seria aumentar a celeridade da concessão dos benefícios àqueles que já fazem jus à progressão de regime ou de serem colocados em liberdade os presos que já saldaram o cômputo de sua pena.

Nota-se que o sistema prisional brasileiro ainda se preocupa, predominantemente, com o encarceramento do indivíduo enquanto forma de punição pelos delitos cometidos, em detrimento de outras formas de penalidades previstas na legislação, a despeito das medidas cautelares, como a famigerada audiência de custódia.

A audiência de Custódia ou Audiência de Apresentação é o ato pré-processual que assegura o direito que todo cidadão preso tem em face do Estado, sendo o principal de ser apresentado imediatamente à autoridade judiciária competente, para que sejam analisadas as circunstâncias que ensejaram a prisão em flagrante.

Roberto Nucci define a audiência de custódia da seguinte maneira:

[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter

a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento. (NUCCI, 2016, p. 1118),

Dessa forma, a audiência de custódia consiste na apresentação do preso à autoridade competente, após a prisão em flagrante, no intuito de ter avaliada a legalidade dessa prisão e os aspectos a ela concernentes, de modo garantir a integridade física do detento, com essa apresentação imediata e, assim, assegurar a observância ao princípio da inviolabilidade à dignidade da pessoa humana, tendo por objetivos reduzir os abusos e as violências praticadas pelos agentes policiais, além de buscar reduzir os índices de prisões ilegais.

Dentre as finalidades da audiência de custódia, encontra-se o controle jurisdicional da prisão em flagrante, no intuito de **coibir as prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias**, de modo que, quando a convalidação da prisão em flagrante é realizada sem a presença física do flagranteado, ou seja, apenas com a remessa do Auto de Prisão e Delito (APF) para o magistrado, a decisão jurisdicional pode acabar sendo influenciada, sobretudo, pela opinião da autoridade policial e do órgão de acusação, que, não raras vezes, manifestam-se pela conversão do flagrante em prisão preventiva ou temporária. (ALMEIDA, et. al, 2019, p. 05)

Assim, a audiência de custódia pode contribuir, consideravelmente, para a redução do encarceramento em massa e, conseqüentemente, da superlotação dos presídios, tendo em vista dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça que classifica o Brasil como o terceiro país do mundo que mais aprisiona.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, segundo dados disponibilizados por relatório produzido pelo DEPEN – Departamento Penitenciário, alcançou, em 2014, o terceiro lugar no ranking mundial dos países com o maior número de pessoas encarceradas, contendo, aproximadamente, 715.592 pessoas sob custódia, considerando-se que 567.655 estão presas no sistema prisional e 147.937 estão submetidas à prisão domiciliar. Esse quantitativo excede, em muito, o número de vagas existente nas unidades prisionais.

O confinamento excessivo de presos por metro quadrado, em celas mal projetadas, com péssimas condições sanitárias, sem qualquer condição de higiene, alimentação, educação e trabalho adequadas, em situações de pleno abandono, constitui-se um problema social de completa violação dos direitos humanos, em desobediência expressa a princípios constitucionais como o direito à vida e à dignidade humana.

Verifica-se, assim, que, os direitos do preso são largamente ignorados pelo sistema penitenciário brasileiro, não havendo qualquer garantia no que diz respeito à sua segurança ou ao respeito do princípio da dignidade humana, fornecendo, ainda, pouca ou nenhuma oportunidade de ressocialização do preso ao fim do cumprimento da pena. Muito pelo contrário, as cadeias públicas funcionam como verdadeiras universidades do crime, onde o detento, ao fim da pena, encontra-se, cada vez mais, especializado.

Segundo o relatório fornecido pelo DEPEN, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), de 2017, o estado do Amazonas possui cerca de 2.354 vagas em presídios e delegacias, mas comporta mais de 11.390 presos, apresentando, assim, uma taxa de ocupação de 483,9% acima da disponível e bem acima da média brasileira, que é de 197,4%.

Nesse sentido, de acordo com relatório emitido pelo DEPEN, de 2017, o estado do Amazonas, enfrenta uma superlotação absurda em relação às outras entidades federativas, aliada às constantes rebeliões provocadas pelo crime organizado e o narcotráfico dentro dos presídios, em disputas por território ou poder, ou mesmo, retaliações.

Ainda conforme o referido levantamento, o estado do Amazonas possui cerca de 2.354 vagas em presídios e delegacias, mas comporta mais de 11.390 presos, apresentando, assim, uma taxa de ocupação de 483,9% acima da capacidade disponível e muito acima da média brasileira, que é de 197,4%, facilitado o surgimento de rebeliões, fugas e disputas entre facções pelo domínio do tráfico dentro dos presídios.

Assim, no ano de 2019, no mês de maio, somente a capital do estado do Amazonas, Manaus, foi palco de um massacre ocorrido dentro de 4 presídios, que culminou na morte de 55 presos, originada pela ruptura entre dois importantes líderes da maior facção criminosa do Amazonas, a Família do Norte (FDN).

Uma das causas apontadas pela superpopulação carcerária amazonense refere-se ao número excessivo de prisões provisórias. De 11.492 indivíduos contabilizados pelo Depen, no Amazonas, 4.746 são presos provisórios (41%), 2.647 cumprindo pena no regime fechado, 2.623 no regime semiaberto (23%), 1.473 (13%) no regime aberto e 7 cumprindo medidas de segurança (0,1%).

Verifica-se, destarte, que o grande desafio do sistema prisional amazonense baseia-se a curto prazo na necessidade de criação de novos postos de reclusão, e, a médio e longo prazo, na implantação de medidas de ressocialização efetivas. De modo algum haverá plano de ressocialização efetivo sem que o reeducando receba

as condições mínimas de ressocialização, tais como as de dignidade constitucionalmente resguardadas e de atividades profissionais que ocupem o seu tempo enquanto recluso, permitindo exercer uma atividade profissional quando posto em liberdade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Silva de; ALMEIDA, Roberto Silva de; SILVA, Wanderlei Pires da; SILVA, Rubens Alves da. Audiência de custódia: sua contribuição para o sistema judiciário brasileiro e para a manutenção dos direitos do preso. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 31, nº 1646. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-processual-penal/4506/audiencia-custodia-contribuicao-sistema-judiciario-brasileiro-manutencao-direitos-presos>. Acesso em 13 de abril de 2020.

ASSIS, Rafael Damasceno de. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 13 de abril de 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 21 de abril de 2020.

_____. Lei nº 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: 12 de abril de 2020.

BENTES FILHO, Antônio Pereira. Superpopulação carcerária no Estado do Amazonas. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 31, nº 1650. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4522/superpopulacao-carceraria-estado-amazonas>. Acesso em 12 de abril de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – causas e alternativas. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 13ª ed., 2012.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em https://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf. Acesso 16 de abril de 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COSTA NETO, Nilo de Siqueira. Sistema penitenciário brasileiro: a falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 35. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24073>. Acesso em 14 de abril de 2020.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), atualização junho/2017. Brasília. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2020.

_____. Relatório Analítico referente aos meses de julho a dezembro de 2019. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AM/am>. Acesso em 15 de abril de 2020.

GOMES, Jorge Roberto. O Sistema Prisional e a Lei de Execução Penal: Uma análise do Ser ao dever ser. Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora – MG, 2010.

NUCCI, Guilherme. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Volume 1. 12 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2016.

SEAP. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. População Carcerária da Capital e do Interior do Estado do Amazonas. Relatório 2019. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/sistema-penitenciario-manaus-am/documentos/outros-documentos/unidades-prisionais-estado-do-amazonas>. Acesso em 10 de abril de 2020.

TCU – Tribunal de Contas da União. Acórdão 2643/2017-Plenário. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa-2/news/superlotacao-em-presidios-favorece-acao-de-faccoes-criminosas.htm>. Acesso 14 de abril de 2020.

HOMICÍDIO CULPOSO/DOLOSO NO TRÂNSITO

BARBARA CRISTINA VALOIS SCHAEFER:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva tecer considerações e reflexões sobre o homicídio culposo ou doloso no trânsito, aludindo especificamente sobre a aplicabilidade do dolo eventual e da culpa consciente. Utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, sendo possível reunir livros, artigos e monografias com seus respectivos autores que discutem sobre o tema em questão. A pesquisa é justificadamente relevante, tanto para os operadores do Direito quanto pela sociedade, em virtude de debater sobre um assunto que ainda gera muitas discussões e dúvidas no Brasil, por conta das peculiaridades de sua aplicabilidade, que por muitos por ser observado como algo doloso e pra outros, culposo. Daí a importância de discutir e observar como tem se posicionados os tribunais e a doutrina. A pesquisa será dividida em quatro itens, quais sejam, culpa consciente, dolo eventual, posicionamento teórico e jurídico sobre a aplicação do dolo eventual ou culpa consciente em casos de homicídio decorrente de embriaguez, e por fim, uma análise sobre as decisões posteriores ao julgamento do STF.

Palavras-chave: Dolo eventual; culpa consciente; trânsito.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO - 2. CULPA CONSCIENTE - 3. O DOLO EVENTUAL - 4. APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE EM CASOS DE HOMICÍDIO DECORRENTE DE EMBRIAGUEZ - 4.1. HABEAS CORPUS 107.801/SP - 4.2 VOTO PARA DENEGAR O HABEAS CORPUS - 5. DECISÕES DE TRIBUNAIS E DO PRÓPRIO STF POSTERIORES AO HABEAS CORPUS ANALISADO - 6. CONCLUSÃO - 7. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O tema em questão, vem debater sobre o dolo eventual e culpa consciente nos crimes de trânsito, sendo um tema além de controvertido, repleto de polêmicas.

É imperioso denotar que, se o juiz ao entender que houve dolo, e o fato de tiver resultado morte, o caso será submetido ao Tribunal de Júri, lugar este que tem a competência de julgar homicídio doloso contra a vida.

Já se houver o entendimento que não houve dolo, mas sim culpa, o processo será julgado pelo juiz competente, utilizando-se como legislação pertinente para adequação jurídica, o Código de Trânsito Brasileiro.

Entre os institutos mencionados, há uma grande diferença entre a aplicação da pena, em virtude de que geralmente os crimes cometidos de forma intencional são punidos com maior rigor e severidade, diferentemente dos crimes que são sem a intenção, onde notadamente a aplicação é mais branda.

Insta salientar que, na aplicabilidade da pena, no momento em que houver a decisão, o juiz pode encontrar obstáculos para julgar, no sentido de observar se trata de um crime culposo ou doloso, em virtude das circunstâncias do crime, e dos casos já julgados, por não ter definitivamente um entendimento consolidado sobre o assunto.

Diante disso, tal problemática será discutida na pesquisa, com o evidente objetivo de tecer considerações de quando será dolo eventual e quando será culpa consciente, discriminando especificamente suas diferenças, aludindo, por consequência, suas características, conceitos e aplicabilidade.

A pesquisa é justificadamente relevante, tanto para os operadores do Direito quanto pela sociedade, em virtude de debater sobre um assunto que ainda gera muitas discussões e dúvidas no Brasil, por conta das peculiaridades de sua aplicabilidade, que por muitos por ser observado como algo doloso e pra outros, culposo. Daí a importância de discutir e observar como tem se posicionados os tribunais e a doutrina.

A pesquisa será dividida em quatro itens, quais sejam, culpa consciente, dolo eventual, posicionamento teórico e jurídico sobre a aplicação do dolo eventual ou culpa consciente em casos de homicídio decorrente de embriaguez, e por fim, uma análise sobre as decisões posteriores ao julgamento do STF.

2. CULPA CONSCIENTE

De acordo com Bittencourt (2010), culpa consciente que é entendida também como culpa com previsão, é vista como uma hipótese, onde o agente prever a possibilidade de se produzir um resultado ilícito, acreditando-se de forma sincera que não há chance de ocorrer o resultado.

Desta forma, não é suficiente a mera previsibilidade para que haja a culpa consciente, é fundamentalmente necessário que haja também a questão da confiabilidade onde agente acredita com veemência que não é possível que ocorra a consequência danosa.

Analisando-se os referidos requisitos, entende-se que o primeiro está atrelado à possível previsão do resultado, consistindo-se na concretude do agente prever verdadeiramente o resultado danoso, ou seja, que sua conduta por si só é

possível de haver tal consequência. Interessante notar que tal previsibilidade está adstrito na situação de um homem mediano, não exigindo-se que o agente preveja uma consequência danosa que não seria prevista de maneira normal por qualquer outra pessoa.

Importante mencionar que, o juiz não consegue verificar de forma precisa a presença o requisito mencionado, devendo-se olhar o lugar do autor a partir da ação, levando-se em consideração, desta forma, as circunstâncias da concretude do caso, em conjunto com as circunstâncias conhecidas pelo autor e a experiência comum da época sobre os cursos causais para, somente então, poder precisar se houve ou não previsibilidade objetiva.

Ressalte-se que na decisão sobre a existência ou não do elemento pode ser algo confuso, em virtude forma subjetiva que se ver o conceito, cujo teor está alinhado a “situações previsíveis para um homem de inteligência mediana”, e evidentemente não daria pra ser diferente, isso porque não como fazer uma taxatividade de tais circunstâncias, por conta de haver milhares de situações que podem haver previsibilidade, dependendo-se de interpretações caso a caso.

Juarez Tavares (1985) destaca que, na análise da culpa consciente, deve-se proceder com cautela, já que o que efetivamente caracteriza tal modalidade não é a previsão do resultado, e sim a consciência em relação à lesão ao dever de cuidado.

3. O DOLO EVENTUAL

Neste instituto especificamente, o individuo não deseja de forma direta os elementos no tipo penal, mas evidentemente aceita como provável, admitindo-se, portanto, o risco de produzir. Luiz Regis Prado, ao definir o dolo eventual observa que:

O agente conhece a probabilidade de que sua ação realize o tipo e ainda assim age. Vale dizer: o agente consente ou se conforma, se resigna ou simplesmente assume a realização do tipo penal Diferentemente do dolo direto, no dolo eventual ‘não concorre a certeza de realização do tipo, nem este último constitui o fim perseguido pelo autor’. A vontade também se faz presente, ainda que de forma mais atenuada (PRADO, 2017).

Atente-se, desse modo, à redação ora adotada pelo nosso Código Penal em seu artigo 18, inciso I, segunda parte que especifica que: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente (...) assumiu o risco de produzi-lo (o resultado)”. Nelson Hungria,

verificar através de sua observação que a a redação do Código vai além do que simplesmente ter consciência de correr o risco, assumir o risco significa algo mais do que simplesmente ter consciência do risco. Assumir o risco é consentir previamente no resultado, caso este venha a ocorrer (HUNGRIA, 2015).

Hungria ainda faz uma análise que, para a existência do dolo eventual, basta que o agente, na dúvida sobre se o resultado previsto aconteceria ou não, não se abstenha da ação, pois quem age mediante tal dúvida assume o risco do que possa vir a acontecer (HUNGRIA, 2015).

Bittencourt, ao observar a questão do dolo eventual afirma que

Haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas a aceitar como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado (art.18,1, in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo (BITTENCOURT, ano).

Juarez Tavares (1985), sobre o dolo eventual discorre que, o autor, ao verificar como possível a ocorrência das consequências típicas de suas ações, pode tomar duas posturas distintas: conformar-se com o acontecimento, ou confiar na sua verificação.

No primeiro caso, o autor não se atribui qualquer chance de evitar o resultado, e deixa a sua ocorrência ao acaso. A dependência da atividade futura é menosprezada pelo autor, o que demonstra, ainda que de forma indireta, uma vontade de realização. Nesta situação teríamos a ocorrência do dolo eventual.

Na segunda hipótese, o autor confia em seu poder de evitar o resultado, através da sua condução dos eventos, em virtude da sua habilidade, ou mesmo em razão da sua presença de espírito, atenção ou cuidado. De tal maneira, o autor atua sem vontade de realização, agindo com culpa consciente (TAVARES, 1985).

Para tentar explicar o dolo eventual e diferenciá-lo da culpa consciente, diversos autores citam chamado caso Lacmann. Tal exemplo consiste em um homem que realiza uma aposta de que irá quebrar, com um tiro, uma bola de vidro que uma feirante está encarregada de segurar, sem feri-la. O atirador aceita o desafio e acaba acertando a mão da feirante. Se o autor confiava em sua habilidade com a arma de fogo, estamos diante de uma conduta culposa, por outro lado, se realizou o disparo

ciente de sua inabilidade — e, portanto, conformado com a possibilidade de atingir a mulher — estaremos diante do dolo eventual (ROXIN, 2012).

Outro problema relacionado à definição de dolo eventual está na sua determinação em relação aos elementos volitivo e intelectual do dolo. Roxin, ao tentar relacionar o dolo eventual com os dois elementos, afirma que o elemento volitivo está configurado mais fracamente com relação às outras espécies de dolo. O “saber” relativo à produção do resultado também é substancialmente menor. A redução tanto do elemento intelectual com do volitivo demonstra uma diminuição da própria substância do dolo, e, em casos limítrofes se aproxima demasiadamente da culpa consciente.

Na tentativa de relacionar o dolo eventual com o elemento volitivo, Nelson Hungria explicou que: “Quando a vontade, dirigindo-se a certo resultado, não recua ou não refoge da prevista probabilidade de outro resultado, consentindo no seu advento, não pode haver dúvida de que esse outro resultado entra na órbita da vontade do agente, embora de modo secundário ou mediato” (HUNGRIA, 2015).

É possível perceber que uma definição precisa do conceito de dolo eventual é extremamente difícil, e se torna uma tarefa ainda mais complicada no momento de diferenciá-lo da culpa consciente. Diversos exemplos são citados para tentar se esclarecer a questão, além da elaboração de diversas teorias para tal (HUNGRIA, 2015).

4. APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE EM CASOS DE HOMICÍDIO DECORRENTE DE EMBRIAGUEZ

Observados de forma inteligente e concisa sobre os institutos do dolo eventual e da culpa consciente, far-se-á abaixo uma análise sobre sua aplicabilidade no caso concreto.

4.1. HABEAS CORPUS 107.801/SP

No Habeas Corpus 107.801 teve sua impetração em favor de L.A.M. diante do acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde anteriormente havia sido denegado a ordem nos autos do Habeas Corpus n. 94.916.

De início, o paciente foi pronunciado pela suposta prática de homicídio doloso qualificado (artigo 121, §2º, inciso IV, combinado com o artigo 18, inciso II, 2ª parte, ambos do Código Penal). Contra tal decisão foi interposto recurso em sentido estrito no Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual foi provido parcialmente, corrigindo a

tipificação do delito para o artigo 121, §2º, inciso IV, combinado com o artigo 18, inciso I, 2ª parte — dolo eventual —, ambos do Código Penal.

A defesa impetrou, então, no Superior Tribunal de Justiça o Habeas Corpus 94.916, tendo como relator o Ministro Jorge Mussi, que denegou a ordem:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EXAME DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO- PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal. 2. O exame da insurgência exposta na impetração, no que tange à desclassificação do delito, demanda aprofundado revolvimento do conjunto probatório - vedado na via estreita do mandamus -, já que para que seja reconhecida a culpa consciente ou o dolo eventual, faz-se necessária uma análise minuciosa da conduta do paciente. 3. Afirmar se agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático- probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício. 4. Na hipótese, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da ocorrência do delito e indícios da autoria assestada ao paciente e tendo a provisional trazido a descrição da conduta com a indicação da existência de crime doloso contra a vida, sem proceder à qualquer juízo de valor acerca da sua motivação, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal suportado em decorrência da pronúncia a título de dolo eventual, que depende de profundo estudo das provas, as

quais deverão ser oportunamente sopesadas pelo Juízo competente no âmbito do procedimento próprio, dotado de cognição exauriente. 5. Ordem denegada.

Os impetrantes insurgiram contra a referida decisão, alegando que o caso se tratava de homicídio culposo e não doloso, requerendo a desclassificação para o artigo 302, caput, ou inciso V, da Lei n.º 9.503/97 — homicídio culposo na direção de veículo automotor em decorrência de embriaguez. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido de habeas corpus.

4.2 VOTO PARA DENEGAR O HABEAS CORPUS

A ministra relatora Cármen Lúcia, apesar da relevância da questão e da grande repercussão na pena do paciente, afirma que o Habeas Corpus não seria a via adequada para apreciar os pedidos realizados pelo impetrante. A ministra afirma que o Habeas Corpus não seria a via adequada para a apreciação do pedido, pois a determinação se o autor teria agido com dolo eventual ou culpa consciente necessitaria de análise profunda do contexto fático e probatório, o que ultrapassaria o âmbito de cognição sumária do Habeas Corpus, e cita:

o instituto do habeas corpus visa amparar direito líquido, que se entende aquele cuja existência não é afetada por dúvidas ou incertezas. É de se ver que tal direito deve ser demonstrado com evidência, sem necessitar de produzir provas, pois no julgamento de habeas corpus não é admissível o exame aprofundado de provas. É claro que o impetrante terá que fornecer de plano os elementos indispensáveis que demonstrem a liquidez de seu direito. O que não se admite é que haja exame aprofundado de prova, para aferir o direito do impetrante ou paciente, que deve fluir naturalmente do próprio pedido (NOGUEIRA, 1977).

Ela, ainda destaca a dificuldade de se apreciar a questão, ao citar a seguinte referência da doutrina:

Diferença entre a culpa consciente e dolo eventual: trata-se de distinção teoricamente plausível, embora, na prática, seja muito complexa e difícil. Em ambas as situações o agente tem a previsão do resultado que sua conduta pode causar, embora na culpa consciente não o admita como possível e, no dolo eventual admita a possibilidade de se concretizar, sendo-lhe indiferente. Em nota anterior, demonstrou-se, através da

jurisprudência pátria, no contexto dos crimes de trânsito, como é tênue a linha divisória entre um e outro. Se, anos atrás, um racha, com vítimas fatais, terminava sendo punido como delito culposo (culpa consciente), hoje não se deixa de considerar o desprezo pela vida por parte do condutor do veículo, punindo-se como crime doloso (dolo eventual) (NUCCI, 2003)

No entanto, como demonstrado posteriormente pelos demais ministros que votaram no caso, a via do Habeas Corpus era plenamente possível para se apreciar a questão, já que o exame do caso não se tratava de exame do conjunto fático-probatório e, sim em reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que seria viável em sede de Habeas Corpus.

Finalmente, a Ministra demonstra a sua opinião sobre o caso, a qual gravita a favor da aplicação do dolo eventual no caso, afirmando que a doutrina e a jurisprudência têm admitido em diversos casos a existência do dolo eventual nos crimes graves de trânsito, citando:

tem sido posição adotada, atualmente, na jurisprudência pátria considerar a atuação do agente em determinados delitos cometidos no trânsito não mais como culpa consciente, e sim como dolo eventual. As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o perigo da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade, sob embriaguez, entre outras. Se, apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa forma nitidamente arriscada, estará demonstrando seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso (NUCCI, 2003).

Ademais, a Ministra ressalta o parecer da Procuradoria-Geral da República:

Há nos autos, portanto, elementos que comprovam a materialidade e demonstram a existência de indícios de autoria de crime de homicídio doloso, vale dizer, as circunstâncias do ocorrido demonstram ter a aparência de dolo eventual. Enfim, para a inversão do quanto — acertadamente — decidido pela instância a quo, seria necessário o reexame dos elementos de convicção produzidos na ação penal, providência essa vedada na estreita via mandamental (BRASIL, 2011).

De tal maneira, apesar de se esquivar da apreciação concreta da matéria em via de Habeas Corpus, a Ministra Carmén Lucia gravita em favor da aplicação do dolo eventual, ao citar passagens neste sentido. Dentre elas se encontra a argumentação de que inúmeras campanhas publicitárias são realizadas no sentido de demonstrar o perigo da direção perigosa, demonstrando ao motorista a vedação da conduta de se conduzir o veículo sob o estado de embriaguez. Se, apesar de tal conhecimento, o condutor continua a agir dessa forma arriscada, estaria demonstrado o desapego de sua ação — a assunção do risco — configurando-se o dolo eventual.

No entanto, tal argumento se revela raso, e, no final de tudo, baseia a aplicação do dolo eventual no caso, somente em virtude da embriaguez do acusado, sem nenhuma análise mais profunda do contexto fático, ou das teorias relacionadas à distinção entre dolo eventual e culpa consciente

5. DECISÕES DE TRIBUNAIS E DO PRÓPRIO STF POSTERIORES AO HABEAS CORPUS ANALISADO

A decisão analisada aqui foi utilizada em outros processos do Supremo Tribunal Federal, como precedente no sentido de que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool só é considerado doloso em caso de embriaguez preordenada.

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas – o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do habeas corpus por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. III – Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC

107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Habeas Corpus denegado. (grifo nosso)(BRASIL, 2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. WRIT ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas – o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do habeas corpus por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. III – Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi pronunciado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, incompatível com a via em que ocorreu o acidente, colocando em risco a incolumidade alheia, situação que demonstra que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com

dolo eventual. IV - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, "a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). V - Habeas Corpus denegado." (grifo nosso) (BRASIL, 2013)

No entanto, a análise dos julgados citados, demonstra a grande semelhança entre estes e o primeiro Habeas Corpus analisado. Nos três casos houve a sentença de pronúncia, pronunciando o agente na modalidade dolosa do homicídio cometido no trânsito, por dolo eventual. No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade da intervenção para desclassificar o delito para a modalidade culposa, no entanto, nas outras duas, decidiu de forma diversa, afirmando sobre a impossibilidade de se intervir pela via do Habeas Corpus e decidindo com o intuito de manter a figura do dolo eventual

Há de se notar uma ligeira diferença entre os três casos analisados, no primeiro somente existia o fator da embriaguez na análise do dolo eventual do agente, enquanto no segundo a embriaguez foi somada ao excesso de velocidade, e no terceiro somente havia o excesso de velocidade.

No entanto a presunção de que a adição de excesso de velocidade na análise leva à pretensão de que o agente agiu com dolo eventual em muito se assemelha àquela presunção de que a embriaguez do acusado gera o dolo eventual, a qual foi condenada pelo próprio Supremo Tribunal em primeiro lugar.

O próprio Ministro Fux manteve a figura do dolo eventual em um caso de homicídio no trânsito

PENAL E PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO. "PEGA" OU "RACHA" EM VIA MOVIMENTADA. DOLO EVENTUAL. PRONÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DE DESEMBARGADORA NO SEGUNDO JULGAMENTO DO MESMO RECURSO, ANTE A ANULAÇÃO DO PRIMEIRO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA NÃO CONFIGURADO. DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE. PARTICIPAÇÃO EM COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA EM VIA PÚBLICA MOVIMENTADA. FATOS

ASSENTADOS NA ORIGEM. ASSENTIMENTO QUE SE DESSUME DAS CIRCUNSTÂNCIAS. DOLO EVENTUAL CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVALORAÇÃO DOS FATOS. ORDEM DENEGADA. (...)IV – ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO 11. O caso sub judice distingue-se daquele revelado no julgamento do HC nº 107801 (rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 13/10/2011), que cuidou de paciente sob o efeito de bebidas alcoólicas, hipótese na qual gravitava o tema da imputabilidade, superada tradicionalmente na doutrina e na jurisprudência com a aplicação da teoria da actio libera in causa, viabilizando a responsabilidade penal de agentes alcoolizados em virtude de ficção que, levada às últimas consequências, acabou por implicar em submissão automática ao Júri em se tratando de homicídio na direção de veículo automotor. 12. A banalização do crime de homicídio doloso, decorrente da sistemática aplicação da teoria da “ação livre na causa” mereceu, por esta Turma, uma reflexão maior naquele julgado, oportunidade em que se limitou a aplicação da mencionada teoria aos casos de embriaguez preordenada, na esteira da doutrina clássica. 13. A precompreensão no sentido de que todo e qualquer homicídio praticado na direção de veículo automotor é culposos, desde não se trate de embriaguez preordenada, é assertiva que não se depreende do julgado no HC nº 107801. 14. A diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente encontra-se no elemento volitivo que, ante a impossibilidade de penetrar-se na psique do agente, exige a observação de todas as circunstâncias objetivas do caso concreto, sendo certo que, em ambas as situações, ocorre a representação do resultado pelo agente. 15. Deveras, tratando-se de culpa consciente, o agente pratica o fato ciente de que o resultado lesivo, embora previsto por ele, não ocorrerá. Doutrina de Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1., p. 116-117); Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal – parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2006, 17. ed., p. 173 – grifo adicionado) e Zaffaroni e Pierangelli (Manual de Direito Penal, Parte Geral, v. 1, 9. ed – São Paulo: RT, 2011, pp. 434-435 – grifos adicionados). 16. A cognição empreendida nas instâncias originárias demonstrou que o paciente, ao lançar-se em práticas de expressiva periculosidade, em via pública, mediante alta velocidade, consentiu em que o

resultado se produzisse, incidindo no dolo eventual previsto no art. 18, inciso I, segunda parte, verbis: (“Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” - grifei). 17. A notória periculosidade dessas práticas de competições automobilísticas em vias públicas gerou a edição de legislação especial prevendo-as como crime autônomo, no art. 308 do CTB, in verbis: “Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada:”. 18. O art. 308 do CTB é crime doloso de perigo concreto que, se concretizado em lesão corporal ou homicídio, progride para os crimes dos artigos 129 ou 121, em sua forma dolosa, porquanto seria um contra-senso transmutar um delito doloso em culposo, em razão do advento de um resultado mais grave. Doutrina de José Marcos Marrone (Delitos de Trânsito Brasileiro: Lei n. 9.503/97. São Paulo: Atlas, 1998, p. 76). 19. É cediço na Corte que, em se tratando de homicídio praticado na direção de veículo automotor em decorrência do chamado “racha”, a conduta configura homicídio doloso. Precedentes: HC 91159/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/10/2008; HC 71800/RS, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 3/5/1996. 20. A conclusão externada nas instâncias originárias no sentido de que o paciente participava de “pega” ou “racha”, empregando alta velocidade, momento em que veio a colher a vítima em motocicleta, impõe reconhecer a presença do elemento volitivo, vale dizer, do dolo eventual no caso concreto. 21. A valoração jurídica do fato distingue-se da aferição do mesmo, por isso que o exame da presente questão não se situa no âmbito do revolvimento do conjunto fático-probatório, mas importa em mera reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que viabiliza o conhecimento do habeas corpus. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 22. Assente-se, por fim, que a alegação de que o Conselho de Sentença teria rechaçado a participação do corréu em “racha” ou “pega” não procede, porquanto o que o Tribunal do Júri afastou com relação àquele foi o dolo ao responder negativamente ao

questo: “Assim agindo, o acusado assumiu o risco de produzir o resultado morte na vítima?”, concluindo por prejudicado o quesito alusivo à participação em manobras perigosas. 23. Parecer do MPF pelo indeferimento da ordem. 24. Ordem denegada. (grifo nosso) (BRASIL, 2011)

É claro que este último caso em muito difere dos outros analisados, já que se trata da prática de “racha” ou corrida em plena via pública. Tal fator parece apontar com muito mais eficiência a existência do dolo eventual no caso concreto do que somente a presença da embriaguez ou do excesso de velocidade.

6. CONCLUSÃO

A diferenciação do dolo eventual e da culpa consciente não se mostra das tarefas mais fáceis do Direito Penal, sendo que diversas teorias já foram criadas para solucionar o tema. Quando se passa ao campo da prática a dificuldade da matéria em muito se eleva, já que a sua definição passa pelo campo da psique do autor, sendo necessário investigar-se se este assumiu ou não o risco por ele previsto.

A dificuldade prática se revela através da análise da jurisprudência atual, que não mantém entendimentos totalmente uniformes em relação à questão, apesar de se notar uma tendência a aplicação da culpa consciente

Muito cuidado é necessário no momento de manejar estes institutos. Não pode haver uma banalização do dolo eventual, sob o risco de se causar descrédito nas decisões judiciais. No entanto, é necessário encontrar uma forma concreta e mais uniforme de se tratar o tema, haja vista a insegurança jurídica causada pela presente indecisão de qual instituto a ser aplicado.

7. REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. parte geral. 1 vol. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

TAVARES, Juarez. Direito Penal da negligência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 172.

PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 9 ed. p. 336. 2010.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 2º.p. 119. 2017

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. p. 320. 2010.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. p. 438. 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Questões processuais controvertidas. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977. p. 325.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 146.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115352 /DF, Relator: Ricardo Lewandowski, data de julgamento: 16/04/2013, Segunda Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101698 / RJ, Relator: Luiz Fux, data de julgamento: 18/10/2011, Segunda Turma.

A RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES DE SAÚDE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

JOELMA PINTO DE ALMEIDA:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus
CEULM/ULBRA

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO

(orientador)

RESUMO: A saúde, com os avanços na compreensão dos direitos fundamentais, em todo o mundo, passou a ser vista como tal, devendo de forma positiva por parte do Estado, ser ofertada pelo mesmo. Diante de tal ordenança, é que o constituído originário, em 1987, elencou, em seu artigo 6º, tal prerrogativa como direito social, devendo ser assim, reconhecido, como direito de todo cidadão brasileiro, o direito a Saúde Pública e de qualidade. Contudo, diante da situação nacional em que vive o mundo atual, tem crescido de forma acelerada o número de ações para efetivação de um direito constitucionalmente estabelecido. Assim, o presente trabalho tem como função, analisar a saúde como direito fundamental e público, diante de um país que enfrenta grandes dificuldades em alcançar seus objetivos em tal âmbito, visando e analisando a situação diante do chamado jurisprudencial, princípio da reserva do possível.

Palavras-chave: direito fundamenta, saúde, reserva do possível.

ABSTRACT: Health, with advances in the understanding of fundamental rights, all over the world, has come to be seen as such, and should be offered positively by the State. In view of such an ordinance, it is that the original constituent, in 1987, listed, in its article 6, such a prerogative as a social right, and the right to public health and quality should therefore be recognized, as the right of every Brazilian citizen. However, in view of the national situation in which the current world lives, the number of actions to implement a constitutionally established right has grown rapidly. Thus, the present work has the function of analyzing health as a fundamental and public right, in the face of a country that faces great difficulties in reaching its objectives in such scope, aiming and analyzing the situation in the face of the so-called jurisprudential, principle of reserving the possible.

KEYWORD: fundamental right, health, reserve of the possible

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, como são vistos hoje em nossa sociedade brasileira, é de conhecimento de todos, que surgiu do neoconstitucionalismo que surgiu nas sociedades mundiais, logo após a Segunda Grande Guerra Mundial. Nesse sentido, surgem, como ficaram conhecidos à época, os direitos sociais, que, para sua efetivação, necessitam de uma atitude plena e direta do Estado, afim de garantir que a população possa usufruí-los.

Nesse cenário de direitos sociais, como bem elencado em nossa constituição, encontra-se o direito à saúde, no artigo 6º da mesma. Contudo, tal dispositivo é de eficácia limitada, necessitando que a mesma venha a ser efetivada pelo poder público, para que, assim, possa ser efetivada.

Todavia, como é de conhecimento de todos, os poderes públicos tendem a se manter inertes, de sobremodo que, muitas vezes, na grande maioria delas, os assistidos pelo Estado necessitam buscar auxílio no poder judiciário para que possam alcançar seus resultados. Desta maneira, utilizando-se de ações judiciais, as quais, em sua enorme maioria, tem a parte autora como vencedora, os usuários conseguem, utilizando dispositivos como as tutelas de urgência, preconizadas no Código de Processo Civil de 2015, alcançar a saúde.

Essas ações encontram apoio, tendo em vista que a saúde é direito social garantido na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 6º da mesma, como direito social, como também, garantia de uma vida digna. Assim, os magistrados tendem a deferir os pedidos na perspectiva que o direito a vida é superior a qualquer outro, devendo ser respeitado pelo Estado.

Entretanto, também é necessário que se compreenda que, apesar de deferidas tais ações judiciais, é essencial que se analise o outro lado para que se veja a perspectiva de outra direção.

No cumprimento da decisão judicial que abriu caminho para o usuário, o Estado tem a obrigação de desembolsar o valor necessário para que se possa realizar o procedimento sobre o qual a ordem judicial faz referência. Desta forma, um dinheiro público que deveria ser aplicado em prol da coletividade, será utilizado para atendimento de somente um usuário. Por essa razão, se torna necessário que uma análise do caso concreto seja feita, para que tais situações possam ser acolhidas somente em casos extremos.

Assim, é necessário que sejam analisados que tais situações, que ensejam a judicialização dessas demandas, ocorrem pela falta de recursos financeiros dos entes federativos, pois, em análise a situação político-jurídica de nosso país, com os grandes crimes de corrupção que ocorrem diariamente, o Estado fica impossibilitado

de arcar com as custas necessárias para cumprimento do estabelecido constitucionalmente, sendo, a efetivação dos direitos fundamentais.

Então, o presente artigo vem, por meio de pesquisa científica, análise de dados, baseado em uma metodologia quantitativa, procurar descobrir uma forma de auxiliar o Estado, tirando a sobrecarga do judiciário com essas ações, visando a solução razoável para o problema do acesso à saúde pública em nosso país.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

De acordo com BLENDEL (2019, p. 8):

É comum na doutrina a clássica distinção entre direitos fundamentais, direitos naturais e direitos humanos. Em termos práticos, pode-se diferenciá-los da seguinte maneira: i) quando se tratar de direitos inscritos na legislação interna de um determinado Estado Soberano, estar-se-á diante dos direitos fundamentais; ii) por sua vez, quando se referir a direitos consagrados na legislação internacional, trata-se dos direitos humanos; iii) por fim, quando os direitos não precisarem estar consagrados em nenhuma legislação, seja ela interna ou externa, deparamo-nos com os direitos naturais.

Paulo Bonavides afirma que:

[...] os direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista [...] que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria constituição (arts. 1º, 3º. e 170) que fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica "direitos e garantias individuais" (art. 60, §4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.

Da mesma forma, José Afonso da Silva:

Dimensão dos direitos fundamentais representada por prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais

Acerca do conceito de direito à saúde, afirma J. J. Gomes Canotilho:

[...] a natureza negativa, consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; a natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

Desta forma, pode-se compreender que o direito à Saúde, além de estar constitucionalmente estabelecido, no artigo 6º da constituição da república como sendo direito social, também está preconizado no artigo 196 da mesma, que diz:

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.

Mas, também, não obsta esclarecer que o direito à saúde é internacionalmente estabelecido pela Declaração Universal dos direitos humanos que dista:

Artigo 25

I) **Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Assim, compreende-se que, diante da perspectiva do autor, o direito à saúde pode ser reconhecido como, além de um direito fundamental, também é diretamente ligado aos direitos humanos. Por essa razão, o mesmo tem de ser respeitado e analisado com todo o cuidado.

Historicamente falando, o direito à saúde está elencado na 2ª Geração de direitos fundamentais, direitos esses que são taxados de sociais. Diferentemente da

1º geração, a segunda vem elencando uma série de princípios que exigem do Estado uma ação positiva, ou seja, a partir de sua consagração, o Estado passa a necessitar fazer acontecer, ou seja, um dever-ser por parte do mesmo.

Sobre o tema, a lição de Ingo Sarlet:

Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Então, há de se compreender que, os direitos fundamentais de 2º geração são direitos que exigem uma natureza prestacional do objeto que o mesmo resguarda. Assim, desta forma, o mesmo acontece com o direito à saúde, o qual deve ser ofertado a todos os brasileiros pelo Estado.

Contudo, no Brasil, o direito à saúde somente veio a ser categoricamente reconhece, com o advento da Constituição de 1988, pois, outras constituições pretéritas, não se preocupavam com tal tema, ao ponto de efetivá-lo em seu texto. Essa situação é bem destacada por BLENDL (2019, p. 9), quando o autor afirma que:

O direito à saúde, considerado um direito fundamental social pelo Constituinte Originário de 1988, não foi tutelado de igual maneira pelas Constituições pretéritas. Deveras, antes da Magna Carta atual era necessário contribuir para ter acesso à saúde, pois esta se confundia com a própria previdência social.

A saúde por muito tempo ficou sendo confundida no seu contexto de prestação de serviço, como sendo parte da previdência social. Por essa razão, por muito tempo, para que qualquer cidadão tivesse direito a usufruí-lo era necessário que o mesmo contribuísse para tal.

Nos dizeres de Fábio Zambitte Ibrahim:

[...] em períodos anteriores à Constituição de 1988, a proteção à saúde não configurava um direito universal, como hoje. Deveria o trabalhador contribuir para a manutenção do regime, e assim fazia em conjunto com a previdência social

Desta maneira, quando alguma pessoa precisava de atendimento, não sendo possível contribuir para que tal situação pudesse ser alcançada, a pessoa era obrigada a buscar socorro nas Santas Casas de Misericórdia para que pudesse ser atendido e ter algum auxílio para a moléstia que atormentava seu corpo.

Grande prova disto, é a constituição do Império, em 1824, quando não expressava qualquer menção do direito à Saúde, somente mencionando um auxílio, afirmando que os cidadãos tinham direito a um “socorro público”.

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

[...]

XXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

Dando continuidade a esse descaso social, no ano de 1981, com a nova Constituição, sendo suprimido o texto relacionado ao “socorro público”, nenhuma outra menção foi feita com relação a saúde pública ou social, ficando a população a própria mercê.

Contudo, no ano de 1934, a nova constituição trouxe os primeiros traços de mudança nessa concepção da necessidade de se cuidar da saúde da população. Prova disto era seu artigo 10, II, que trazia o seguinte texto:

Art 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência públicas;

Desta maneira, BLENDEL (2019, p. 10) apresentou uma análise pontual sobre o assunto:

Com maestria, na Constituição de 1934, ampliou-se os direitos e garantias da população, a tal ponto de prever como competência concorrente da União e dos Estados a incumbência de iniciar o processo legislativo tratando sobre a saúde e assistência públicas. Desse modo, era dever constitucional tanto da União quanto dos Estados cuidar da saúde da população, aliás, sob o aspecto legiferante. Dada à

importância da evolução desse direito em matéria constitucional [...].

Todavia, apesar da enorme alegria do cidadão em ter seu direito à saúde reconhecido em carta magna, na constituição seguinte, no ano de 1937, com o advento do Estado novo, aconteceu um retrocesso com relação à prestação do Estado no que diz respeito a concessão de saúde à população.

A Carta Magna restringiu o dever de legislar somente à união, assim, os demais entes federativos ficaram presos a vontade da União para que pudessem garantir saúde de qualidade à sua população.

Tal situação se manteve por logor anos pois, nas constituições seguintes, quais sejam, as de 1946, 1964 e 1967, a União continuou detendo o poder de legislar sobre o tema, dificultando a vida da população no que diz respeito ao acesso à saúde.

Com o fim do golpe militar, finalmente aconteceu a promulgação da Constituição de 1988. Esta constituição, que neste ano completou seus 32 anos, foi a que mais detalhou o direito à saúde, tanto que, ao elenca-la em seu rol de direitos fundamentais, também a colocou como cláusula pétrea, ou seja, não pode sofrer alterações ao ponto de mudar o sentido do texto original.

BLENDEL (2019, p. 11), afirmou que:

Ademais, a restrição do direito à saúde não pode ser alvo nem mesmo do Poder Constituinte Originário, pois, embora ele não seja vinculado às normas anteriores (não é limitado juridicamente), deverá obedecer os princípios do Bem Comum, da Moral, do Direito Natural, da Razão.

Como também, J. H. Meirelles Teixeira descreveu que:

[...] esta ausência de vinculação, note-se bem, é apenas de caráter jurídicopositivo, significando apenas que o Poder Constituinte não está ligado, em seu exercício, por normas jurídicas anteriores. Não significa, porém, e nem poderia significar, que o Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações. Ao contrário, tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do Bem Comum, do Direito Natural, da Moral, da Razão. Todos estes grandes princípios, estas exigências ideais, que não são jurídico-positivas, devem ser

respeitados pelo Poder Constituinte, para que este se exerça legitimamente. O Poder Constituinte deve acatar, aqui, 'a voz do reino dos ideais promulgados pela consciência jurídica', na bela expressão de Recaséns Siches.

Desta maneira, o direito à saúde deve ser respeito, ainda que outra constituição venha a surgir, dando garantia a população de que terão resguardados seus direitos sociais, fundamentais e, respectivamente, humanos.

A propósito, confirmam-se alguns dispositivos da CF/88 dispondo sobre o direito à saúde:

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por fim, com o advento da constituição Federal de 1988 surge o SUS, que nas palavras de Fernando Aith et al. afirmam que:

Denominado Sistema Único de Saúde (SUS), o sistema público de saúde brasileiro foi modelado para o atendimento de todo ser humano em território nacional, de forma não discriminatória e equitativa. Criado pela Constituição Federal de 1988, na forma de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, o SUS é constituído por serviços da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Assim, é de extrema importância que se reconheça a importância do direito à saúde para toda a população, além de que, não se pode ser esquecido, que tal direito também é internacionalmente protegido, por inúmeros tratados, além de o Brasil ser signatários dos mesmos.

Exemplo disto, é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que em seu artigo 12, § 1º traz a seguinte redação: “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

Por fim, é reconhecido o direito como sendo fundamental, humano e, também, cláusula pétrea dentro do ordenamento jurídico pátrio, mas, também, é necessário que se compreenda que, para que todo objetivo do Estado seja alcançado, ou seja, para que o Estado possa fazer positiva sua ação prestacional de serviços, é necessário que existam fundos financeiros suficientes para isso.

Assim, além de reconhecer o direito à saúde, torna-se necessário que se analise a situação financeira do país em que esta está sendo ofertada pelo poder público.

3 RECURSOS DO ESTADO E SUA ARRECADAÇÃO

Já foi reconhecido neste artigo, como também o é na realidade social, que é dever do Estado garantir os direitos sociais de todos os cidadãos que fazem parte de um Estado Democrático de Direito. Todavia, para que esses direitos possam ser ofertados pela pessoa de direito público, é necessário que a mesma possua receita suficiente para executar tal atividade.

Desta maneira, é necessário que se analise, no presente artigo, as formas como o ente público possa acumular e arrecadar receita e fundos para realização de suas obrigações constitucionais. Como também, analisar a possibilidades desse mesmo ente, através de suas receitas, permitir que o serviço ofertado seja bom e de qualidade para a população.

Existem duas formas de arrecadação de fundos e receita por parte da administração pública, uma através da receita originária, como por exemplo, quando o ente público, aluga um prédio que lhe pertence, sendo que, nesse tipo de contrato existem relações predominantemente privadas, mas, ainda existem resquícios de direito público.

Em contra partida, existem as receitas derivadas. Tais receitas tem sua origem nos tributos e demais formas de arrecadação dos entes públicos, afim de gerar renda e utilizando-se, do chamado, poder de império, onde o ente impõe sobre o cidadão a obrigação de contribuir. Assim, é através das receitas derivadas que o Estado arrecada sua maior receita e fundos para realização dos trabalhos voltados a garantia dos direitos.

Diante de todas essas situações, é possível o Estado arrecadar os fundos necessários para que possa satisfazer as necessidades e suas obrigações constitucionalmente estabelecidas, como por exemplo, o direito à saúde digna e pública para todos os que estão em seu território.

De acordo com BLENDEL (2019, p. 16):

De qualquer forma, embora existente as contribuições sociais, isso não impede que outras fontes sejam destinadas à consagração dos direitos sociais, mormente à saúde (vide art. 196, § 1º, da CF/88). É o que ocorre, por exemplo, com os impostos, espécie tributária na qual os doutrinadores classificam-na como não vinculada, pois a destinação de seus recursos não se destina a uma atividade estatal específica, tal como ocorre com as contribuições de melhoria. Some-se a isso o fato de que é vedada a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa (vide art. 167, inc. IV, da CF/88). Apesar disso, o próprio constituinte estabeleceu que parte da arrecadação dos impostos será destinada a área da saúde, sendo considerada, assim, uma exceção à regra de não vinculação.

Desta forma, existem inúmeras formas de o Estado arrecadar seus fundos a fim de aplicá-los em setores destinados a melhoria da vida social dos cidadãos. Como também, como ficou demonstrado, essa destinação à saúde é assim, direta, pois, a própria constituição estabelece que partes desses recursos devem ser destinados a ela.

Por fim, ainda que o Estado consiga arrecadar, além da maior parte ser destinada a saúde, é praticamente impossível atender a todas as demandas existentes na sociedade, para que se possa alcançar o êxito de oferecer um SUS de qualidade e que atenda as expectativas e necessidades do povo.

Segundo Harisson Leite, ainda que fossem sobrados todos os valores arrecadados para implementação, melhoria e prestação de saúde, ainda assim seriam insuficientes para que o Estado conseguisse arcar com todo o arcabouço de situações. O Autor ainda afirma que:

[...] é bom lembrar, por mais que se aloquem recursos em uma ou em outra área, a questão da escolha trágica não terminará. Se hoje dobrarem-se os recursos em saúde, não significa atendimento integral da demanda, nem resolução de todos os problemas, posto que há problemas no déficit habitacional que exigem prioridade, há problemas infindáveis na educação e a

realidade do saneamento causa espanto. Como há limitação de recursos, sempre há de contar-se com escolhas trágicas, com a plena ciência de que algumas necessidades não serão atendidas do modo pretendido.

Desta maneira, apesar de a saúde ser uma realidade necessária, não podendo ser vista de forma a ser esquecida, mas, cumprida, o Estado sofre com seus déficits e inúmeras demandas em outras áreas que exigem atenção por parte do administrador público, e, como bem mencionado pelo autor, “[...] como há limitação de recursos, sempre há de contar-se com escolhas trágicas, com a plena ciência de que algumas necessidades não serão atendidas do modo pretendido”.

Assim, diante da não efetivação desses direitos por parte do Estado, muitas pessoas buscam o judiciário afim de que sua demanda seja solucionada e para que o Estado seja obrigado a cumprir com suas obrigações no que diz respeito a prestação Estatal de saúde.

Diante desse acontecimento da judicialização da saúde, entra a cena a discussão sobre o princípio da Reserva do Possível nas ações de saúde contra a fazenda pública.

4 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES DE SAÚDE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O princípio da reserva do possível é um instrumento judicial no qual o Estado pode se agarrar, para que, diante de ações que envolvam a exigência de fazer, o mesmo utilize-se de sua receita para satisfazer a necessidade de um cidadão, como por exemplo de saúde, mas, diante deste princípio, o Estado somente poderá fazer, caso esteja dentro de seu orçamento ou que o possa fazer sem acarretar maiores transtornos aos cofres públicos.

Sobre o tema, Leny Pereira Silva afirma que:

O princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Desta maneira, é necessário que seja observado que as atitudes do administrador público devem ser feitas, sendo baseada nos princípios da administração pública e da constituição federal, sendo eles, da razoabilidade e da proporcionalidade. Não podendo o mesmo, empregar toda receita pública, em uma

única área, quando existem outras que também necessitam do mesmo olhar de cuidado.

Uma das maiores provas do princípio da reserva do possível, é o que diz respeito a exames e atendimentos médicos realizados fora do país. Para que tal medida seja aprovada, é necessário que se comprovem cientificamente os efeitos e os resultados da mesma e sua eficácia fora do país (AMADO, 2017, p. 73).

Na visão dos autores, o grande problema gerado atualmente é em relação a disputa do princípio da reserva do possível, em relação ao mínimo existencial. Nas palavras de BLENDEL (2019, p. 17-18):

Ao revés, no princípio do mínimo existencial encontram-se aqueles direitos mínimos que deverão ser usufruídos pela população para ter uma vida digna. É corolário, pois, do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pode-se citar o direito à educação, à alimentação, à saúde etc. No Brasil, há várias ações judiciais discutindo tais temas (reserva do possível versus mínimo existencial), seja porque o Poder Público não forneceu um determinado medicamento para tratar a patologia de um indivíduo, seja porque não realizou uma determinada cirurgia, entre outras problemáticas.

Desta forma, é uma grande discussão e luta que tem chegado até as vias judiciais, levando o Supremo Tribunal Federal a ter de se manifestar sobre o assunto da concessão de medicamentos pelo SUS, o mesmo afirmou que:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

(I) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(II) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

(III) existência de registro na ANVISA do medicamento, observados os usos autorizados pela agência.

Desta maneira, percebe-se que, ainda que seja obrigação do Estado fornecer os medicamentos, como previsto na Constituição Federal, estando tal atividade vinculada à uma saúde digna, teve o STF de se manifestar afim de serem listados parâmetros para tal situação, pois, o Estado tem fundos limitados, não podendo ser oneroso ao mesmo todas as atividades.

Por essa razão, que na forma como o tribunal se manifestou, uma das exigências é que a pessoa seja incapacitada financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito. Esse entendimento foi visando a situação financeira do ente federativo.

Contudo, ainda exista quem discorde da posição do STF, afirmando que a situação financeira do requerente, não pode ser mero caminho para inviabilizar o acesso à saúde. Nesse sentido, entende Pretório Excelso quando afirma que:

Cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV).

Vale salientar ainda, que a legitimidade passiva de tais ações tanto podem ser da União, como dos Estados, dos Municípios ou do DF, ou de todos em litisconsórcio passivo, pois, de acordo com a constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é competência comum. Desta maneira, não pode um ente falar que não tem legitimidade para a ação.

Nesse sentido, veja o julgado do STF:

Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE 566471/RN (DJE de 7.12.2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo. Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública.

Por fim, desta forma, não há que se discutir o dever do Estado em garantir saúde de qualidade à população em território nacional, como também, de esquivar-se de sua responsabilidade de fornecer medicamentos e outros produtos necessários para que a população possa viver de forma digna.

Todavia, não pode ser esquecido que as receitas dos entes federativos são taxativas, existindo inúmeras outras condições necessárias para assegurar o mínimo existencial as populações, como moradia, educação, lazer, entre tantos outros direitos sociais.

Desta forma, qualquer ação que demande prestação do Estado, deve ser analisada de forma única, ou seja, no caso concreto, para que a coletividade, tendo os recursos dos cofres públicos vindo a sofrer diminuição financeira com a prestação a um único indivíduo, venha a ser prejudicada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde é um direito de todo cidadão brasileiro e de todo aquele que se encontra em território nacional, não podendo seus agentes agirem com discriminação ou discricionariedade para qualquer um que venha a precisar de cuidados do sistema público de Saúde.

Dessa forma, para que assim ficasse estabelecido, na constituição Federal de 1988, o direito a saúde ficou elencado como direito social, ganhando, a partir do artigo 196, do mesmo dispositivo, um rol para tratar de sua importância e de como as autoridades públicas deveria agir em sua prestação. Sendo, ainda, considerado tão importante, que, sua efetivação, como por exemplo com leis, foi considerada competência comum entre os entes federativos.

Assim, fica esclarecido que sem saúde, nenhuma pessoa consegue viver de forma digna em sociedade, vindo a sofrer com as mazelas desse mundo. Ainda por cima, sem saúde de qualidade e pública, as pessoas tendem a perecer, pois, muitas, não possuem condições de custear tais cuidados médicos, como por exemplo, a compra de remédios.

Todavia, é necessário que isso seja analisado de uma forma como um todo, não adianta se falar em saúde de qualidade quando os cofres públicos sofrem demasiadamente. Ou seja, os entes federativos sofrem com a escassez de recursos que possam ser investidos em saúde, educação, lazer.

Dessa forma, como um cidadão, individualmente, ingressa com uma ação procurando auxílio médico, para um exame que custe milhares de reais, a

coletividade, em contra partida, caso tal demanda enseje causa ganha ao autor, vai sofrer pois, com a escassez já existente e a diminuição ainda maior da receita estatal.

Dessa forma, diante do caso concreto, é necessário que analise a situação como um todo. Não se fala aqui em negar saúde de qualidade ou qualquer assistência necessária. Mas, em uma análise maior dos casos para que, futuramente, a coletividade não venha a sofrer com a falta de recursos, pois, dia após dia, aumentam essas demandas no judiciário, furando os cofres públicos.

6 REFERÊNCIAS

AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmim; NASCIMENTO, Paulo Roberto; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica.** Revista de Direito Sanitário, Brasil, v. 15, n. 1, p. 10-39

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário.** 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 659-660.6

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em Outubro de 2020.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Outorgada em 25 de Março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em Outubro de 2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Promulgada em 16 de Julho de 1924. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em Outubro de 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal – STF.** ARE 639.337 AgR. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23.8.2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal – STF.** Julgamento do STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgado em 17/03/2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. p. 342

DUDH, **Declaração Universal do Direitos Humanos**. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> > . Acesso em Outubro de 2020.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2016. P. 53.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015. P. 9.

OLIVEIRA, Blendel da Silva. "**A judicialização do direito à saúde: a discussão da reserva do possível e do mínimo existencial**." (2019).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 282.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286-287.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIR EITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf > . Acesso em novembro de 2020.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 213.

REFLEXÕES E DESAFIOS DA GESTÃO PÚBLICA FRENTE ÀS EXIGÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Na seara do serviço público é cediço que um dos maiores desafios da gestão pública consiste exatamente na articulação entre as exigências do Direito Administrativo, com o regime jurídico público, e as da Administração. É comum, nesse sentido, que haja uma crítica constante no que tange ao excesso de burocracia decorrente do regime público, o qual reflete na criação de entraves ao exercício célere da gestão pública.

Esses cenários díspares acima relatados podem ser exemplificados em alguns binômios, tais como: a) carência de pessoal x exigência de concurso público; b) as obras, serviços, compras e alienações x licitação pública; e c) ato administrativo x responsabilização civil, administrativa, política e criminal.

Em síntese, os principais desafios da gestão pública acima narrados podem ser resumidos em dois eixos, qual sejam: a) o respeito ao ordenamento jurídico; b) a reflexão constante acerca dos meios para se obter as finalidades públicas com a máxima eficiência.

A par disso, também cumpre mencionar que esse desafio para o gestor público não é de fácil deslinde, principalmente devido à complexidade das normas – regras e princípios – vigentes em cada ente federativo, bem como ao elevado número de interpretações que se alteram em função dos órgãos administrativos ou judiciais que as aplicam.

Nesse cenário, o gestor público necessita não só estar atento aos ditames do ordenamento jurídico e dos órgãos de aplicação do direito, mas também

consciente da necessidade de boa utilização dos instrumentos de discricionariedade administrativa.

Num cenário onde cabe ao gestor público desemaranhar essa rede complexa de opções normativas, saber manejar o instrumental jurídico com habilidade técnica é um diferencial, principalmente para se evitar consequências jurídicas indesejadas.

Fixadas essas premissas, cumpre analisar a título de reflexão um primeiro desafio ocorrido no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas (PGE/AL), a qual se desgarrou recentemente do antiquado conceito de legalidade estrita para inovar numa visão moderna de juridicidade.

O texto da Lei Complementar Estadual nº 07/1991 – Lei Orgânica da Advocacia Geral do Estado – previa originariamente como competência da PGE/AL apenas um controle de legalidade em sentido estrito dos atos administrativos.

Recentemente, porém, mediante a Lei Complementar Estadual nº 47/2018 ocorreu alteração legislativa que criou a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos na PGE/AL. Esta passou a ter como diretriz e princípio (artigo 25-G, inciso III e artigo 25-H) a garantia da juridicidade[1].

Essa primeira novidade legislativa, acaso bem desenvolvida no âmbito da Procuradoria Geral, poderá trazer inúmeros benefícios para a fluidez e a modernidade na atuação do órgão, não apenas no âmbito da citada Câmara, mas também em sentido amplo na necessária superação da legalidade estrita.

Essa juridicidade precisa ser compreendida como um bloco de legalidade onde os atos de controle praticados pela Procuradoria Geral do Estado abarquem não só as leis em sentido estrito, mas as normas jurídicas em geral, sempre sob a égide do fenômeno da constitucionalização do direito administrativo. Por exemplo, é possível que a solução para determinado conflito jurídico não esteja previsto em hipótese taxativa da lei formal, mas decorra de um conjunto de princípios que podem ser aplicados ao caso, como a moralidade.

Outro desafio que se verifica nessa relação entre Direito e Administração é a mudança de paradigma quanto à possibilidade de disposição dos interesses públicos. Tradicionalmente, salvo casos isolados, compreendia-se no âmbito da PGE/AL que não havia campo fértil para a prevenção e a resolução administrativa de conflitos, vale dizer, a solução consensual destes no âmbito administrativo. A citada Câmara rompeu com essa ideia ultrapassada.

Hoje através dessa Câmara vem se mostrando possível: a) a instituição de valores e meios jurídicos que aprofundem o relacionamento dos cidadãos com a Administração Pública; b) a prevenção e a solução de controvérsias administrativas e judiciais entre os cidadãos e o Estado de Alagoas ou entre órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta; c) a garantia da juridicidade, da eficácia, da estabilidade, da segurança e da boa-fé das relações jurídicas e administrativas; d) a agilização e a efetividade dos procedimentos de prevenção e solução de controvérsias; e) a racionalização da judicialização de litígios envolvendo a Administração Pública Estadual Direta e Indireta; f) a redução de passivos financeiros decorrentes de controvérsias de repercussão coletiva; e g) a redução de passivos financeiros decorrentes das ações judiciais e dos precatórios devidos pelo Estado de Alagoas, suas autarquias e fundações.

Tudo isto num cenário onde a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos pauta seus atos pelos princípios da juridicidade, da impessoalidade, da igualdade, da moralidade, da imparcialidade, do interesse público, da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, da eficiência, da ampla defesa, do contraditório, da motivação, boa-fé, economicidade, publicidade, razoabilidade, oralidade, informalidade e transparência.

Vale ressaltar, inclusive, que essa Câmara foi criada exatamente em função da exigência do atual Código de Processo Civil (CPC) de 2015 o qual prevê:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Assim, no ambiente onde o gestor público tem inúmeros desafios para compatibilizar o Direito e a Gestão Pública já foi possível identificar 2 (dois) exemplos claros de mudanças disruptivas de *mindset*, que, seja pela juridicidade, seja pela cultura de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a função de gerir a coisa

pública se tornou mais flexível e menos árdua. É preciso, portanto, investir cada vez na modernização do direito administrativo.

NOTAS:

[1] **BRASIL.** Gabinete Civil. Disponível em:
<<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

MIRIAM LAIS GONÇALVES CORDEIRO:

Bacharelanda do curso de Direito da Universidade
Luterana do Brasil campus Manaus

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

RESUMO: Este estudo nasceu dos seguintes questionamentos: quais as controvérsias do entendimento jurisprudencial sobre a teoria do adimplemento substancial em alienação fiduciária de veículos? E esta teoria é aplicável no ordenamento jurídico Brasileiro? Para responder a estes dois questionamentos, este artigo teve como objetivo geral analisar a aplicabilidade ou inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, especificamente nos contratos de alienação fiduciária de veículos, além de especificamente explicar o conceito de contratos e apresentar a sistemática do contrato de alienação fiduciária de bens móveis no ordenamento jurídico brasileiro; demonstrar as divergências das interpretações jurisprudenciais com relação à teoria do adimplemento substancial, averiguando os princípios gerais evidentes no ordenamento jurídico brasileiro; e, apresentar como defesa os pontos conclusivos sobre a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial. Assim, esta pesquisa faz uma relação de causa e efeito entre os divergentes entendimentos jurisprudenciais no tocante a aplicabilidade ou inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial em contratos de alienação fiduciária de veículos, o que justifica este estudo. Para construção deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo em pesquisa qualitativa de revisão integrativa que é um exame geral do conteúdo dos estudos jurídicos que tratam exclusivamente do tema fazendo uma inserção e uma interação entre eles. Conclui que embora o entendimento do Supremo Tribunal Federal seja diferente da doutrina percebe-se que essa diferença de entendimento não pode ser com a alienação fiduciária de automóvel, pois esta não deve ser usada como ferramenta para se dar livre acesso da financeira ao veículo, sem se quer analisar a situação fática.

Palavras-Chave: Alienação fiduciária. Adimplemento Substancial. Busca e apreensão de automóveis.

ABSTRACT: This study was born from the following questions: what are the controversies of the jurisprudential understanding on the theory of substantial performance in fiduciary alienation of vehicles? And is this theory applicable in the Brazilian legal system? In order to answer these two questions, this article had the

general objective of analyzing the applicability or inapplicability of the theory of substantial default in fiduciary alienation contracts in guarantee of movable assets, specifically in fiduciary alienation contracts of vehicles, besides specifically explaining the concept of contracts and present the systematic of the fiduciary alienation contract of movable assets in the Brazilian legal system; demonstrate the divergences of the jurisprudential interpretations in relation to the theory of substantial performance, investigating the general principles evident in the Brazilian legal system; and, to present as a defense the conclusive points about the applicability of the theory of substantial performance. Thus, this research makes a cause and effect relationship between the divergent jurisprudential understandings regarding the applicability or inapplicability of the Theory of Substantial Compliance in fiduciary alienation contracts for vehicles, which justifies this study. For the construction of this work, the deductive method in qualitative research of integrative review was used, which is a general examination of the content of legal studies that deal exclusively with the theme, making an insertion and an interaction between them. It concludes that although the understanding of the Supreme Federal Court is different from the doctrine, it is clear that this difference in understanding cannot be with the fiduciary alienation of an automobile, as this should not be used as a tool to give free access to the financial vehicle, without one wants to analyze the factual situation.

Keywords: Fiduciary alienation. Substantial Performance. Search and seizure of automobiles.

1 INTRODUÇÃO

As cessões para efeito de garantia podem ser definidas como operações com efeitos reais através das quais um sujeito, obrigado a cumprir uma determinada obrigação - geralmente monetária e por meio de empréstimo - vincula o seu próprio ativo identificado na espécie - geralmente bens imóveis e móveis - à satisfação das razões alternativas e possíveis do seu credor no caso de o serviço a que é solicitado ficar por cumprir, por fato que lhe é imputável (CHALHUB, 2017).

São elementos essenciais destes casos: a) uma obrigação, preexistente ou coeva ao contrato de tradução, cujo cumprimento o cedente se obriga a cumprir num determinado prazo; b) modalidade de negociação adequada à preparação da aquisição definitiva ao patrimônio do credor de bem pertencente ao devedor; c) o nexo de causalidade entre a aquisição do bem vinculado para efeito de garantia e o incumprimento culposo da prestação deduzida na relação obrigatória (CHALHUB, 2017).

A destinação como garantia do cumprimento de um direito de que é titular, põe o devedor em alternativa de cumprir exatamente o que é objeto da obrigação

principal ou de ver esse direito adquirido definitivamente com a resolução do patrimônio do credor (CHEIRI, 2017).

Numa perspectiva de elevada segurança creditícia, a natureza dos efeitos jurídicos que determinado instrumento de negociação é capaz de exercer no contexto da relação devedor-credor e para a generalidade de terceiros assume um papel de importância absoluta: na hipótese aqui examinados, os efeitos a que se confia o resultado da garantia são propriamente reais e os instrumentos necessários para produzir são as operações de venda (CLARINDO, 2011).

Relativamente a este último, a aquisição pelo credor pode ser deduzida indiferentemente tanto em regime condicional (suspensivo ou resolutivo), relativo à execução ou não execução da prestação devida, como em contrato que, prevendo a imediata transferência dos bens pertencentes à parte contratante garantida, prevê a possibilidade de o devedor cedente recomprar o bem através do exercício de um acordo de resgate, também sujeito ao cumprimento exato da obrigação principal; cada um destes acontecimentos translacionais, de fato, graças ao nexo funcional entre os acontecimentos do serviço segurado e o destino do bem vinculado em garantia, pode constituir a favor do sujeito ativo da relação obrigatória uma posição de vantagem. Com base nestes pressupostos, este artigo questiona: quais as controvérsias do entendimento jurisprudencial sobre a teoria do adimplemento substancial em alienação fiduciária de veículos? E esta teoria é aplicável no ordenamento jurídico Brasileiro?

Com a finalidade de encontrar respostas a estes questionamentos, este artigo teve como objetivo geral analisar a aplicabilidade ou inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, especificamente nos contratos de alienação fiduciária de veículos, além de especificamente explicar o conceito de contratos e apresentar a sistemática do contrato de alienação fiduciária de bens móveis no ordenamento jurídico brasileiro; demonstrar as divergências das interpretações jurisprudenciais com relação à teoria do adimplemento substancial, averiguando os princípios gerais evidentes no ordenamento jurídico brasileiro; e, apresentar como defesa os pontos conclusivos sobre a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.

Assim, esta pesquisa faz uma relação de causa e efeito entre os divergentes entendimentos jurisprudenciais no tocante a aplicabilidade ou inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial em contratos de alienação fiduciária de veículos, o que justifica este estudo.

Para construção deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo em pesquisa qualitativa de revisão integrativa que é um exame geral do conteúdo dos estudos jurídicos que tratam exclusivamente do tema fazendo uma inserção e uma interação entre eles.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A necessidade de constituir patrimônio distinto e de confiá-los a um gestor financeiro em função administrativa parece ser cada vez mais sentida pela sociedade moderna e, no entanto, nem todos os sistemas jurídicos estão dotados de um instrumento jurídico que possibilite a prossecução deste fim (LÔBO, 2011).

Para efeitos do presente estudo, considerou-se possível sintetizar este fenômeno com a expressão relações de confiança, visto que parece adequado incluir todos os casos em que um sujeito goza de uma posição de poder legal no interesse de outrem. Instituições fiduciárias semelhantes a esta podem desempenhar uma função de transmissão intergeracional de riqueza, e são frequentemente utilizadas também em áreas comerciais onde, por exemplo, o investidor tem interesse em confiar ativos a um gestor (fiduciário ou fiduciário) para que este último gerencie a relação financeira (MARTINS, 2011).

Muitos ordenamentos jurídicos no mundo não possui uma regra muito específica sobre alienação fundiária, mas no Brasil, por razões puramente incentivadoras de facilitação do crédito, o legislador, estabeleceu regras própria com o claro objetivo de facilitar a circulação de riquezas no país, bem como desenvolvimento econômico e social (BECKER, 1983).

Desta forma, a legislação brasileira deu ao instituto da alienação fiduciária a necessária garantia aos contratos de financiamento precipuamente de bens moveis e duráveis, com condicionalidades e especificidades bem própria do Brasil (PEREIRA, 2017).

Mas onde nasceu a fidúcia? Ela nasce no direito romano tendo com base o acordo consensual, fundamentado em uma relação secreta e de confiança entre as partes em que o fiduciário se comprometia a devolver o bem na forma especificada entre as parte caso não provesse o pagamento. Já no direito romano, a principal característica desse negócio jurídico era a confiança estabelecida entre as partes e, consubstanciada em um valor moral que permeia as relações sociais (PEREIRA, 2017).

Assim fica evidente que o credor sempre estava na espera da restituição do bem após o término da dívida já que or não haver um instrumento protetivo, nada obrigava o inadimplente ao cumprimento da obrigação, a não ser a confiança entre

as partes. Segundo Pereira (2017, p 337) essa relação se dava em função “das figuras do *fiducia cum amico e fiducia cum creditore*”.

O direito fiduciário é uma daquelas áreas peculiares do direito que parece ser mais bem compreendida do que realmente é. Na verdade, a frequência de sua aplicação e sua difusão sugere que seu significado é ampla e claramente conhecido.

Isso vale não apenas para a jurisprudência canadense, mas também para a Austrália, Inglaterra, Nova Zelândia e Estados Unidos, ou seja, no mundo inteiro. No entanto, mesmo um exame superficial da jurisprudência fiduciária revela que o conceito fiduciário não é bem compreendido ou devidamente implementado (PEREIRA, 2017).

Embora tenha havido uma proliferação de casos discutidos e decididos com base em princípios fiduciários e a retórica fiduciária seja abundante em súplicas, julgamentos e comentários jurídicos, a compreensão do conceito fiduciário possuído por juízes, profissionais do direito e acadêmicos é incomensurável com a contínua efusão de jurisprudência fiduciária e comentários. Embora a importância e o uso generalizado do direito fiduciário sejam agora um fato aceito, algumas questões permanecem (CHALHUB, 2017).

Entre os mais básicos deles estão: De onde veio o direito fiduciário? Quais são as regras que regem sua aplicação? E para onde está indo, de fato? Todas essas são questões importantes. Uma visão significativa dessas questões pode ser obtida examinando-se as origens eqüitativas do conceito fiduciário. No entanto, também é necessário recuar na aplicação do conceito fiduciário para descobrir a razão por trás de sua existência (GONÇALVES, 2012).

Assim não é uma tarefa muito fácil identificar a teoria e a função do conceito fiduciário, a fim de facilitar uma apreciação aprimorada do propósito do conceito fiduciário e de como ele é efetuado. Embora não seja possível cobrir todas as áreas relevantes nas quais o conceito fiduciário pode se manifestar, tanto a jurisprudência brasileira como a doutrina tenta abordar aquelas mais importantes para forjar uma compreensão sofisticada do conceito fiduciário (CLARINDO, 2011).

Assim, ambos os setores (jurisprudência, quanto doutrina) revelam os princípios que regem o conceito fiduciário para que possa ser mais bem compreendido e usado de forma mais adequada por juízes, profissionais do direito e acadêmicos (LÔBO, 2011).

A divergência entre doutrina e jurisprudência sobre a *fidúcia* se converte em um modernismo do conceito que é seguido dinamicamente pela lei. Enquanto a

jurisprudência segue os ditames da lei, ou seja, a relação é de confiança entre uma parte que aliena e a outra (instituição financeira) a propriedade de um bem, sendo que a segunda se obriga a devolver a primeira o bem que lhe foi alienado quando há o adimplemento" (CHALHUB, 2017).

Já a doutrina se utiliza dos modernos conceitos de "fiduciário" no contexto da lei de agência, onde um fiduciário é definido como "aquele que tem o dever de agir principalmente para o benefício de outra pessoa", e a agência é geralmente definida como "A relação fiduciária que resulta da manifestação de consentimento de uma pessoa (um 'principal') para outra (um 'agente') de que o agente deve agir em nome do principal e sujeito ao controle do principal, e o agente se manifesta ou de outra forma consente assim agir. Embora parecidos, os conceitos divergem na forma. A comprovação da relação de representação pressupõe a existência de manifestação do representado de que o agente deve agir por ele; a aceitação do compromisso pelo agente; e, o entendimento de que o principal detém o controle da relação (CHEIRI, 2017).

O relacionamento resultante é baseado na confiança, segurança e boa fé de uma pessoa na integridade e fidelidade de outra, criando certos deveres devidos por cada parte, estabelecidos no contrato e implícitos por lei (CLARINDO, 2011).

No relacionamento, os fiduciários têm dever de lealdade - o dever de atuar prioritariamente para outrem nas matérias relacionadas com a atividade e não no interesse pessoal do fiduciário (GONÇALVES, 2012).

Os fiduciários também têm o dever de boa fé - o dever de agir com boa fé e franqueza escrupulosas; justiça total, sem influenciar ou tirar proveito do cliente. A relação fiduciária, conforme definida pela história e pela jurisprudência, existe em todas as transações comerciais (PEREIRA, 2017).

Além disso, o relacionamento é definido pelo papel ou função específica do agente para com o principal, ou seja, o relacionamento da gestão corporativa e dos conselhos de administração com os acionistas, do advogado para o cliente ou do corretor para o cliente, e regido pelas leis associadas a essas transações, incluindo direito penal e trabalhista, valores mobiliários e direito corporativos, contratos, parcerias e *trusts* (MARTINS, 2011).

Os papéis dos fiduciários, administradores e como fiduciários eram de origem antiga, enquanto os agentes apareceram apenas no final do século XVIII. Sócios, conselhos de administração corporativos e diretores corporativos tinham deveres fiduciários originados da formação de sociedades e sociedades modernas, assim como os acionistas majoritários, enquanto os líderes sindicais exerciam funções

fiduciárias apenas quando os sindicatos recebiam poder por estatuto de representar os trabalhadores em negociações com a administração (LÔBO, 2011).

Embora as definições modernas desses deveres permaneçam intactas, o escopo dos deveres varia muito com base na função do fiduciário, o que aumenta a complexidade da análise necessária para entender as violações desses deveres. A definição moderna de agente como fiduciário foi racionalizada e esclarecida pela primeira vez como uma doutrina jurídica em 1933. Quando a pessoa agindo deve representar a outra em negociações contratuais, barganhas ou transações envolvidas em negociações comerciais com terceiros, ou é para comparecer ou representar o outro em audiências ou procedimentos nos quais ele possa estar interessado, ele é denominado um agente, e a pessoa por quem ele deve agir é denominada principal (PEREIRA, 2017).

O elemento de sujeição contínua ao da vontade do principal distingue o agente de outros fiduciários e o contrato de agência de outros contratos. Isso implica que os executivos e diretores corporativos também são agentes (CHALHUB, 2017).

No entanto, na lei e na prática hoje, as funções fiduciárias dos executivos e diretores corporativos não são sujeição contínua à vontade do principal (acionistas), mas mais flexíveis, pois os diretores e diretores tomam muitas decisões não aprovadas pelos acionistas (MARTINS, 2011).

Mas uma coisa a jurisprudência e a doutrina se encontram no mesmo patamar com relação ao conceito de fidúcia: o dever de lealdade. Este dever exige que os melhores interesses tenham precedência sobre qualquer interesse possuído por outrem e não se limita a casos que envolvam um conflito financeiro ou outro conflito fiduciário reconhecível de interesse (GONÇALVES, 2012).

Também abrange os casos em que o fiduciário deixa de agir de boa fé. O dever de lealdade é frequentemente descrito como uma obrigação de proteger os interesses e se abster de decisões que prejudiquem ou privem a empresa de uma vantagem que poderia ser devidamente trazida à empresa para que ela a perseguisse e para agir de uma maneira que ele ou ela acredita ser de boa fé no melhor interesse. A jurisprudência também acrescenta que o dever de lealdade exige que as partes ajam afirmativamente e de boa fé (LÔBO, 2011).

3 UMA TEORIA RELACIONAL DAS REGRAS PARA CONTRATOS COMERCIAIS

A relação entre as regras legais e as estratégias que as partes comerciais usam para lidar com o risco está entre os tópicos mais importantes e menos compreendidos em direito e economia (TERRA e BANDEIRA, 2015).

Os teóricos organizacionais geralmente confinam suas análises à natureza da empresa e a outros relacionamentos permanentes. Os advogados comerciais acadêmicos, por sua vez, têm sido muito menos aventureiros do que seus colegas corporativos na aplicação de percepções econômicas fundamentais. Não é de surpreender, portanto, que se saiba muito pouco sobre o funcionamento interno da maioria das relações comerciais. Por essas razões (e mais) se faz necessário aplaudir os esforços para integrar percepções econômicas e estruturas jurídicas sobre a natureza das relações comerciais. Gillette (2019) apresenta duas preocupações em sua análise.

A primeira preocupação mostra que as partes comerciais lidam com o risco. A segunda diz respeito como a jurisprudência e a doutrina podem descobrir as estratégias que essas partes buscaram em relação ao risco em casos individuais (GICO JUNIOR, 2010).

Gillette (2019) afirma que é potencialmente a mais importante à segunda observação. Embora Gillette (2019) seja cauteloso em observar os limites de seu projeto, ele argumenta que a relação estrutural entre as partes fornece uma rica fonte de informações que aumenta a capacidade de prever o tipo de termos contratuais que as partes teriam escolhido para governar seus negócios quando certo ou contingências imprevistas ocorrer (ALVAREZ, 2006).

Essa perspectiva desenvolve com algum detalhe, fornece suporte adicional para o recurso à análise de barganha das relações da alienação fiduciária para fornecer os termos padrão relevantes, tornando mais plausível que essas partes em particular teriam escolhido esta regra padrão se necessário para negociar explicitamente com antecedência (VENOSA 2006).

Assim, a análise constituiria é um avanço teórico genuíno, pois permite que a doutrina do direito e a jurisprudência fizessem previsões mais refinadas sobre o resultado de barganhas fiduciárias entre os atores comerciais (FEITOSA, 2005).

No entanto, embora sua abordagem de transação produza importantes *insights* sobre estratégias de contratação específicas, paradoxalmente, a jurisprudência é incapaz de generalizar sobre estratégias de alocação de risco ou sobre a escolha de regras padrão que melhor implementam seus objetivos desejados (REALE, s/d).

Infelizmente, tanto a jurisprudência é impedido de fazer qualquer generalização (pelo menos com algum grau de confiança) pela lógica interna de seu modelo muito complexo de como as partes lidam com o risco. Além disso, o dilema da doutrina não é um fenômeno isolado. Outros doutrinadores como Pereira (2017)

apresentaram recentemente argumentos normativos adicionais em apoio a regras padrão mais complexas e particularizadas para contratos comerciais. Tomados em conjunto, esses argumentos desafiam tanto a sabedoria quanto a eficiência do estoque existente de regras de inadimplência generalizadas usadas por tribunais e legislaturas para preencher lacunas em contratos incompletos.

Para doutrinadores de contratos e direito comercial, esses desafios são revolucionários. A principal tarefa da lei de contratos comerciais é definir regras padrão para atores comerciais e outros participantes recorrentes que, presumivelmente, são bastante capazes de negociar alternativas personalizadas. A suposição convencional, portanto, é que em tais ambientes comerciais é mais importante para a lei ser certa (TERRA e BANDEIRA, 2015).

O argumento para regras padrão mais complexas e particularizadas, portanto, subverte uma premissa tradicional do direito comercial. Embora os participantes no debate sobre as regras padrão adotem abordagens radicalmente diferentes, todos eles lutam com o que parecem ser contradições fundamentais entre a teoria jurídica e a realidade (GICO JUNIOR, 2010).

Assim, por exemplo, a teoria da negociação sugere que preencher lacunas em contratos incompletos é um empreendimento complexo. As regras padrão ideais devem ser sensíveis ao ambiente de contratação e à natureza da relação contratual específica (ALVAREZ, 2006).

No entanto, a grande maioria dos termos contratuais implícitos é simples e categóricos. Além disso, a teoria sugere que os atores comerciais racionais prefeririam regras padrão que maximizassem os benefícios conjuntos da contratação. Mas as regras gerais do contrato são estruturadas em vez de simples alocações de risco binárias (FEITOSA, 2005).

Finalmente, a teoria diz que, ao preencher lacunas nos contratos, a lei deve conceber estratégias que reproduzam o acordo que os disputantes específicos teriam especificado. Ao contrário, no entanto, as regras de inadimplência contratual são amplamente insensíveis às nuances de determinadas configurações (TERRA e BANDEIRA, 2015).

Dadas essas contradições, não é surpreendente que um número de teóricos tenham concluído que as abordagens convencionais para formular normas são inadequadas. Na verdade, vários anos atrás, essas preocupações levaram alguns doutrinadores a defender regras pré-formuladas mais especializadas para variedades particulares de contratos relacionais (VENOSA 2006).

Cada uma dessas análises críticas adotou uma abordagem comum para o problema de inadimplência inadequada. Elas primeiro desenvolvem um modelo conceitual com uma perspectiva normativa clara. Depois disso, eles examinam se as regras legais refletem ou desviam da norma declarada. Embora essas perspectivas normativas sejam (coletivamente) perspicazes, elas também tendem a ignorar fatores racionalizadores que podem explicar os resultados jurídicos (GICO JUNIOR, 2010).

4 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A Teoria do Adimplemento Substancial nasceu no direito inglês no século XVIII com base em um problema enfrentando nos tribunais e que, nas condições modernas, vinha se tornando cada vez mais difícil de resolver, ou seja, quando permitir a recuperação pelo cumprimento substancial de um contrato? Como proposição prática, na construção de grandes edifícios, na execução dos contratos cada vez mais intrincados que as crescentes complexidades do comércio, da indústria, das finanças e da construção exigiam desvios da letra do contrato necessariamente ocorriam (LOBO, 2011).

Às vezes, esses desvios eram intencionais, muitas vezes acidentais, às vezes totalmente inevitáveis; ou podiam ocorrer por negligência do contratante. Na verdade, desempenho completo, ou mesmo desempenho substancial, como um advogado de uma época mais antiga teria entendido, é, quando se leva em conta as intrincações do mundo físico moderno da mecânica e do moderno, mundo um tanto metafísico do comércio e finanças, ocasionalmente impraticáveis, se não impossíveis (PEREIRA, 2017).

Neste sentido, os tribunais ingleses cada vez mais reconheciam as condições que tornavam o desempenho exato ou quase exato impraticável ou impossível e, portanto, tendiam a abandonar a lógica legalista estrita e as fórmulas tradicionais da lei. Eles têm lutado para encontrar uma solução para o problema de como alcançar um resultado equitativo em cada caso individual, sem privar a lei daquela medida de certeza que a lei exige (TEPEDINO e SCHREIBER, 2005).

No entanto, deve-se reconhecer que os esforços dos tribunais para alcançar a justiça individual no caso individual tenderam a tornar a lei um pouco mais incerta do que deveria ser, a tornar as partes de um contrato pouco incertas de seus respectivos direitos legais, da natureza e extensão do desempenho que seria exigido de cada um. Com bastante frequência, os tribunais de apelação, movidos por um desejo louvável de moldar a lei para os fins e necessidades de cada caso individual, basearam suas decisões em várias e diversas razões de nenhuma aplicabilidade geral ou solidez fundamental (ALVES, 2007).

Uma discricção um tanto ampla foi deixada para o julgador dos fatos. No Brasil, se originou do pensamento do jurista Clóvis do Couto e Silva, que vai de encontro ao cumprimento de uma obrigação que esteja muito próxima do resultado final, que, com embasamento da conduta das partes, tem por função excluir o direito de resolução (LOBO, 2011).

Isso ocorre em função da anulação da relação contratual seria uma solução arbitrária e extremamente exagerada e não atenderia os pressupostos da justiça. Assim, o intuito da lei é a preservação do negócio jurídico e o alívio proporcionado artigo 475 do Código Civil (CC), o que estabelece como solução para o conflito jurídico provocado por inadimplemento por parte do devedor, o que cria um vínculo proximal entre o Direito Civile a Carta Constitucional (SCHREIBER, 2007).

A Teoria surge no sentido de resguardar o direito de justiça para ambas às partes. Nas obrigações com objeto fungível, o devedor compromete-se a realizar toda a atividade necessária à consecução do objetivo último do contrato. E este fim é a satisfação do interesse do credor que decorre da finalidade prática incorporada na regra contratual. Por outro lado, nas obrigações específicas, o devedor, antes, exerce uma determinada atividade; deveres de conduta bem definidos e limitados pesam sobre ele. As possibilidades de cumprimento são mais amplas no primeiro tipo de obrigações (BUSSATTA, 2008).

No direito civil brasileiro, a doutrina considerou qual é o verdadeiro alcance da obrigação e seu objeto, e para isso o acento foi colocado no interesse do credor e sua posterior satisfação. O benefício pode ser entendido em dois sentidos, a) como comportamento efetivo do devedor que se confunde com o próprio cumprimento da obrigação, b) como plano ou projeto ideal inicialmente contemplado pelas partes no nascimento da relação obrigatória e que se espera que se torne realidade em um momento posterior (COSTA, 2016).

Esse plano ou projeto é o verdadeiro objeto da obrigação e não a coisa ou o fato sobre o qual incide; plano ou projeto que na sua execução se integre pela diligência que, por um lado, serve para determinar detalhadamente o seu conteúdo e, por outro, impõe ao devedor uma série de deveres acessórios cujo objetivo é a atividade prévia necessária à promoção da provisão e satisfação do interesse do credor (LOBO, 2011).

Em última instância, o dever de ser – o comportamento cometido pelo devedor – antes da própria conduta, da coisa ou do fato. Essa forma de compreender o objeto da obrigação permite a construção de um conceito amplo de inadimplência

que se identifica com qualquer desvio no comportamento do devedor em contraposição ao projeto inicial e ideal (ALVES, 2007).

Foi que isso que Clovis do Couto e Silva propôs em sua obra ao falar da Teoria do Adimplemento Substancial explicado que a obrigação o objeto é sempre aquele correspondente ao gênero, ou seja, aquele que deveria ser. No específico, por outro lado, podem ser contrastadas duas formas diferentes de compreensão do objeto (LOBO, 2011).

Assim, o objeto é o real, tal como é, independentemente de possuir ou não as qualidades que o contrato deve ter. Já a outra interpretação leva em conta que o objeto da obrigação não é o real, como é, mas o ideal previsto pelas partes; ou seja, o objeto real com todas as qualidades que o contrato deve ter (SCHREIBER, 2007).

Essa forma de entender o objeto acrescenta o autor, é aplicável, tanto às obrigações específicas quanto às genéricas: o objeto da obrigação do vendedor na venda é entregar algo conforme o contrato. Ele termina dizendo que o objeto não é a coisa como ela é, mas como deveria ser e isso faz com que a diferenciação entre o regime da obrigação específica e o da obrigação genérica perca sentido no que lhe interessa a conformidade da coisa (PEREIRA, 2017).

Amparada na distinção entre objeto real e ideal, o autor tem uma noção ampla de não cumprimento integral de todos os vícios que a prestação pode sofrer (quantitativos e qualitativos) (BUSSATTA, 2008).

Mas isso é o que diz a doutrina, já que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê o Adimplemento Substancial, ou seja, a Teoria encontra subsídios somente na doutrina que buscam materializar o instituto no direito pátrio. Mas isso não implica na sua não aplicação no direito brasileiro, já que ele é decorrentes dos princípios gerais contratuais (COSTA, 2016).

Neste sentido, embora não conste do ordenamento jurídico brasileiro, os tribunais utilizam a Teoria do Adimplemento Substancial com base no conteúdo da obrigação, ao seu objeto, agora entendido como deveria ser, o que idealmente é pactuado pelas partes, nas obrigações com finalidade fungível. Caberá, então, ao juiz avaliar - na resolução do conflito entre as partes quanto ao seu cumprimento ou incumprimento - a suficiência ou não da atividade exercida pelo devedor na execução da sua prestação e para tal deve, em primeiro lugar, interpretar e integrar a norma contratual e assim determinar qual é o objeto da obrigação (TEPEDINO e SCHREIBER, 2005).

O que o devedor prometeu (o dever de ser) e, posteriormente, considerará a devida diligência do devedor de acordo com aquela regra. A diligência que o devedor realiza no cumprimento corresponde à sua função de promover o cumprimento e é intrínseca à devida disposição e tem um caráter instrumental sobre o mesmo. A partir do artigo 771, do Código de Processo Civil está regulado a execução que depende da vontade das partes (ALVES, 2007).

Em obrigações específicas, o devedor também deve usar essa diligência do poder judiciário, porém, o dever de prestação do devedor é mais limitado. Se a coisa perecer ou passar para as mãos de terceiros ou se o devedor de uma obrigação de fazer muito pessoal for impedido de executar o ato prometido ou se for proibido por lei, não há mais nada a fazer, ou extingue-se a obrigação, se eles concordarem os requisitos da impossibilidade superveniente não imputáveis ao devedor. O credor não pode esperar outra atividade do devedor, exceto para exigir a transferência dos direitos que possui contra terceiros devido à impossibilidade objetiva da prestação (COSTA, 2016).

5 BUSCA E APREENSÃO DO VEÍCULO

O Decreto-Lei nº 911 de 1 de outubro de 1969 disciplinou as regras de buscas e apreensão alterando a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Esse decreto estabeleceu novas normas de processo sobre alienação fiduciária no Brasil. Diz o art. 1º do referido Decreto:

A redação da Lei nº 4.728 de 14 de julho de 1965 passa a ser: "A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal (BRASIL, 1969).

A Lei de 1969 (um período de exceção no Estado brasileiro que estava sob o domínio da ditadura militar) referiu-se expressamente à de constituição de fiducia r sem deslocamento sobre bens adquiridos a prazo se todos ainda não tiverem sido pagos. Assim a lei estabeleceu a constituição dessas garantias, que é o preço de aquisição fosse integralmente pago, a menos que a alienação fiduciária seja constituída justamente como garantia do preço diferido (BUSSATTA, 2008).

No caso da busca e apreensão do veículo, o referido Decreto-Lei também estabelece todas às regras pertinentes ao procedimento. Para que se estabeleça a regular existência de relação jurídica processual executiva, exige-se o cumprimento

de pressupostos gerais: petição inicial ou pedido inicial, não se deixando cair no esquecimento que no processo civil concede-se ao magistrado a iniciativa da busca e apreensão; a citação do devedor, existindo autores que a não admitem como tal, ao ponto de não entenderem tratar-se de intimação, como Teixeira Filho (2014), por exemplo; órgão julgador competente e imparcial; o exequente e o executado devem gozar de capacidade de serem partes no processo, que se não confunde com a *legitimatio ad causam* que é condição da ação relacionada na titularidade do direito material.

Os pressupostos processuais especiais ou específicos da busca e apreensão podem ser constatados no artigo 580 do CPC (o inadimplemento do devedor, que demonstra a exigibilidade da dívida) e no art. 583 do CPC (a existência de título executivo, pelo qual se certifica a certeza e liquidez da dívida). A doutrina de Theodoro Júnior é citada por Costa Silva (2015), enfatizando que o pressuposto do art. 580, CPC, guarda caráter prático ou substancial; e o do art. 583 tem natureza formal ou legal, ou instrumental.

Assim, a busca e apreensão compreenderá as decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo, e os acordos, quando não cumpridos. Também são executados na Justiça à custa processual objeto de certificação, as despesas processuais e as multas. Nascimento (2017, p. 571) adverte que:

O processo não tem expressado previsão de execução fundada em título extrajudicial; porém, caso se entenda que, com fundamento no CPC, art. 585, são títulos executivos judiciais o laudo arbitral, o documento público ou particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas do qual conste à obrigação de pagar quantia determinada e o instrumento de defensoria pública ou pelos advogados dos transatores, amplia-se a esfera dos títulos extrajudiciais. Nesse caso, o laudo arbitral proferido em decorrência de arbitragem seria título extrajudicial, o mesmo ocorrendo com o acordo,

Marques (2013, p. 640), de sua parte, lembra que a ação monitória prevê a formação de título executivo, para quem tiver prova escrita, uma carta do devedor reconhecendo o débito, por exemplo, trata-se de um procedimento rápido, que se inicia com a execução, em harmonia com os ideais do processo, com a modernidade e com o permissivo legal. Desta forma, é importante ressaltar que o processo, de um modo geral, tem por objeto a composição da lide, mediante a aplicação da lei abstrata ao caso concreto deduzido judicialmente.

Nesse caso, parece inadmissível uma lide a ser composta judicialmente no processo de execução. Destarte, sob o ponto de vista prático, o objeto do processo de execução é como já se ressaltou fazer atuar efetivamente determinado interesse, quando para compuser a lide não foi suficiente apenas à declaração de certeza do direito da parte (TEPEDINO e SCHREIBER, 2005).

O título judicial ou a relação jurídica processual autônoma pode estar contaminado de vícios ou defeitos, o que precipita a extinção do processo executivo. A lei adjetiva não munuiu o executado de meios de defesa. A arguição, por ele, visando à invalidade do título executivo ou da falta de pressupostos processuais ou condições da ação, será a determinada por ação incidental de embargos à busca e apreensão (ALVES, 2007).

Ao executado é possível impugnar a executividade de um título apresentado pelo exequente antes mesmo de ser realizada a busca e apreensão. A busca e apreensão é um ato de afetação patrimonial que tem o condão de atingir com severidade a esfera jurídica do executado, que é, em alguns casos, demandado injustamente (COSTA, 2016).

O ordenamento jurídico brasileiro possui um extenso elenco de título executivo, que propicia o desencadeamento de atos constrictivos, que às vezes não são desejados pelo direito, porém, o executado por sua vez, possui amplos meios de defesa, no caso, pode encantar nos autos suas razões por meio de via incidental de dos embargos à execução ou diretamente no processo de busca e apreensão, podendo assim, evitar o ato. (COSTA, 2016).

O título executivo é elemento autorizador da busca e apreensão, que em sede de embargos do executado procede-se a discussão objetivando dar razão a uma das partes. Não estando o título executivo presente, o juiz indeferirá *in limine* a busca e apreensão. Já este estando presente em face de sua eficácia abstrata permite a constrição do bem móvel (no caso o veículo) ou se discutir valor da obrigação, sua existência ou inexistência ficam adiados para o momento dos embargos à busca e apreensão (PEREIRA, 2017).

6 CONCLUSÃO

Para assegurar a eficácia da alienação fiduciária no ordenamento jurídico brasileiros resultantes de processo movimentado para solucionar conflitos de interesses resistidos o processo de busca e apreensão na alienação fiduciária foi garantido pelo Decreto-Lei nº. 911/1969. Este Decreto trata, com destaque da questão da alienação fiduciária, criando procedimento para os casos de alienação

fiduciária de bens moveis, dentre eles veículos automotores, estabelecendo um novo rito processual que garante o cumprimento da lei e da sentença.

Esse Decreto-Lei garante a execução, pela via judicial, do direito reconhecido ao seu titular sem a necessidade de colaboração do obrigado, ou seja, na execução indireta existe a atuação jurisdicional sobre a vontade do executado para que este realize a obrigação, como denominado no espaço jurídico como meios de execução.

Em síntese, o Decreto-Lei nº 911/1969 eliminou o processo autônomo de busca e apreensão, trazendo as fases de liquidação e cumprimento da sentença para dentro do processo de conhecimento.

Mas a alienação fiduciária tem adquirido novas teorias como a Teoria da Adimplemento Substancial que ainda não está pacificado na jurisprudência brasileira por não ter previsão legal nas normas nacional, embora alguns tribunais considerasse aspectos fundamentais da Teoria do Adimplemento Substancial.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, não permite que o devedor alegue adimplemento substancial para evitar a busca e apreensão do automóvel. Mas algumas decisões do STF permitem, o que demonstra uma divergência jurisprudencial no Brasil. Isso ocorre por que o Adimplemento Substancial, que já existe no direito inglês, desde o século XVIII, no Brasil não tem previsão legal, o que causa as decisões judiciais fundamentadas nas convicções pessoais do juiz. Já a doutrina a Teoria do Adimplemento Substancial, tem ponto pacificado já há algum tempo. Mas é importante ressaltar que o próprio STJ define que os casos devem ser analisados de forma individual. Fica evidente que o Brasil necessita de uma norma que estabeleça de forma definitiva a questão da Adimplemento Substancial, por que cessaria as divergências conceituais doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil, ficando dirimindo assim quaisquer dúvidas e interpretações variadas que dependem exclusivamente de interpretação individual de cada um;

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, A. B. **Análise econômica do Direito**: contribuições e desmistificações. Revista de Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC-Rio, n. 29, out. 2006.

ALVES, J. F. **A teoria do adimplemento substancial** (*substantial performance*) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. In: ____; DELGADO, Mário Luiz (coords.). Novo Código Civil (LGL 2002\400): questões controvertidas. São Paulo: Método, 2007. vol. 4.

ASSIS, A. de. **Manual do processo de busca e apreensão**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BECKER, A. **A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Volume 9. 1983.

BRASIL **Decreto Lei 911/69**. Disponível em >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965/1988/Del0911.htm< Acesso no dia 06 de outubro de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Brasiliense: 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo> RT, 1989.

BUSSATTA, E L. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção Prof. Agostinho Alvim.

CARMONA, C. A. **Títulos executivos no CPC**. In: **Processo de busca e apreensão e assuntos afins**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHALHUB, M. N. **Negócio Fiduciário**. 5 ed. io de Janeiro. Editora Forense, 2017.

CHEIRI, R. **C. Adimplemento Substancial: Prática Contratual e Critérios Qualitativos**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

CLARINDO, A. **S. Princípios da Teoria do Adimplemento Substancial**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, N. 89, junho de 2011. Disponível em: <http://goo.gl/ahgD3j>. Acesso em 05 de ut de 2020.

COSTA SILVA, A. Cs. **Tratado do processo de busca e apreensão**. 8 ed. Rio de Janeiro: Aide, 2015.

COSTA, M. J. de A . **Direito das obrigações**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

FEITOSA, M. L. P. de A. M. **O contrato como regulador e como produtor de riscos**. 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4507/3392>. Acesso em 05 de out de 2020.

GICO JUNIOR, I. T. **Economic Analysis of Law Review: metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito**. Distrito Federal: Grupo de Pesquisa em Direito e Economia, 2010. Disponível em Acesso em 05 de out de 2020.

GONÇALVES, C. **R. Direito Civil Brasileiro**. Volume III: Contratos e Atos Unilaterais. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, P. **Direito Civil: Obrigações**. 2ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011. P 195.

MARQUES, J. F. **Instituições de direito processual civil**. Campinas-SP: Millennium, 2013.

MARTINS, F. **A. A Boa-Fé Objetiva e sua malização no Direito das Obrigações Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, M. **Visão geral do Novo Código Civil. 2002**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2718/visao-geral-do-novo--codigo-civil/1>. Acesso em 6 de out de 2020.

SCHREIBER, A. **A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA FILHO, M. A. **Execução no processo civil**. São Paulo: LTr Editora, 2014.

TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. **A boa-fé objetiva no Código de Defesa do consumidor e no Código Civil (LGL 2002\400) de 2002**. In: PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coords.). **Código de Defesa do Consumidor (LGL 1990\40) e o Código Civil (LGL 2002\400) de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Ed. RT, 2005. Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 26.

TERRA, A. de M. V.; BANDEIRA, P. G. **A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos**. 2015. Disponível em: <HTTPS://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/80/183>. Acesso em 06 de out de 2020.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

[1] Mestre em Direito do Trabalho Faculdade de Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas em 2013 e professor do curso de Direito do CEULM/ULBRA, Manaus-AM, advocacia@rubensalves.com.br.

LEI MARIA DA PENHA E A LEI DO FEMINICÍDIO

VALDIRENE GOMES FERREIRA:

Graduada em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva destrinchar a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher, aludindo de forma breve e concisa sobre a lei Maria da Penha e a Lei do Femicídio. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, o qual reuniu-se artigos, livros e monografias com seus respectivos autores a fim de debater sobre o tema em questão. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, em virtude de debater sobre uma Lei, considerada um avanço significativo para as mulheres que sofrem violência dentro de casa. No desenvolvimento, dividiu-se a pesquisa em três partes: primeiramente, discutiu-se sobre o breve histórico da luta das mulheres, em seguida, analisou-se a Lei do Femicídio, e por fim, Lei Maria da Penha e a Constituição Federal.

Palavras-chaves: Lei Maria da Penha; Violência doméstica; Mulher.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI MARIA DA PENHA - 2.1 A LUTA PELOS DIREITOS DAS MULHERES - 3 A LEI DO FEMINICÍDIO - 4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI MARIA DA PENHA - 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

A mulher brasileira desenhou ao longo dos tempos uma história de dores e sofrimentos, porém com conquistas significativas. Essa mulher que é conhecida no mundo todo através de sua beleza e sensualidade, ainda traz consigo marcas de uma esperança por direitos iguais. Mulheres de todas as classes sociais, longe de se reduzirem a meros componentes passivos da sociedade, sempre tiveram as suas próprias áreas de influência e jamais deixaram de desempenhar papéis historicamente significativos, participando de modo essencial da construção do país e contribuindo decisivamente para seu desenvolvimento.

A violência contra a mulher é um fenômeno que tem sido amplamente estudado desde a década de 70 (Rocha, 2007) e movimentos feministas têm lutado para que a temática seja amplamente discutida, publicizada e que possam ser propostas políticas públicas nas diferentes esferas do Estado para prevenir e combater a violência perpetrada contra mulheres. Esse tipo de violência era

considerado como um problema de conhecimento apenas na esfera privada, uma vez que acontecia dentro dos lares e não tinha a mesma visibilidade que recebeu hoje com a legislação de apoio e proteção à mulher.

A problemática paira, basicamente, sobre os meios que buscam assegurar a assistência à vítima de violência doméstica e familiar que são fornecidos pelas políticas públicas, de acordo a Lei nº 11.340/2006 e observar os avanços trazidos pela Lei 13.104/2015, conhecida como a Lei do Feminicídio.

A pesquisa é justificadamente relevante tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, em virtude de debater sobre uma Lei, considerada um avanço significativo para as mulheres que sofrem violência dentro de casa. No desenvolvimento, dividiu-se a pesquisa em três partes: primeiramente, discutiu-se sobre o breve histórico da luta das mulheres, em seguida, analisou-se a Lei do Feminicídio, e por fim, Lei Maria da Penha e a Constituição Federal.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI MARIA DA PENHA

2.1 A LUTA PELOS DIREITOS DAS MULHERES

Desde os tempos antigos que as mulheres vêm enfrentando diversos de violências, em decorrência da sua sexualidade, quais sejam, violência sexual, física, patrimonial, psicológica e moral, sendo possível encontrar de forma explícita na própria Lei da Maria da Penha. É evidente que, por conta desse fato, torna-se inevitavelmente fundamental a criação de mecanismos que pudessem diminuir significativamente esse tipo de violência contra a mulher.

De acordo com Schreiber (2005), mesmo sendo um fato que ocorre desde muito tempo, haja vista, a cultura machista que permeia por toda a sociedade, criou-se a Lei 11.340 no ano de 2006, ou pode-se dizer “apenas” no ano de 2006. Sendo uma lei, que trata especificamente da violência doméstica contra a mulher.

O mesmo autor destaca, que tanto o homem quanto a mulher são tratados de forma desigual, em virtude da cultura impregnada na sociedade, há mais de dois milênios, propagando-se inclusive, com as escrituras e estudos de Platão, a qual afirmava com veemência à época, que a mulher não tinha a mesma capacidade intelectual ou racional, pelo fato de ter uma alma em tese, inferior a do homem.

Desse modo, certamente, ocorre a inferiorização da mulher, haja vista, a propagação desse tipo de pensamento, que faz com que muitos seres do sexo masculino acreditem que o ser do sexo feminino deve, por obrigação, ser subordinada, alegando, que estas não possuem mínima capacidade intelectual. Sabe-se que, mesmo a tese do Platão ser antiga e “velha”, muitos homens vivem com

esse tipo de pensamento ultrapassado atualmente, o que já não deveria mais ter, pois fica evidente, a luta e as conquistas que as mulheres tiveram nas últimas décadas, ganhando espaço na política, nas áreas de gerencia e etc.

Conforme Schreiber (2005) leciona em sua obra, que durante o período clássico, a razão/conhecimento sintetizou-se em Apolo (Deus da Razão), sendo, que, naturalmente, as ideias que se tinham, era justamente associado ao sexo masculino. Assim, por consequência, o ser do sexo feminino à época, tinha-se um olhar da sociedade como uma pessoa que tivesse alma inferior, encontrando-se na escuridão, vista também, como contrária/oposta a razão

Seguindo a mesma lógica, à época, os pensadores acreditavam que todas as mulheres deviam ser subordinadas, haja vista, ter o homem como alma superior. Desta forma, a mulher, em sua natureza feminina, sua alma era vista sensualmente/carnal, abusando-se tão somente a cobiça e a vaidade. (SCHREIBER, 2005).

Na década 20 do século passado, no Brasil, houve um destaque feminino reconhecidamente pela sociedade, tal qual, Bertha Lutz, onde travou uma luta intensa pelo voto feminino, sendo a representante e presidente da FBPF (Federação Brasileira pelo Progresso Feminino), tendo afirmado que o sufrágio era o instrumento considerado básico para se legitimar qualquer governo.

Houve um crescimento gradativo da luta feminina durante a década de 70, onde verificou-se maior notoriedade em relação a tal desigualdade. Esses movimentos permitiram que a mulher pudesse participar ativamente de debates, publicações, atividades e até mesmo, campanhas, para que fosse possível reivindicar sistematicamente todos os direitos, quais sejam, formação profissional, saúde e etc. Além disso, debateu-se constantemente sobre a violência sofrida em decorrência de sua sexualidade. (SCHREIBER, 2005).

Claro que, toda essa luta através de grupos e movimentos, deu-se lentamente, ocasionando diversas batalhas no campo dos debates e das manifestações. Antes disso, no Brasil, as mulheres sequer podiam votar, pois acreditava-se que por ser inferior ao homem, não podia gozar de direitos políticos, pelo fato de, não ter a "capacidade".

É evidente que toda a luta das mulheres, através de manifestações foram fundamentais e imprescindíveis para que houvessem tantas mudanças, socialmente falando. Em decorrência desses movimentos, a Organização das Nações Unidas, em meados da década de 70, inseriu o ano histórico, qual seja, ano internacional da

Mulher, na qual fora reconhecida de forma ampla, as desigualdades que encontravam-se os seres do sexo feminino.

Schreiber (2005) destaca que, a partir desse reconhecimento, pautou-se para o dia 8 de março o Dia Internacional da Mulher, com o intuito de todos lembrarem o quão as mulheres lutaram para que pudessem ser tratadas de forma igual, buscando-se, evidentemente, uma vida com mais justiça e de forma digna, melhorando-se também, suas condições na labor de seu trabalho, resultando-se, dessa forma, em uma sociedade que pregue pelo respeito e pela igualdade, independentemente do sexo da pessoa.

Nota-se que as lutas travadas pelas feministas, apesar dos altos e baixos, como qualquer outra batalha, focaram-se exatamente na questão ideológica. Assim, mantiveram sua força, por meio da mobilização das mulheres, para que pudessem conquistar seu espaço e conjuntamente seus direitos e conquistas. Tendo, por consequência, uma participação maior na sociedade, haja vista, que à época os homens comandavam unilateralmente.

Observou-se acima, uma análise breve e incisiva sobre a luta das mulheres para que pudessem gozar de mais direitos e participação. Desta feita, adentrando-se, especificamente a questão da violência doméstica, entende-se que no Brasil, os dados são alarmantes, crescendo vertiginosamente nas últimas décadas. Carneiro e Fragata (2012) admitem que em relação a essa informação, não se tem, hoje em dia, dados que sejam oficialmente confiáveis para que seja observado de forma pontual.

Trindade (2016) em seu artigo intitulado “ Lei Maria da Penha: Violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária”, discute a respeito da violência doméstica, afirmando que,

A violência contra a mulher constitui uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levam à dominação e à discriminação por parte do homem, impedindo o avanço pleno da mulher e lhe atribuindo um papel secundário. A essa violência, que nasce da superioridade imposta por um sexo ao outro – dos homens sobre as mulheres – e afeta toda a organização social, convencionou-se chamar violência de gênero, que é a violência sofrida pelo simples fato de ser mulher, sem distinção de raça, classe social, religião, idade ou qualquer outra condição, produto de um sistema social que subordina o sexo feminino. (apud Campos, 2008)

Apesar dessa cultura machista que persiste no nosso país, fazendo as mulheres sofrerem com diversos casos de preconceito, no intuito de diminuir/coibir esse tipo de sofrimento no que diz respeito a violência, inseriu-se no ordenamento jurídico, no ano de 2006, a Lei Maria da Penha, sendo considerada um marco na luta das mulheres contra a violência em decorrência de seu sexo, além da Lei do Femicídio, no ano de 2005.

3 A LEI DO FEMINICÍDIO

A Lei 13.104/2015, conhecida como Lei do Femicídio foi criada para incluir o tipo penal como qualificadora do crime de homicídio, transformando-o em crime hediondo, alterando o artigo 121 do código Penal Brasileiro. O intuito é reprimir os crimes de assassinatos cometidos em razão do gênero feminino, especialmente no âmbito doméstico e familiar ou em casos em que o crime foi cometido por razões de menosprezo ou discriminação à conduta de mulher

Inicialmente, vale esclarece que o Projeto de Lei nº 8305/2014, trazia em seu texto original a qualificadora feminicídio como sendo crime contra a mulher por razões de gênero, sendo modificada e aprovada como crime contra a mulher por razão do sexo.

Para dar continuação ao assunto, vale esclarecer o que se entende por gênero:

Os papéis de gênero são comportamentos aprendidos em uma sociedade, comunidade ou grupo social, nos quais seus membros estão condicionados para perceber certas atividades, tarefas e responsabilidades como masculinas ou femininas. Estas percepções estão influenciadas pela idade, classe, raça, etnia, cultura, religião ou outras ideologias, assim como pelo meio geográfico, o sistema econômico e político. Com frequência se produzem mudanças nos papéis de gênero como resposta às mudanças das circunstâncias econômicas, naturais ou políticas, incluídos os esforços pelo desenvolvimento, os ajustes estruturais e ou outras forças de base nacional ou internacional. Em um determinado contexto social, os papéis de gênero dos homens e das mulheres podem ser flexíveis ou rígidos, semelhantes ou diferentes, complementares ou conflituosos. (CEPAL, 2006, apud ONU DIRETRIZES..., 2015, p.31).

Compreender a questão e o que é gênero, facilita a compreensão a importância de se ter políticas públicas de proteção da mulher, uma vez que o gênero

vai além das questões naturais, pois é uma construção social, e como já visto, a mulher por muito tempo foi vista como o "sexo frágil", inferior e até mesmo incapaz.

A implementação de políticas que coibissem os crimes de violência contra a mulher foi uma pressão social e internacional, frente aos índices alarmantes de incidência no Brasil, sendo considerado o quinto país em que mais há casos de homicídios de mulheres no mundo (MAPA DA VIOLENCIA, 2015).

O feminicídio se configura quando é comprovada as causas do assassinato, devendo este ser exclusivamente por questões de gênero, ou seja, quando uma mulher é morta simplesmente por ser mulher. Feminicídio é o ponto extremo da violência que atingem as mulheres em sociedades marcadas pela desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino e por construções históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais, discriminatórias.

Segundo a socióloga Eleonora Menicucci, professora titular de Saúde Coletiva da Universidade Federal de São Paulo e ministra das Políticas para as Mulheres entre 2012 e 2015, feminicídio é um crime de ódio e seu conceito surgiu na década de 1970 para reconhecer e dar visibilidade à morte violenta de mulheres resultante da discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemáticas. "Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado. Ao contrário: faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam-se pelo uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e de barbárie", ressalta. (GALVÃO, 2017, não paginado)

O Feminicídio ocorre depois de séries de agressões físicas e psicológicas, como o espancamento, discriminação, tortura, violência e assédio sexual, entre outros, na maioria das vezes cometidos por pessoas com as quais as mulheres possuem laços afetivos (o que não exclui a prática do crime por estranhos). Cabe esclarecer que, apesar do sujeito passivo ser somente a mulher, o sujeito ativo do crime independe do gênero.

Para que o crime seja qualificado como feminicídio é necessária a caracterização deste tipo penal, através da superação de duas dificuldades: a equiparação entre os femicídios e os popularmente chamados de crimes passionais e a evidência de que as mortes de mulheres não são de delitos decorrentes da criminalidade comum

4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI MARIA DA PENHA

Com a promulgação da Carta Magna, no final dos anos 80, foi um marco para as mulheres, pois previa constitucionalmente os direitos humano e sua cidadania de forma plena. Lembrando que isso, deu-se, por conta da mobilização dos movimentos das mulheres, junto ao Congresso Nacional, para que fosse reconhecido igualdade de direitos, em detrimento da raça, etnia e gênero.

Além desse fato, o Estado reconheceu ainda os dois tratados que dispõe sobre os direitos das mulheres, quais sejam, Convenção da ONU sobre a Eliminação das formas de discriminação das Mulheres, e Convenção para que fosse erradicado a violência contra a mulher, através da prevenção e punição.

Desse modo, verificou-se a preocupação do Brasil, em “atualizar-se” culturalmente, deixando de lado, qualquer pensamento retrógrado e ultrapassado de uma sociedade machista e discriminatória. Menciona-se ainda, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe justamente sobre a adoção de normas e princípios de viés internacional.

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:

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como forma de trazer curiosidade para este estudo, oportunamente no ano de 1993, reconheceu-se pela primeira vez, a nível mundial, os direitos das mulheres como direitos humanos, através da Conferência sobre os Direitos Humanos, na Áustria. Passando a existir documentalmente, uma Declaração que dispõe especificamente sobre a violência contra a mulher.

Entende-se que a Lei Maria da Penha, ganhou influência da Carta Magna, mais especificamente do princípio da dignidade humana, que se encontra regulamentada no artigo 1º, e inciso III:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

Para Lima (2010), o princípio da dignidade humana, pode ser inserida em diversas formas interpretações e contextualização, mas, no seu sentido de valor, está intrinsecamente ligado a todos os direitos fundamentais constatados na Carta Magna, inserindo-se em todas as dimensões. Então, a partir do momento, que se reconhece um determinado direito fundamental, inerentemente tem-se o princípio da dignidade da pessoa humano.

Naturalmente, Otero (2011) aduz de forma simples e inteligente que, o princípio da dignidade humana, é sem dúvida, o princípio que rege todo ordenamento jurídico, tendo, portanto, uma natureza “sagrada”, a qual se torna, evidentemente, inalienável e irrenunciável.

Na lei 11.340/2006, observa-se claramente a preocupação do legislador em assegurar os direitos à todas as mulheres. Reconhecendo, nesse caso, os direitos que se equiparam a dos homens, evidentemente. Tal observância decorre do fato, de haver notoriamente uma disparidade de direitos entre ambos. Dito isso, cita-se abaixo um artigo que menciona sobre a Lei Maria da Penha, qual seja,

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda

forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

De acordo com Souza (2008), é evidente que todos os direitos deveriam ser iguais, já que ambos são seres humanos, porém infelizmente, se teve a necessidade de reiterar na norma infraconstitucional, mesmo já, ter sido amplamente destrinchado na Carta Magna. Observando-se na prática, é claro que não há, efetivamente o cumprimento.

Em relação ao artigo 3º em comento, observa-se claramente a questão do princípio da dignidade da pessoa humana, e Souza (2008) aduz que pertinentemente o legislador preocupou-se em delinear novamente na Constituição Federal, favoravelmente em relação a mulher, trazendo explicitamente o reconhecimento de seus direitos, cabendo, nesse caso, especificamente o Estado promover mecanismos para que a sociedade zele pelo respeito.

Observou-se que, o artigo supramencionado, notadamente focalizou estritamente em alcançar os direitos ditos fundamentais também aos seres do sexo feminino, isso porque, sabe-se que culturalmente os seres do sexo masculino acreditam ser donos da vida de suas esposas.

Objetivando explicar o porquê da elucidação dos direitos humanos novamente na Constituição Federal, Thiara Martini (2009) ao desenvolver seu trabalho de pesquisa “A lei Maria da Penha e as medidas de proteção à mulher” citou inteligentemente Cunha (2012), na qual observa que:

É inegável, historicamente, que a construção legal e conceitual dos direitos humanos se deu, inicialmente, com a exclusão da mulher. Embora os principais documentos internacionais de direitos humanos e praticamente todas as Constituições da era moderna proclamem a igualdade de todos, essa igualdade, infelizmente, continua sendo compreendida em seu aspecto formal e estamos ainda longe de alcançar a igualdade real, substancial entre as mulheres e homens. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher foi, dentre as Convenções da ONU, a que mais recebeu reservas por parte dos países que a ratificaram. E em virtude da grande pressão das entidades não-governamentais é que

houve o reconhecimento de que os direitos da mulher também são direitos humanos, ficando consignado na Declaração e Programa de Ação de Viena (item 18) que: 'os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. (apud Martini, 2009)

Então, sendo notório que há sim, desigualdades por conta do gênero na sociedade, buscou-se efetivamente o equilíbrio entre ambos os sexos, sobre os direitos fundamentais, pois observa-se que o homem historicamente se sente superior, bem como a mulher passou a sentir-se inferior, o que a fez buscar arduamente por essa igualdade, após passar por tanto sofrimento.

Ratificou-se, diante disso, no artigo 6º, que a violência no âmbito familiar, juridicamente viola os direitos inerentes aos humanos. Assim, parte-se também, para uma visão em que não basta tão somente haver uma previsão constitucionalmente falando, em relação a igualdade entre ambos os sexos, se não houver efetividade no meio social.

Porém, menciona-se que não há impedimento no sentido de de o próprio direito tratar desigualmente àqueles que são desiguais, e apesar da Carta Magna prevê de forma igual, independentemente do gênero, os seres humanos, percebe-se que na realidade atual, infelizmente não há concretude dessa regulamentação, cabendo a legislação infraconstitucional, se ater ao seu papel socialmente falando.

Martini (2009) leciona que:

Em suma, a Lei Maria da Penha, resguardou à mulher o exercício dos direitos trazidos nos artigos 1º, II e III; 3º, I, III, e IV; 4º II; 5º, I e §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal do Brasil de 1988, imputando possível, assim, a reabilitação das vivências sociais entre os gêneros, através da igualdade jurídica por ela declarada.

Assim, cumprindo-se incisivamente cada artigo, no sentido de resguardar os direitos das mulheres, por consequência, ter-se-á a garantia da igualdade entre ambos, pois se entende que a violência, de certo, é um dos principais pressupostos que fazem com que a mulher se sinta humilhada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em observância ao problema social da violência doméstica e familiar sofrida pelas mulheres com perspectiva de compreender como ocorre o processo de atendimento a essas vítimas no momento de maior fragilidade.

Apesar da preocupação com efetivação de leis mais rígidas em face à violência contra a mulher, a implementação da Lei de Feminicídio não foi capaz de atingir a eficácia esperada, que é inibir os casos de homicídio do gênero feminino, no que pese, os dados apresentados demonstram claramente o índice alarmante de aumento de crimes contra a mulher, principalmente o de feminicídio.

Há muito o que se modificar na sociedade brasileira, pois percebe-se que a violência contra a mulher ainda é vista pela maior parte da população como algo comum. Percebe-se que as medidas rígidas implementadas pelo Estado não surtem efeito direto na sociedade, o que demonstra que o problema é muito mais profundo do que a simples falta de rigidez em julgar os casos. Uma vez que a mentalidade de hierarquia entre os gêneros está enraizada na cultura brasileira.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei n .11.340 de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 02 de maio 2018.

CAMPOS, A. A. S. A lei Maria da Penha e a sua efetividade. Monografia. Curso de Especialização em Administração Judiciária. Universidade Estadual do Vale do Aracajú. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 maio de 2018

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica.** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo. Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

GIL, Antônio Carlos, Como elaborar projetos de pesquisa/Antônio Carlos Gil. - 4. ed. - São Paulo : Atlas, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Dos Crimes contra a pessoa - 7 edição rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2005 .(Coleção sinopses jurídicas) vol. 8

GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha, Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com Nome de Mulher**. Campinas: Servanda, 2007.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **A Renúncia das Vítimas e os Fatores de Risco à Violência Doméstica: da Construção à Aplicação do artigo 16 da Lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini . **Manual do direito penal II**: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 24. ed. Rev. E . atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo, RT: 2006.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública. O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. São Paulo: Almedina, 2007.

SILVA, Junior Edison Miguel da. **A violência de gênero na Lei Maria da Penha** . Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/26/2926>. Acesso em: 23 abril.2018

SOUZA, Luiz Antônio de, Kümpel, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006**. São Paulo: Método, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006**. Curitiba: Juruá, 2007.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

RAIANE OLIVEIRA DO AMARAL:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RESUMO: O presente estudo visa compreender a teoria da cegueira deliberada no Brasil, observando-se a sua aplicabilidade e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico no Brasil. A teoria da cegueira deliberada, busca solucionar os casos em que o agente, ignorando de forma deliberada dados penalmente relevantes á sua conduta provocando a realização de um resultado ilícito. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, por se tratar de um instituto que vem ganhando força a cada ano que passa, mesmo diante de inúmeras críticas dos doutrinadores, que afirmam contundentemente que essa teoria não corrobora com um julgamento justo, sendo inviável sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Como metodologia adotou-se a pesquisa bibliográfica, possibilitando-nos reunir artigos científicos, monografias e livros, que discutem sobre a temática, a fim de cumprir o objetivo proposto. No item 1, buscou-se compreender o contexto histórico da Teoria da Cegueira Deliberada; no item 2 foi realizado uma análise sobre os conceitos da Teoria da Cegueira Deliberada; por fim, discutiu-se especificamente acerca da aplicação da Teoria da Deliberação Deliberada na Justiça Brasileiro, evidentemente, caminhando em consonância com a incompatibilidade.

Palavras-chave: Teoria da Cegueira Deliberada; Aplicabilidade; Incompatibilidade.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO - 2. CONTEXTO HISTÓRICO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA - 3. CONCEITUAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA - 3.1 DA CEGUEIRA DELIBERADA EM SENTIDO ESTRITO. - 3.2 DA IGNORÂNCIA DELIBERADA. -4. DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO. 4.1. DO DOLO EVENTUAL. 4.2. DO ERRO DO TIPO. 4.3. DO DEVER DE CUIDADO. - 5 CONCLUSÃO - 6 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa em questão objetiva traçar uma análise técnica-jurídica sobre a Teoria da Cegueira Deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico no Brasil, apresentando, nesse caso, o modo como sua utilização de forma desenfreada pode acarretar riscos aos casos concretos.

A pesquisa é justificadamente relevante tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, por se tratar de um instituto que vem ganhando força a cada ano que passa, mesmo diante de inúmeras críticas dos doutrinadores, que afirmam contundentemente que essa teoria não corrobora com um julgamento justo, sendo inviável sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Metodologicamente, utilizou-se a pesquisa bibliográfica para o desenvolvimento da pesquisa, possibilitando-nos reunir livros, artigos e monografias, com seus respectivos autores para que fosse realizado um debate inteligente, breve e incisivo sobre o tema. Além disso, como forma de enriquecer ainda mais, selecionou-se algumas jurisprudências para análise.

No item 1, buscou-se compreender o contexto histórico da Teoria da Cegueira Deliberada, arquiando acontecimentos relevantes com o passar dos anos.

No item 2, foi realizado uma análise sobre os conceitos da Teoria da Cegueira Deliberada, aludindo dois seguimentos, quais sejam, cegueira deliberada em sentido estrito e ignorância deliberada.

E por fim, no item 3, discutiu-se especificamente acerca da aplicação da Teoria da Deliberação Deliberada na Justiça Brasileiro, evidentemente, caminhando em consonância com a incompatibilidade.

Diante disso, surge o seguinte questionamento: seria viável, de acordo com o que estabelece o nosso ordenamento jurídico, a utilização da Teoria da Cegueira Deliberada, ou tal mecanismo serviria apenas como válvula de escape de um sistema acusatório incapaz de comprovar seguramente a prática criminosa de determinado indivíduo, fazendo-se necessário condená-lo por meras presunções?

2. CONTEXTO HISTÓRICO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Tem sua origem na Inglaterra, porém foi nos Estados Unidos que popularizou-se, a Teoria da Cegueira Deliberada se define quanto o agente ver como possível e previsível a ocorrência do delito mesmo que minimamente, e por sua vontade espontânea nega e se cega com o objetivo claro de tirar proveito do fato, tendo por consequência, o recebimento de vantagens indevidas.

Foi no ano de 1861 que pela primeira vez foi adotada a teoria em questão, sendo conhecida como willful blindness. Julgamento a qual foi introduzida esta teoria, foi denominado em Regina v. Sleep, onde um agente embargou no seu navio um barril com parafusos de cobre, tendo nele, os símbolos do Estado, demonstrando-se daí, seu proprietário verdadeiro, ocasionando, portanto, em acusação de malversação pública.

Ocorre que, no fato supramencionado, o acusado afirmou que desconhecia que os objetivos eram de propriedade estatal, resultando-se, desse modo, em sua condenação, pelo argumento de que este esquivou-se de forma intencional, no sentido de ir atrás de informações sobre a origem dos objetivos, cegando-se voluntariamente.

Diante do fato ocorrido acima, os tribunais da Inglaterra passaram a adotar a teoria com mais frequência, sendo entendida que o agente voluntariamente se abstém de ter informações mais precisas sobre a possível conduta ilícita, tornando-se tal atitude equivalente aos que têm totalmente conhecimento do fato.

No ano de 1899, os Estados Unidos começaram a utilizar tal teoria, tendo como primeiro caso, o julgamento *Spurr v United States*. Tal fato se deu em decorrência de um gerente de um banco no país americano, ter recebido vários cheques de um homem, sem verificar se havia fundo ou não na referida conta.

Juridicamente na América, à época do caso, para que fosse tida como crime a ação do gerente do banco, era primordial que este conhecesse o regulamento na emissão de cheque, e tivesse, obviamente, a intenção dolosa em violá-lo.

Assim, os jurados instruíram-se que, bastava propositalmente e de forma voluntária ter se colocado em posição de cegueira, que este gerente seria condenado de modo que possuísse verdadeiramente o conhecimento.

Dito isso, tanto o país inglês quanto o americano, entenderam que a Teoria da Cegueira Deliberada poderia ser tratada equivalentemente e semelhantemente como uma forma de conhecimento do fato ilícito, fazendo-se com que cumpra a lei diante das lacunas ora deixadas legislativamente.

Evidentemente que a compreensão se tornou mais fácil, pelo fato dos países em questão ter como sistema, o common law, onde o julgador diante dos fatos, pode de forma livre julgar o fato, sem se ater completamente aos preceitos jurídicos-positivados.

Em 2005, adotou-se a referida Teoria pela primeira vez, no caso que várias pessoas em Fortaleza/CE, compraram veículos luxuosos à vista e em dinheiro vivo. De início, não havia motivos para suspeitar, porém, pouco tempo antes da referida compra, houve o cometimento de um roubo no Banco Central, tendo sido subtraído um valor em dinheiro alto.

E diante da situação, colaboradores que trabalhavam na concessionária a qual foi realizada a venda, foram condenados pelo crime de lavagem de dinheiro em

primeira instância com base na Teoria da Cegueira Deliberada, pelo fato de observarem o quão poderia ser visível a existência da ocorrência de um delito, mas preferiram não se importar ou enxergar a ilicitude, com o objetivo claro de beneficiar-se de toda a situação.

Por outro lado, na fase recursal, o Tribunal Regional Federal responsável pelo caso, fez o reconhecimento de que a condenação se deu com base teoria estrangeira em questão, a qual está atrelada a responsabilidade objetiva, onde o Direito Penal no Brasil combate fortemente, argumentando ainda em sua sustentação o não enquadramento do dolo eventual por parte dos funcionários, resultando-se, em suas absolvições.

Menciona-se que mesmo afastada no caso concreto apresentado, por conta da incompatibilidade com a legislação brasileira vigente, é interessante notar que cada vez a teoria em questão vem ganhando adeptos no Brasil, tendo presença predominante nos crimes de lavagem de dinheiro de capitais.

3. CONCEITUAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Há duas subdivisões para se compreender sistematicamente a teoria da cegueira deliberada, quais seja, a cegueira deliberada em sentido estrito e ignorância deliberada. De início, cumpre ressaltar que a cegueira deliberada está relacionada a imputação de modo subjetivo nos casos que voluntariamente se tem o desconhecimento.

Portanto, faz com que o agente escolha desconhecer o fato, mesmo sendo possível que haja o conhecimento, colocando-se nessa situação de cegueira, sem ter a responsabilidade de ter uma ação consequente, no sentido de adquirir vantagem de qualquer natureza.

A teoria torna-se relevante, pelo fato de que a alegação de não conhecimento desconstitui o elemento do tipo. Mirabete (2018) alude inteligentemente que,

Tendo-se em vista que o princípio da legalidade (em si e em seu subprincípio da taxatividade) exige a presença e representação de todos os elementos integradores da conduta prevista, o não conhecimento esvaziaria o conteúdo típico em certas situações. Isso porque a existência de elemento subjetivo (dolo, no caso) seria mandatória para a configuração do tipo, especialmente quando este não previu punição para a conduta culposa (MIRABETE, 2018).

Nas duas situações, o indivíduo mesmo se pondo no lugar de não conhecimento do ilícito, notadamente não espera que venha a sofrer as consequências ilícitas após o obscurecimento.

Diante das análises, abaixo seguir-se-á a distinção das duas acepções.

3.1 DA CEGUEIRA DELIBERADA EM SENTIDO ESTRITO.

O sentido estrito da cegueira deliberada é entendido como um fato em que o indivíduo voluntariamente desconhece o ilícito antes da concretização da conduta delituosa.

Desse modo, a partir do momento em que este coloca-se em situação de cegueira deliberada faz com que seja evitado o conhecimento, portanto, ao se concretizar o crime, alegará o desconhecimento de se tratava de uma conduta antijurídica, evitando-se, como consequência, a responsabilidade de responder criminalmente, mesmo adquirindo benefícios e vantagens.

Trazendo como exemplo de tal conceito, Oliveira (2018) depreende que ocorre quando “o indivíduo prevê que algum dia pode vir a virar réu em um processo pelas atividades que pratica e, antes que surja qualquer problema orienta o porteiro do prédio a nunca receber correspondências judiciais”.

3.2 DA IGNORÂNCIA DELIBERADA.

Já em relação a ignorância deliberada, está atrelado a um fato em que o agente pode ter informações mais detalhadas acerca do acontecimento, mas decide não tê-las, resultando-se daí, a incerteza.

Assim, inicialmente ressalte-se que as informações na prática devem estar aparentes, tendo-se minimamente um esforço pra se conheça de fato a conduta delituosa da situação, utilizando-se como base a possibilidade de um homem médio ter esse conhecimento.

Optando-se pela ignorância deliberada, o indivíduo acaba por evitar o entendimento sobre o fato e, evidentemente, o dever de agir junto a possível responsabilidade jurídica, conquistando ainda uma vantagem que pode ou não ser econômica.

Oportunamente, há de ressaltar que tal item, perpassa por mais dois seguimentos, quais sejam, ignorância voluntária e ignorância provocada. A primeira está adstrita ao indivíduo colocar-se em estado de ignorância, para que possa daí, evitar que responda pelas consequências que pode sofrer a partir do conhecimento.

Já a segunda se trata realmente da ignorância pura, onde não há possibilidade de ter responsabilidade jurídica, visto o indivíduo de fato não sabe nada sobre o fato delituoso.

Nesse sentido Oliveira (2018) observa que

(...) o agente que se encontra em ignorância provocada não tem dúvidas acerca dos fatos, pois ele nem ao menos desconfia da existência de um ilícito. Esta falta de desconfiança pode advir de duas situações: a primeira em que existe um vínculo de confiança entre o colocado em ignorância e o que colocou; na segunda, a obtenção do conhecimento levaria a um esforço elevado que, por conseguinte acabaria por violar um direito. Em exemplos subsequentes temos: “[...] um amigo que pede para outro segurar um pacote momentaneamente enquanto ele vai ao banheiro; nesse pacote há drogas e a polícia as apreende durante a ausência do amigo” e o caso de transporte de cofre o qual encontra-se fechado, não sendo possível sua abertura sem que haja violação a direito.

De acordo com Neisser e Sydow (2017) para complementar o entendimento acerca a ignorância deliberada, é fundamental tecer alguns requisitos:

(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’. (NEISSER e SYDOW, 2017)

Diante dos eixos alinhados concretamente acima acerca da conceituação da teoria estudada na pesquisa, abaixo denotar-se-á inteligentemente acerca da aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

4. DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO.

Neste item será discutido sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada, onde o direito brasileiro equipara com o dolo eventual. No entanto, abaixo demonstraremos que a utilização do instituto dolo eventual para que se justifique a utilização da teoria em questão é insustentável. Demonstrando-se ainda, sua incompatibilidade com o instituto do erro do tipo.

4.1. DO DOLO EVENTUAL.

O crime doloso está disposto no artigo 18 do Código Penal do Brasil, onde “diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;”.

Portanto, o indivíduo que quer o resultado conscientemente ou assume o risco de que seja produzido, está cometendo um crime doloso, tendo respectivamente a atribuição do dolo direto e indireto. O dolo indireto, no qual é assumido o risco, subdivide-se em dolo alternativo, onde o indivíduo independente do resultado se satisfaz; e, dolo eventual, onde o agente mesmo não desejando que o resultado aconteça, assume da mesma forma o risco de fazer com que aconteça, assumindo-o.

Portanto, entende-se que o dolo eventual é, de acordo com Oliveira (2018) “(...) a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro”.

Então, percebe-se que o indivíduo no primeiro caso, busca determinadamente o resultado de modo direto, conquanto ao segundo, mesmo não querendo de fato que ocorra o resultado, fica indiferente ao que pode acontecer.

Nesse sentido, Mirabete ao dispor acerca do artigo 18, inciso I, do Código Penal:

Na segunda parte do inciso em estudo, a lei trata do dolo eventual. Nessa hipótese, a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; o que ele quer é algo diverso,

mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não o detém e ele pratica a conduta, consentindo no resultado. Há dolo eventual, portanto, quando o autor tem seriamente como possível a realização do tipo legal se praticar a conduta e se conforma com isso (MIRABETE, 2018).

A partir da leitura do caso narrado acima, observa-se claramente que o indivíduo mesmo prevendo a ilicitude do ato, não toma as medidas para que diante de sua conduta não aconteça, decidindo-se por manter, consentindo, portanto, com o resultado, em virtude de ter assumido o risco de produzir.

Dito isso, mesmo conhecendo os riscos de sua conduta, não importa-se com as responsabilidades do seu ato, no momento em que não interrompe. Agindo, desse modo, imprudentemente, porém com a crença que nada irá ocorrer em decorrência de sua conduta.

Em casos específicos, há um entendimento jurisprudencial no Brasil a aplicação da cegueira deliberada, fazendo-se com que seja equiparado ao dolo eventual, como bem se demonstra na decisão abaixo da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...]

Diante de todos os elementos colhidos nos autos, não restam dúvidas de que a insurgente realmente cometeu o crime contra a ordem tributária, consistente em fraudar a fiscalização tributária, omitindo operação em livro exigido pela lei fiscal, nos termos do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, não havendo que se falar em insuficiência probatória, tampouco em atipicidade da conduta. Ora, não parece minimamente crível que a apelante, que é técnica contábil, possuindo amplos poderes de gestão na empresa, desconhecesse uma fraude fiscal da ordem de mais de dois milhões de reais, montante este que a beneficiava diretamente. Em verdade, verifica-se que, no caso concreto, afigura-se perfeitamente aplicável a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (ostrich instructions), ou, ainda, doutrina da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine), segundo a qual o agente, voluntariamente, se coloca em uma situação de desconhecimento para, com isto, tentar furtar-se de sua

responsabilidade penal, optando, deliberadamente, por não enxergar determinada conduta, assentindo, porém, com o resultado desta, a evidenciar, assim, verdadeira modalidade de dolo eventual. Importante salientar que, para a aplicação da referida teoria, faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) o conhecimento, por parte do agente, da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade ilícita; b) que tenha ele condições de aprofundar o seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e c) que tenha agido deliberadamente de modo a permanecer indiferente a esse conhecimento.

[...]

Porém, cumpre ressaltar que equiparar o dolo eventual junto a cegueira deliberada não é suficientemente justificável que seja aplicado corretamente no ordenamento jurídico brasileiro, vez que há uma diferença clara entre ambas os itens.

Os conceitos de cegueira deliberada e dolo eventual são diferentes, conectando-se apenas no conhecimento efetivo, onde obviamente não há. No dolo eventual, se tem o conhecimento, mesmo que não seja diretamente do resultado e, claro, o risco de que seja produzido. Já quanto a cegueira deliberada, há uma potencial ocorrência de ilicitude, sem que haja por parte do indivíduo uma preocupação com o dever do cuidado em saber exatamente o que está efetivamente ocorrendo.

Nesse liame, Oliveira (2018) faz um destaque, afirmando que:

No dolo eventual a um prognóstico feito pelo agente que o prosseguimento da conduta atual poderá afetar um bem jurídico. Já na cegueira deliberada há uma possibilidade de ocorrer uma ofensa a um bem jurídico, porém esta possibilidade é incerta, tendo em vista que o agente não possui conhecimento efetivo, portanto, a conduta do agente é circundada de variáveis, assim, quem se coloca em desconhecimento não necessariamente atingira o resultado (OLIVEIRA, 2018).

Há de se ressaltar que a possibilidade de fazer com que tais institutos sejam equiparados, traz notadamente a possibilidade de utilizar-se como base no direito penal, mesmo sendo além do que é previsto pelo legislador.

No mais, fica nítido através das ponderações acima mencionadas que utilizar-se do dolo eventual para que se faça uma equiparação com a Teoria da Cegueira Deliberada é efetivamente insuficiente, visto que não se tem a abrangências de todos os requisitos.

4.2. DO ERRO DO TIPO.

Quanto ao erro e ignorância, Nucci traz os conceitos abaixo com destaque:

O erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo); a ignorância é a falta de representação total do objeto (trata-se de um estado negativo). Erra o agente que pensa estar vendo, parado na esquina, seu amigo, quando na realidade é um estranho que ali se encontra; ignorância, por seu turno, é o estado do agente que não tem a menor ideia de quem está parado na esquina. (NUCCI, 2018)

Ressalte-se que a autora ainda verifica que no ordenamento jurídico penal brasileiro prevalece a teoria da unificação, ou seja, a unificação dos dois conceitos, o que leva às mesmas, consequências jurídicas iguais.

No entanto, a ignorância descrita acima refere-se à ignorância pura, que não deve ser confundida com ignorância provocada

No artigo 20 do Código Penal, está descrito o erro do tipo sendo, "o erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei".

Denota-se que esse erro é um equívoco da realidade, portanto, quando um agente desenvolve um comportamento sem saber que está cometendo um crime. Exemplo típico desse fato, é o caçador que percebe uma movimentação estranha e, conseqüentemente atira, acertando seu companheiro, errando, portanto, o elemento constitutivo do tipo, tal qual matar alguém

O erro sobre o tipo possui dois seguimentos, quais sejam, o vencível ou invencível. O primeiro se refere quando um indivíduo tem possibilidade de fazer a averiguação da melhor forma, no sentido de não errar, excluindo-se, por consequência, o dolo, porém responde normalmente a título de culpa, quando evidentemente haver previsão legal.

Quando ao segundo, qualquer pessoa erraria estando na mesma situação, tornando-se o fato atípico, em virtude de excluir tanto o dolo quanto a culpa.

Por outro lado, quanto a cegueira deliberada denota-se que esta tem uma reprovabilidade de grau maior, visto que o indivíduo além de criar o risco, faz com que seja elevado através de sua desidiosa postura.

A sua diferença escancara-se quando observada a vencibilidade, pois na teoria em análise há a criação da situação de desconhecer o fato, demonstrando-se claramente estar de frente com algo que pode ser evitado.

Dito isso, mesmo que haja aparentemente uma certa semelhança, não se pode confundir.

4.3. DO DEVER DE CUIDADO.

Além disso, como base justificável para que seja aplicado a teoria em comento na Justiça Brasileira, juristas mencionam a obrigação do dever de cuidado. Assim, denota-se que, a questão reprovável decorre da situação que se há a expectativa de uma determinada ação.

No ordenamento jurídico no Brasil, se tem a duas formas de se aplicar a teoria o dever de cuidado. Sendo que a primeira forma, está previsto no artigo 12, parágrafo 2º do Código Penal, prevendo-se que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Portanto, se percebe que se torna relevante no ato de se verificar e não de se investigar tal suspeita. Sendo daí, a omissão como chave para que seja obtido o resultado na teoria da cegueira deliberada em sentido amplo.

A outra forma, se dá em decorrência da culpa por negligência. Desse modo, quando deveria agir de outra forma, não o faz, acarretando a violação do dever de cuidado. Resumindo, quando não verifica mesmo tendo a suspeita sobre os fatos, viola o dever de cuidado.

Desse modo, Luchesi (2018) observa que,

[...] quando alguém está ciente de que a conduta que se está prestes a praticar poderia impor risco substancial e injustificável a outros, adquirir-se-ia o dever de investigar utilizando-se de meios razoáveis se tais riscos poderiam realmente se materializar (LUCCHESI, 2018).

No mais, fica nítido que a questão do dever de cuidado pode ser bem melhor aplicado através da ignorância deliberada.

5 CONCLUSÃO

No decorrer desta pesquisa acadêmica, descobrimos que a "teoria da cegueira deliberada" é a teoria mais recente em nosso sistema jurídico. Essa teoria tem sido aplicada recentemente em alguns casos em nossos tribunais, como o roubo do Banco Central, a Operação Lava Jato e o conhecido Processo Criminal 470 de Mensalão, ponto que o ministro do Supremo Tribunal Federal chegou a mencionar. Mas ainda existem grandes controvérsias sobre sua aplicação

Segundo relatos, o surgimento da teoria no direito estrangeiro é fruto do entendimento do direito inglês e é amplamente utilizado na ordem norte-americana, tendo sua origem no sistema de common law.

Tendo em vista a sua aplicação recente em nosso sistema, o debate sobre a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no âmbito do dolo eventual existe, causando muitas críticas e polêmicas, em virtude das características envolvendo o Erro de Tipo e responsabilidade criminal objetiva.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A V. Teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/teoria-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro.htm#indice_3. Acesso em: 01 de setembro de 2020

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL. Vade mecum. legislação: método / [organização equipe método]. - 9. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no brasil. -1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de direito, volume 1: parte geral – arts. 1º A 120 do CP. 33. Ed. Rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2018.

NEISSER, F; SYDOW, S T. Cegueira deliberada só pode ser aplicada se preencher oito requisitos. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/opiniaao-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-oito-requisitos>. Acesso em: 01 de setembro de 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 14. ed. rev., atual. e ampl. - [2.Reimpr.] - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, D S P. A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77267/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR E A LEI 13.010/2014

JULIANNA SOARES DE OLIVEIRA:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus CEULM/ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA¹

(orientador)

RESUMO: A Violência Intrafamiliar e a violência a quem se refere a lei 13.010/2014, ou seja, a crianças e adolescentes, tem demonstrado maior crescimento desde que analisados seus dados estáticos, ademais, em paralelo, tem-se a falta de políticas públicas bem como o acúmulo de legislação sobre a temática. Com o relevante crescimento do índice de violência contra crianças e adolescentes no âmbito intrafamiliar, tem-se a necessidade de conhecer mais da causa desse aumento e buscar soluções que visem em primeiro plano a prática de políticas públicas. Como objetivo principal busca-se no presente artigo analisar os dados da estatística brasileira do índice de violência contra crianças e adolescentes no âmbito familiar e ponderar sobre os meios aplicados para o manejo das redações legislativas vigentes.

Palavras-chave: Violência Intrafamiliar, Criança; Adolescente; Lei 13.010/2014.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A violência intrafamiliar e a lei 13.010/2014: 2.1 Violência Intrafamiliar; 3. Lei 13.010/2014 – Lei Menino Bernardo; 4. A Violência Intrafamiliar e a Lei 13.010/2014; 5. Considerações finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Violência Intrafamiliar definida como toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família ainda continua de forma muito presente na sociedade brasileira, por se concretizar das diversas formas citadas, tornando-se uma realidade cruel com índices cada dia mais alarmantes.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA, Especialista em processo judicial, Especialista em docência e gestão do ensino superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Advogado e autor de livros.

Dentro desse contexto encontram-se os mais vulneráveis de que trata a lei 13.010/2014, as crianças e os adolescentes submetidos a castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradantes.

Partindo da definição de ambos os institutos e da própria redação na legislação vigente, o presente trabalho tem a finalidade de demonstrar a relação que há entre eles e buscar soluções viáveis para a amenização ou até mesmo a extirpação desse mal enraizado na nossa sociedade.

2. A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR E A LEI 13.010/2014

2.1 VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

A Violência Intrafamiliar, segundo Ferrari (2002) *"A VIF determina um padrão de relacionamento abusivo entre pai, mãe e filho, que leva ao desencontro, à estereotipia e à rigidez no desempenho dos papéis familiares.* (Ferrari, 2002, grifo da autora, p. 81).

A cerca da temática o Ministério da Saúde em 2002 publicou Caderno de Atenção Básica voltado à questão da Violência Intrafamiliar que a define como:

"toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família. Pode ser cometida dentro ou fora de casa por algum membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir função parental, ainda que sem laços de consanguinidade, e em relação de poder à outra." (Violência Intrafamiliar, orientações para prática em serviço, Caderno de Atenção Básica nº 08, 2002, p.17).

Ainda Segundo o Ministério da Saúde;

"O conceito de violência intrafamiliar não se refere apenas ao espaço físico onde a violência ocorre mas também as relações em que se constrói e efetua." (Violência Intrafamiliar, orientações para prática em serviço, Caderno de Atenção Básica nº 08, 2002, p.17).

3. LEI 13.010/2014 – LEI MENINO BERNARDO

A lei 13.010/2014, denominada Lei Menino Bernardo e popularmente conhecida como Lei da Palmada, visa coibir a prática de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante em crianças e adolescentes, modificando o artigo 13 e incluindo no

Estatuto da Criança e do Adolescente os artigos 18-A, 18-B e 70-A, com a seguinte redação:

“Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

a) sofrimento físico; ou

b) lesão;

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

a) humilhe; ou

b) ameace gravemente; ou

c) ridicularize.

“Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer

outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;

V - advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.”

“Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

I - a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

III - a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança

e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

IV - o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente;

V - a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo;

VI - a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção."

4. A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR E A LEI 13.010/2014

Partindo da definição de ambos os institutos e da própria redação prevista na legislação vigente, é notório que no Brasil a violência contra crianças e adolescentes ocorridas em ceio familiar vê-se distante do fim, quando analisados os dados estáticos que tratam do índice desse tipo de violência.

Segundo a Sociedade Brasileira de Pediatria (2019):

"No Brasil, todos os dias, são notificados, em média, 233 agressões de diferentes tipos (física, psicológica e tortura) contra crianças e adolescentes com idades de até 19 anos. Somente em 2017, a soma desses três tipos de registro chega a chega a 85.293 notificações. Boa parte dessas situações acontece no ambiente doméstico ou têm com autores pessoas do círculo familiar e de convivência das vítimas. Os dados foram

extraídos pela Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) do Sistema Nacional de Agravos de Notificação (Sinan), mantido pelo Ministério da Saúde (MS).

Desse total de casos notificados pelos serviços de saúde, 69,5% (59.293) são decorrentes de violência física; 27,1% (23.110) de violência psicológica; e 3,3% (2.890) de episódios de tortura. O trabalho não considerou variações como violência e assédio sexual, abandono, negligência, trabalho infantil, entre outros tipos de agressão, que serão abordados pela SBP em publicação a ser divulgada em 2020.

Ao analisar a série histórica cobrindo o período de 2009 a 2017 (informações mais recentes disponíveis), o volume de agressões chega a 471.178 registros. Impressiona que desde a implantação dessa plataforma, os registros têm crescido de forma consistente. No seu primeiro ano de funcionamento, foram 13.888 notificações (média de 38 por dia). Oito anos depois, esse volume cresceu 34 vezes.” Sociedade Brasileira de Pediatria (2019).

Ainda de acordo com a Sociedade Brasileira de Pediatria usando de dados do Sistema de Informações de Agravos de Notificação (Sinan), enfatizando o sexo e a idade das vítimas:

“SEXO - *A base de informações acumulada pelo Sinan permite detalhar o perfil dos agredidos, o que serve como subsídios para delinear políticas públicas específicas. Dentre as conclusões que os números permitem está distribuição das vítimas por sexo. Na análise, fica evidente que as crianças e adolescentes do sexo feminino são alvos preferenciais, sem grande variação ao longo dos anos.*

Em 2017, foram 53.101 notificações contra meninas, ou seja, 62,2% mais casos do que os registros em garotos (32.169). Em 2009, as ocorrências envolvendo somente as jovens somaram 8.518 (61%). Em 2016, esse índice foi de 59% (41.065 ocorrências). Quanto às faixas etárias, o comportamento dos dados é semelhante, com uma tendência de evolução no tempo e a distribuição proporcional por grupos de idade se mantendo em percentuais parecidos.

IDADES - Pelos dados do Sinan, as populações pediátricas em situação de maior risco à violência são os faixas de 10 a 14 anos (com 20.773 ocorrências em 2017) e de 15 aos 19 anos (44.203 notificações no período). Juntas, elas contabilizam 66.976 casos. Em 2009, esses dois segmentos somaram 9.309. Entre 2009 e 2017, o volume de notificações em jovens de 10 a 19 aumentou sete vezes." Sociedade Brasileira de Pediatria (2019).

Para melhor análise segue o gráfico a seguir com dados do Ministério da Saúde/SVS – Sistema de Informações de Agravos de Notificação (Sinan):

Violência Física, Psicológica/Moral e Tortura praticada contra Crianças e Adolescentes (0 a 19 anos)

VIOLÊNCIA FÍSICA										
Faixa Etária	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Menor de 1	472	837	1.339	1.774	1.705	1.511	1.742	1.643	2.886	13.909
1 a 4	884	1.450	1.917	3.028	2.885	3.329	3.442	3.699	4.247	24.881
5 a 9	1.291	2.016	2.709	3.975	3.922	4.182	4.522	4.696	5.235	32.548
10 a 14	2.279	4.117	6.136	8.575	9.669	10.215	10.140	10.741	13.372	75.244
15 a 19	4.164	7.437	12.668	18.992	22.368	24.426	25.755	27.307	33.553	176.670
Total	9.090	15.857	24.769	36.344	40.549	43.663	45.601	48.086	59.293	323.252

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA OU MORAL										
Faixa Etária	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Menor de 1	132	300	420	477	548	405	520	487	991	4.280
1 a 4	570	802	1.107	1.445	1.530	1.647	1.757	2.018	2.304	13.180
5 a 9	1.047	1.658	2.244	2.948	3.131	3.044	3.401	3.693	3.798	24.964
10 a 14	1.420	2.495	3.621	4.703	5.441	5.465	5.499	5.761	6.610	41.015
15 a 19	1.156	2.093	3.547	5.177	6.225	6.973	7.768	7.714	9.407	50.060
Total	4.325	7.348	10.939	14.750	16.875	17.534	18.945	19.673	23.110	133.499

TORTURA										
Faixa Etária	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Menor de 1	22	41	61	65	71	55	74	80	138	607
1 a 4	51	96	83	123	139	168	185	235	300	1.380
5 a 9	110	160	193	231	268	260	296	356	418	2.292
10 a 14	147	267	367	471	510	512	498	577	791	4.140
15 a 19	143	272	508	630	729	739	855	889	1.243	6.008
Total	473	836	1.212	1.520	1.717	1.734	1.908	2.137	2.890	14.427

Fonte: Ministério da Saúde/SVS - Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À priori é possível concluir ao analisar os dados estáticos, que apesar de outros dispositivos legislativos quais sejam, a Constituição Federal Brasileira que em seu Art. 1º, III, traz a previsão do princípio da dignidade das pessoa humana e a Declaração

Universal dos Direitos Humanos, que em seus 30 artigos buscam o respeito a direitos e liberdades básicas a quaisquer ser humano, apesar de antecederem o desdobramento da Lei 13.010/2010, ainda não se foi estabelecido parâmetros que tornem a aplicabilidade dos mesmos mais eficaz.

É notório que, não há a falta de legislações vigentes para combater esse mal e sim, à falta de políticas públicas que até então torna mais suscetível a disseminação deste tipo de violência, que vitimiza a inúmeras crianças e adolescentes perdendo por vezes a sua vida, a exemplo da própria criança, Bernardo Boldrini que a lei carrega consigo em sua definição.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 13.010/2014 de 26 de Junho de 2014, Lei menino Bernardo, Brasília, DF, jun 2014.

Ferrari, D. C. A. (2002). Definição de abuso na infância e na adolescência. In D. C. A. Ferrari & T.C.C. Vecina (Orgs.), O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática.

Hebe Signorini Gonçalves; Ana Lúcia Ferreira, A notificação da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes por profissionais de saúde, 2001; Cad. Saúde Pública [online]. 2002, vol.18, n.1, pp.315-319. ISSN 1678-4464. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2002000100032>.

Vanessa Ruiz Vaz Gomez; Marina Rezende Bazon; Associação entre indicadores de maus tratos infantis e presença de problemas desenvolvimentais em crianças em início de escolarização; Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. vol.24 no.2 São Paulo 2014.

Vânia Conselheiro Sequeira, Manuela Monti e Fernando Marques Oliveira Braconnot, Conselhos tutelares e Psicologia: Políticas públicas e promoção de saúde; Psicol. estud. vol.15 no.4 Maringá Oct./Dec. 2010.

Violência Intrafamiliar, orientações para prática em serviço, Caderno de Atenção Básica nº 08, 2002.

UMA REFLEXÃO SOBRE A INCLUSÃO DA LEI DO FEMINICÍDIO (Nº 13.104) NO ROL DE CRIMES HEDIONDOS COMO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO MUNICÍPIO DE MANAUS

ANA KAROLINE DE SOUZA FERREIRA:

Bacharelada do curso de Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA/AM. e estagiária do Tribunal de Justiça do Amazonas.

RESUMO: Há vários tipos de violência contra as mulheres, entre as agressões mais recorrentes pode-se citar as de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial, com a eventual ocorrência de uma dessas agressões as chances de morte por assassinato de mulheres pautado em preconceito de gênero acontecer são muito maiores, ou seja, se houvesse a devida prevenção de crimes de agressão, o desfecho final não seria a morte.

PALAVRAS-CHAVE: feminicídio, violência contra mulher, crimes hediondos, preconceito.

ABSTRACT: There are several types of violence against women, among the most recurrent aggressions we can mention those of a physical, psychological, sexual and patrimonial character, with the eventual occurrence of one of these aggressions the chances of death by murder of women based on gender prejudice happen are much greater, that is, if there were due prevention of crimes of aggression, the final outcome would not be death.

KEYWORDS: femicide, violence against women, heinous crimes, prejudice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 1.2. A inclusão da lei do feminicídio. 1.3. O que é Feminicídio. 1.4. Feminicídio: uma realidade brasileira. 1.5. Mulher e Violência. 1.6. O Brasil e o desafio da proteção às mulheres vítimas de violência. 2. Considerações finais. 2.1. O combate da violência contra a mulher. 2.2. Feminicídio x femicídio. 3. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O feminicídio é um tipo de crime doloso, aquele em que há intenção de matar. É o assassinato de uma mulher em razão de gênero, da condição do sexo feminino. O autor do fato, geralmente, é pessoa próxima à vítima, não necessariamente tem uma relação amorosa, mas quer demonstrar uma superioridade em relação à mulher (METZKER, 2020).

Em 2015, ano da promulgação da lei do Feminicídio, a taxa de mortalidade relacionadas a esse crime no Brasil foi a 5º maior do mundo, chegando a 4,5 por cento a cada 100 mil mulheres, isso de acordo com a OMS (Organização Mundial de Saúde), anos depois entre 2016 e 2018, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública contabilizou mais de 3,2 mil mortes no país. A partir da análise e recomendação da CPMI que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros, de março de 2012 a julho de 2013 foi incluído no Código Penal o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, sendo então adicionado ao rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990), tal qual o estupro, genocídio e latrocínio, entre outros. A pena prevista para o homicídio qualificado contra a mulher por razões da pessoa ser do sexo feminino é de reclusão de 12 a 30 anos, podendo ser acrescentado a essa pena certos agravantes. Referente ao crime no Estado do Amazonas, de 2018 a 2019, o feminicídio aumentou em 300% na capital, segundo a Secretaria de Segurança Pública (SSP- AM), ou seja, o número de mortes saltou de três em 2018 para 13 no ano passado. A socióloga e professora Valéria Marques, pesquisadora na área de estudos de Gênero, Direitos Humanos e Cidadania comentou: “Os índices são altos. Não mudou nada. Aliás, a cada ano aumenta. Tudo o que vemos é a mulher sofrer violência desde quando nasce até quando ela morre”.

Com base nesses dados e com certa inquietação elucidativa esse projeto de pesquisa busca exprimir uma intensa análise sobre as reações pós promulgação da Lei do Feminicídio de 2015 no Município de Manaus, se após sua instauração foram apresentados benefícios ou não; assim como uma segunda análise sobre a importância da utilização de dados estatísticos para uma melhor desenvoltura na investigação metodológica.

O interesse por esse assunto surgiu pelo reconhecimento dos grandes índices de mortes a mulheres em Manaus e o desconforto do não fornecimento pelo governo de um Mapa de violência contra a mulher anual, visto que é necessário para uma comparação entre passado e atualidade, pois alguns estados da Federação como Rio de Janeiro, São Paulo e o Distrito Federal constataram um notável agravamento da situação do feminicídio, isso após a elevação da lei ao rol de crimes hediondo e homicídio qualificado.

Para o desenvolvimento desse projeto foi utilizada a apuração de dados como objeto de investigação da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Amazonas (SSP), onde esses números estatísticos sobre morte por feminicídio em Manaus dentro do período de 2013 a 2019 serão comparados e representados em gráficos para uma melhor visualização. O estudo foi desenvolvido em parcialmente através da pesquisa bibliográfica em publicações científicas e dados comprobatórios acerca do crime.

Esse trabalho de pesquisa está dividido em 4 partes, a reunião de dados e a forma utilizada para isso, a elaboração de comparações precisas através de tabelas estatísticas, a análise de resultados baseando-se em referências acadêmicas além de uma visão individual da realidade manauara e exposição dos resultados de forma comentada e fundamentada em informações concisas e organizadas.

1.1 A INCLUSÃO DA LEI DO FEMINICÍDIO

O presente tema tem o desígnio de analisar se a inclusão da lei do feminicídio no rol de crimes hediondos, previsto na lei 8. 072/90 teve efeitos com relação ao combate a violência contra a mulher no município de Manaus. Por mais que seja um tema muito discutido em todo o mundo, ainda há dúvidas por ausência de informações.

A lei do feminicídio é sem dúvidas de essencial importância para todas as mulheres, pois apesar de todos os avanços, ainda vivemos em uma sociedade patriarcal, na qual as mulheres ainda são, muitas vezes, submetidas a relacionamentos abusivos, à violência doméstica e a tratamentos degradantes e desumanos, pelo simples fato de serem mulheres.

No âmbito teórico-investigativo-argumentativo, esse trabalho pode ser relevante para futuras pesquisas científicas de todas as áreas do conhecimento, bem como utilizado como base para discussões governamentais, acadêmicas ou pessoal, deseja-se somente que sejam explanadas e comentadas para que a preocupação que essa pesquisa carrega seja transmitida e aproveitada por demais.

A relevância dessa proposta na prática se dá através da utilização dessa pesquisa como base teórica para ações imediatas ou não no âmbito da realidade cotidiana que sirva como estímulo independentemente do resultado para acumular forças contra o combate de violência contra mulher, elucidando e fomentando atitudes e intervenções das autoridades e sociedade civil.

A inovação na escolha do tema como pesquisa de ordem científica é expressiva, visto a falta de estudos organizados referentes ao assunto tratado na esfera manauara e a carência de debates e reflexão sob as novas intitulações do crime de Feminicídio e suas respectivas adições de pena por agravantes.

1.2 O QUE É O FEMINICÍDIO?

Segundo Jill Radford, na introdução do livro: Femicide: the politics of woman killing, define os feminicídios da seguinte maneira: Feminicídio (femicide) é o assassinato misógino de mulheres por homens, ele é uma forma de violência sexual. Como definido por Liz Kelly (1988), a violência sexual pode ser considerada como

“qualquer tipo de ato físico, visual, verbal ou sexual experimentado por mulheres ou meninas que tenha gerado qualquer efeito que fira, degrade ou tire as habilidades de controlar contatos íntimos”.

E ainda, de acordo com o pensamento de Marcela Lagarde: A categoria feminicídio é parte da base teórica feminista. Desenvolvi-a a partir da obra de Diana Russell e Jill Radford, apresentada em seu texto *Femicide. The politics of woman killing* (1992). A tradução de é *femicídio*. Mudei de para o feminicídio, porque em espanhol é termo homólogo e só significa homicídio e assassinato de mulheres. As referidas autoras definem o feminicídio como um crime de ódio contra as mulheres, como todas as formas de violência que por vezes terminam em assassinato e até mesmo suicídio. Identifico um problema mais por tais crimes se estenderem no tempo: a ausência ou fraqueza do Estado de Direito, na qual se reproduzem a violência ilimitada e assassinatos sem castigo. Então, para diferenciar os termos, preferi o termo feminicídio e assim designar o conjunto de crimes contra a humanidade que consistem em atos criminosos, sequestros e desaparecimentos de meninas e mulheres em um contexto de colapso institucional. É uma fratura do Estado de direito que favorece a impunidade. Por isso eu digo que feminicídio é um crime de Estado. Deve ser esclarecido que existe feminicídio em condições de guerra e paz. (in Espósito 2011, s.p.).

1.3 FEMINICÍDIO: UMA REALIDADE BRASILEIRA

A primeira publicação brasileira sobre os feminicídios foi o livro *Femicídio: algemas do (In) visível de autoria da pesquisadora Sueli Almeida, 1998*. No livro é desenvolvida argumentação sobre a categoria “femicídio íntimo”, o termo *femicídio* foi utilizado para explicar o caráter sexista dos crimes conjugais, “desmascarando a aparente neutralidade dos termos homicídio e assassinato”, além de revelar o fenômeno que integra a política sexual de apropriação das mulheres. A referência utilizada são os estudos propostos na coletânea de Russell e Radford, 1992 (ALMEIDA, 1998). Almeida esboçou inicialmente a discussão em sua tese de doutoramento em Ciências Sociais defendida na PUC de São Paulo, sob a orientação da socióloga feminista marxista Heleieth Iara Bongiovani Saffioti, em 1996. Para a autora “os homicídios ou tentativas não são casuais, nem fenômenos isolados, eles resultam do caráter intensivo e extensivo da violência de gênero, e em particular de sua versão doméstica”. O *femicídio* era para ela um termo que evidenciavam o caráter sexista dos homicídios no contexto conjugal heterossexual (ALMEIDA, 1998: 43).

1.4 MULHER E VIOLÊNCIA

A violência contra a mulher ainda possui números alarmantes no Brasil. Conforme demonstrado em um estudo realizado o país ocupa o 7º lugar em um ranking de 84º países de onde mais ocorrem homicídios femininos (WAISELFSZ, 2012. p. 16). Já se faz quase 9 (nove) anos da sanção da Lei 11340/2006, a conhecida Lei Maria da Penha, a qual assegura à mulher a proteção contra a violência física, sexual, patrimonial e moral. Embora a referida lei seja deveras amplamente conhecida por 99 por cento das mulheres por todo país, tal garantia não foi suficiente para reduzir a violência contra a mulher, e estando está presente em todos os segmentos da sociedade. (Pesquisa Data Senado, 2013. p. 2).

Todos sabemos que a violência contra a mulher é algo que já vem ocorrendo há anos. Pois ao falarmos em relação de gêneros estamos falando de papéis dispare exercido por homens e mulheres ao longo dos tempos. E algo histórico que se assola há anos em nossa sociedade. Por exemplo, cite-se a sociedade patriarcal. Segundo Costa, (2008 p. 2) entende-se por patriarcado, uma organização sexual hierárquica da sociedade tão necessária ao domínio político. Alimenta-se do domínio masculino na estrutura familiar e na lógica organizacional das instituições políticas, construídas a partir de um modelo masculino de dominação.

Nesse contexto, inúmeros são os fatores que contribuíram ao longo dos séculos para manutenção deste pensamento ainda nos dias atuais. Frise-se a título de exemplo, a importância do mito judaico-cristão "que é a base da nossa civilização atual" (MURARO, 1992, p.70), na propagação da desigualdade entre homens e mulheres.

Nessa esteira ressalta Silva (2012) a passagem bíblica, no capítulo de Gênesis, o qual relata o momento que o Criador toma conhecimento que aqueles que por ele fora criado, haviam desobedecido a sua ordem e caído em pecado. A mulher, chamada de Eva, recebeu 74 | Revista de Produção Acadêmico-Científica, Manaus, v.2, n.º 1 como punição as dores do parto e a submissão ao homem, uma vez que ela induziu a Adão cometer o pecado. E o homem, como castigo deveria aprender dominar a natureza e através dela manter a si mesmo e sua prole.

À medida que o homem vai controlando a natureza, seu poder sobre a mulher vai também, na mesma proporção, aumentando e se cerrando. O fruto da árvore do conhecimento afasta cada vez mais o homem da natureza, e a árvore do conhecimento é também a árvore do bem e do mal. Do bem, no que permite a continuidade do processo humano, e do mal no sentido em que cria o poder, a dominação como conhecemos hoje "(MURARO, 1992, p.71).

Dentro dessa perspectiva, em razão muitas vezes, da dependência econômica da vítima em relação ao agressor, juntamente com a falta de apoio e medo de ser

considerada culpada, as mulheres agredidas são impedidas de denunciarem seus agressores, ou ao quando denunciam voltam a conviver com eles, na maioria das vezes pela dependência econômica que elas possuem. E nestas idas e vindas em alguns casos as violências são agravadas, e quando chega no momento que não há mais volta, que é a perda de sus vidas.

A violência física ocorre quase sempre por parceiros ou ex-parceiros das vítimas, no ambiente doméstico, frequentemente motivadas por ciúmes, consumo exagerado de bebida alcóolica e dificuldade de aceitar o término da relação. (Pesquisa Data Senado, 2013. p. 4).

Para Sagot e Carcedo (2006), a violência baseada na iniquidade de gênero figura como causa significativa de enfermidade e mortalidade feminina. As pesquisadoras coletaram informações estatísticas sobre assassinato de mulheres na Costa Rica por razões associadas à iniquidade de gênero, no período de 1990 a 1999. Analisaram a relação entre a vítima e o agressor, o lugar da ocorrência, a forma e as condições em que as mulheres foram mortas, ajudas prévias solicitadas pelas mulheres e as respostas encontradas. A finalidade do estudo foi a construção de propostas de prevenção e proteção para mulheres em risco de morte por violência baseada na iniquidade de gênero (SAGOT e CARCEDO, 2006: 409).

1.5 O BRASIL E O DESAFIO DA PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA.

Diante do tema exposto, vale ressaltar que a Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º assegura a igualdade entre todos, sem distinção de qualquer natureza. Tal artigo garante que todos os cidadãos possam usufruir de tratamento igual pelas leis. Evitando assim discriminações entre as pessoas.

Para Neide Patarra (1976) um ponto de partida comum à Demografia são os estudos de Malthus, pois ele foi o primeiro a propor tese para explicar o aumento populacional. Mas não há como dizer que a preocupação com os temas da população tenha existido somente a partir dele, pois as questões populacionais tiveram suas discussões desde a antiguidade, especialmente pelas questões estadistas. Mas a partir da segunda metade do século XVIII, começa a ser posto em cheque o crescimento populacional que passa a ser entendido como algo negativo e prejudicial. Visão que chega ao ponto máximo com as teses de Malthus, ela centrava-se nas relações entre excedente populacional e os meios de subsistência e o papel do Estado diante do cenário de extinção da humanidade que estava previsto por este tipo de abordagem (PATARRA, 1976:16-17).

Nesse contexto, o legislador deve buscar não somente a igualdade na seara formal e sim a igualdade material quando necessário for. Dessa forma orienta MORAES, (2012 p.65) "Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado". Confirmando o objetivo de garantir a igualdade da mulher na sociedade e combater todas as formas de violência, o Brasil ratificou inúmeros instrumentos de proteção à mulher, por exemplo, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Revista de Produção Acadêmico-Científica, Manaus, v.2, n.º 1 | 75 a Mulher, "Convenção de Belém do Pará". A mencionada convenção explica em seu artigo.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades". Também ela "constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

2.1 O COMBATE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Ressalte-se ainda que o Brasil ratificou a Covention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), assumindo compromisso internacional para combater a discriminação contra a mulher e a adoção de sanções para os casos. Nesses termos, consta no Art. 2º do documento internacional mencionado:

Artigo II. Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:[...]

b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher; Situações que configuram a discriminação: matar mulher por entender que ela não pode estudar, por entender que ela não pode dirigir, por entender que ela não pode ser diretora de uma empresa etc.

Portanto, as obrigações assumidas pelo Brasil por meios de tratados internacionais devem servir de norte para destruir da violência que existe contra as

13 mulheres. Depreende-se que a lei 13.104/2015 não discrimina em prejuízo do homem, dando maior prestígio a vida da mulher. Homens e mulheres possuem igualdade perante a lei, esta igualdade é a formal, devendo ser mantida para assegurar direitos, garantias e deveres a ambos. No entanto, o que o legislador anseia com a lei do feminicídio é diminuir tradicionalmente a diferença entre homens e mulheres, onde sempre existiu a estima de forma excessiva da figura masculina na sociedade perante a mulher.

Nesse prisma ressalta Hermann, (2007, p. 84),

não se trata de considerar a mulher como “sexo frágil”, mas de reconhecer que mulheres e homens vivenciam, na vida privada, no âmbito doméstico e nas relações afetivas, situações de desigualdade que propiciam o uso da violência contra as mulheres.

Contribui ainda com este entendimento Dias, (2013, p. 2).

A efetivação do princípio constitucional da igualdade depende do reconhecimento das diferenças e das desigualdades históricas entre homens e mulheres: Para pensar a cidadania, hoje, há que se substituir o discurso da igualdade pelo discurso da diferença. Certas discriminações são positivas, pois constituem, na verdade, preceitos compensatórios como solução para superar as desigualdades.

Nessa situação, fica nítida a busca da igualdade material, devendo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Como se sabe a própria Carta Magna estabelece desigualdades em relação entre homens e mulheres em direitos e obrigações, de forma clara Lenza. (2012. P 974), destaca as seguintes diferenciações:

Condições às presidiárias para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5, L); licença-maternidade e licença- paternidade (art. 7 XVII E XIX) e serviço militar obrigatório (art. 143§ § 1 e 2).

Pode-se ainda se ater as lições de Nunes Júnior (2002. p.93)

O constituinte tratou de proteger certos grupos que a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou

de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas compensatórias, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades como os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

Para Goldani (1997), no que se refere às análises de gênero dentro dos estudos demográficos, existe uma falsa convergência entre o feminismo das diferenças e a análise demográfica, já que a Demografia opera com a categoria sexo nos cálculos dos eventos vitais como os nascimentos e mortes. Porém, segundo a autora, na visão dos demógrafos a reprodução humana é assunto exclusivo das mulheres, por isso sua maior relevância nos estudos demográficos sobre os temas da reprodução e família. A pesquisadora destacou a necessidade de uma teoria que vincule as relações de gênero aos fatos demográficos e de uma perspectiva que associe o nível micro das relações aos fatos revelados nos dados agregados que represente o nível macro. Goldani (1997) sugere, portanto, análises com dados mais desagregados unidos a análises que possibilitem vincular a mulher à sociedade (GOLDINI, 1997).

O remédio para o desequilíbrio entre as relações de diferença entre homens e mulheres no Brasil significa um avanço no sentido do prestígio à dignidade humana, de modo que falar em igualdade material entre os sexos feminino e masculino é também comentar a esfera da dignidade daquele gênero que restou historicamente alijado da devida proteção jurídico.

Nesse sentido, aduz Kont, (2010, p.71) ao relatar a compreensão da dignidade da pessoa humana na evolução histórica, a saber:

a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido em grande parte, fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa e pelas explorações aviltantes faz nascer na consciência, agora, purificada, a exigência de uma nova vida para todos.

Desse modo, propõe o autor citado uma análise pretérita dos eventos relevantes na história como revisitação dos erros enquanto pressuposto da variação de comportamento humano. Assim, não precisamos esperar que aumente o número de mulheres assassinadas para que mudanças paradigmáticas sejam adotadas.

Liz Kelly, socióloga e cientista política feminista, escreveu o texto *Surviving Sexual Violence* (1988) que estabeleceu o conceito de “continuum da violência” que é a base para entender as diferenças entre a experiência feminina e masculina da violência, 29 a conexão entre as variadas formas de violência e a violência sexual, e foi a base fundamentadora do conceito de feminicídio. Em trabalho intitulado “*Wars Against Women: Sexual Violence, Sexual Politics and Militarized State*” (Guerras contra mulheres: violência sexual, políticas sexuais e Estado militarizado), publicado em 2000, a autora trata da violência sexual como estratégia deliberada na guerra e repressão política de Estado, aponta que este tipo de violência está conectado às mais variadas formas de violências e contextos. Assim, para a autora, o termo ‘violência sexual’ é usado como um substantivo coletivo para entender todas as formas de violência masculina contra mulheres e meninas, para além do sentido restrito jurídico de estupro (KELLY, 2000).

2.3 FEMINICÍDIO X FEMICÍDIO

Urge ressaltar, neste ponto, a diferença entre os termos “femicídio” e “feminicídio” termos comumente usados como sinônimos para morte de mulheres ocasionadas em razão do seu sexo.

O femicídio é uma expressão atribuída às feministas Norte Americanas Jill Radford e Diana Russel, as autoras usaram a palavra em seu livro “*Femicide: The Politics of Woman King*”, publicado em 1992 em Nova York “A expressão já tinha sido usada pelo Tribunal Internacional de crimes contra as mulheres em 1976 e foi retomado nos anos de 1990, para ressaltar a não acidentalidade da morte violenta de mulheres” (ALMEIDA, 1998, p.8).

Por sua vez, consoante Pasinato (2010, p.232) o termo feminicídio é atribuído a Marcela Lagarde, feminista e antropóloga mexicana. Na ótica da autora, feminicídio significa bem mais que morte de mulheres em razão do gênero, feminicídio extrapola a misoginia e agrega ao termo uma condição política.

3.REFERÊNCIAS

Advise. **A Importância da Lei do Feminicídio no Brasil**. 2020. (6m28s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uBZ-jmk-l9s&feature=youtu.be>>. Acesso em: 01 maio.2020.

Dados sobre Feminicídio no Brasil. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Dados-Sobre-Femic%ADdio-no-Brasil-.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CAMPOS, Carmen H. de. **Feminicídio no Brasil, uma análise crítico-feminista**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, Rio Grande do Sul, v. 7, n° 1, p. 103-115, jan-jun. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15448/21776784.2015.1.20275&>>. Acesso em: 16 mar.2020.

CAMPOS, H. D. **Sistema Penal e Violência**. Revista eletrônica, 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275/>>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ENSINO SUPERIOR DO AMAZONAS (CIESA). **Revista de produção acadêmica** - científico do Ciesa. Periódico Ciesa, Manaus - AM, v. Vol. 2, n. 1, p. 149, JAN-JUN 2015.

Comissão de defesa dos direitos da mulher. **Mapa da violência contra a mulher 2018**. Brasília – DF. 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 23mar. 2020.

FERREIRA, Carlos Augusto. **Pesquisa quantitativa e qualitativa: perspectivas para o campo da educação**. Revista Mosaico, Goiás, v. 8, n. 2, p. 173-182, jul./dez. 2015.

JUNIOR, Waldick. **Crimes de feminicídio têm aumento de 300% em Manaus**. Em tempo, Manaus, 2020. Disponível em: <<http://www.leffa.pro.br/textos/abnt/referencias.html>>>. Acesso em: 21 fev. 2020.

MENEGH Stela; PORTELLA, Ana P. **Feminicídios: conceitos, tipos e cenários**. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232017002903077>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

NEAF Concursos. **Fala Jurídica Feminicídio**. 2018. (15m22s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=S7cPNjSlyZc&feature=youtu.be>>>. Acesso em: 05 mar.2020.

OAB São Paulo. **Lei qualifica feminicídio como crime hediondo**. 2015. (15m07s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=H61X8gGNUnA&feature=youtu.be>>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

SOUZA, Maciana F. de. **O aumento da violência de gênero e a lei do feminicídio**. Justificando: mentes inquietas pensam direito, São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/01/17/o-aumento-da-violencia-de-genero-e-a-lei-do-femicidio/>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

TERENCE, Ana Cláudia; FILHO, Edmundo. **Abordagem quantitativa, qualitativa e utilização da pesquisa-ação nos estudos organizacionais.** Enegep. Fortaleza – CE. Out de 2006. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2006_tr540368_8017.pdf>. Acesso em: 12 fev.2020.

VIEIRA, Dione. Documentário Femicídio - **A Realidade Brasileira.**2019. (20m22s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UuLfMufHL0Yfeature=youtube>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O PLS 283/2012: A NECESSÁRIA PREVISÃO NORMATIVA DA PREVENÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO

LUIZA BARRETO BRAGA FIDALGO:

Graduada em Direito – Universidade Federal da Bahia. Pós graduada em Direito e Processo do Trabalho pela instituição Verbo Jurídico. Pós graduada em Direito do Trabalho com Ênfase na Reforma Trabalhista pela instituição Verbo Jurídico. Técnica Judiciária do TRT – 5ª Região desde maio/2014, exercendo, atualmente, a função de assistente de juiz na 3 Vara do Trabalho de Salvador.

RESUMO: Esse artigo tem como principal escopo expor os objetivos que visa, os alicerces em que se baseia e as mudanças que poderão ocorrer caso venha a ser aprovado o Projeto de Lei nº 283, de 2012. A debatida proposta de alteração legislativa modificaria o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, e a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso. Em ambos os casos, a *novatio legis* opera no sentido de ampliar a proteção consumerista para aprimorar a disciplina do crédito ao consumidor e estabelecer diretrizes sobre a prevenção do superendividamento. O aludido projeto está em trâmite nas Casas Legislativas pátrias desde 02 de agosto de 2012. Uma das prioridades desse artigo acadêmico é investigar por que razões as propostas inovadoras e, indubitavelmente, benéficas para os consumidores, constantes nesse documento, ainda estão em sede de debate na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 10 de dezembro de 2014, mais de dois anos após o início das discussões em âmbito oficial que lhe cercam. Para cumprir esse intuito, nessa pesquisa acadêmica, utilizou-se o método indutivo, tendo sido observadas diversas situações singulares para que se delineasse a hipótese de que o exponencial crescimento casuístico de superendividamento no Brasil torna urgente a aprovação célere de dispositivos legais congruentes com os princípios constitucionais e com a proteção já prevista pelo diploma protetivo consumerista.

PALAVRAS-CHAVES: SUPERENDIVIDAMENTO; INOVAÇÃO; PREVENÇÃO; REACTUAÇÃO; PROTEÇÃO CONSUMERISTA.

ABSTRACT: This article has as main purpose to expose the objectives aimed at, the foundations on which it is based and the changes that may occur should it be approved Bill No. 283, 2012. The debated proposal to amend modify the Protection Code Consumer Law 8078 of September 11, 1990, and the Law 10.741, of October 1, 2003, known as the Elderly. In both cases, the legis novatian operate to expand the consumerist protection to enhance consumer credit discipline and to establish

guidelines on the prevention of over-indebtedness. The aforementioned project is pending in the Legislative Houses homelands since 02 August 2012. One of the priorities of this academic paper is to investigate the reasons why innovative proposals and undoubtedly beneficial for consumers, listed in that document are still thirst for debate the Committee on Constitution, Justice and Citizenship at December 10, 2014, more than two years after the start of discussions at official level that surround him. To meet that end, at this academic research, it has been used the inductive method, it has been observed several unique situations for which delineate the hypothesis that the casuistry exponential growth of debt distress in Brazil is urgent to the early adoption of legal provisions consistent with the principles constitutional and the protection already provided by the consumerist protective laws.

KEY-WORDS: INDEBTEDNESS; INNOVATION; PREVENTION; REFINANCING; CONSUMERIST PROTECTION.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Panorama teórico e conceito de superendividamento; 2.1 Princípios do Direito das Relações de Consumo e Superendividamento; 2.2 Direitos básicos dos consumidores e Superendividamento; 3. Práticas abusivas na concessão de crédito; 3.1 Importância normatizadora do PLS 283/2012 no cerceamento de práticas abusivas; 3.2 Discussão doutrinária, prevenção e conciliação do superendividamento previstas no PLS 283/12; 4. Conclusão

1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, Lei aprovada em 1990, no âmbito do ordenamento jurídico nacional, é considerado um diploma revolucionário e extremamente protetivo dos direitos dos cidadãos. Essa concepção advém, *a priori*, do entendimento legal de consumidor como sendo um vulnerável do negócio jurídico que trava com o fornecedor.

Nessa seara, é cabível ressaltar que, ainda que essa vulnerabilidade seja evidente no campo do direito material, pela natureza do objeto da relação consumerista, ela não é a regra na esfera processual. Consoante trata o próprio CDC, em seu art. 6º, inciso VII, é direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

Essa disposição normativa significa que não caberá a inversão do ônus da prova a favor do consumidor em qualquer relação consumerista, mas apenas quando atendidos os requisitos supratranscritos. No deslinde dessa questão, ingressa o

debate sobre os alicerces e sobre os instrumentos de prevenção do superendividamento, visto que, quanto a essas inovações legislativas do PLS 283/2012, há uma presunção, sobretudo nessa matéria, de que o consumidor necessita da prestação de informações e de condições de repactuação da dívida diferenciadas.

Tal fator não desincumbe o autor de provar os fatos constitutivos de seu direito, mas amplia, em termos práticos, o rol de hipóteses em que o réu será obrigado a provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito da parte adversa, regra esta que advém de norma geral de direito processual civil. Devido ao aprofundamento teórico que essa discussão demanda, ressalte-se ter sido esse adendo feito para demonstrar o entendimento perfilhado nesse artigo acadêmico, contudo, não será essa específica temática pormenorizada.

Tecidas essas considerações preliminares, releve-se que o intuito desse artigo é focar o debate sobre as questões trazidas pelo Projeto de Lei nº 283, de 2012, de iniciativa do Senado[1], para que a população se familiarize com o tratamento dogmático da questão do superendividamento no sentido de este vir a propiciar amparo legal para o consumidor que se encontrar nessa delicada situação.

O crescimento exponencial do fenômeno do superendividamento em termos nacionais releva a necessidade de um arcabouço legislativo que salvaguarde os direitos básicos dos consumidores também no que atine a este ponto. Outrossim, é essencial que os consumidores tenham conhecimento do quanto virá a ser normatizado para que possam cobrar de particulares e do poder público condutas que prezem pela observância dessas disposições normativas. Tendo em vista esse aspecto, foi utilizado nessa pesquisa acadêmica o método indutivo, pois o ponto de partida foi a análise de casos particulares para que apenas após a apurada observação deles fosse possível alcançar as conclusões nesse projeto apresentadas.

En passant, participarão desse debate acadêmico, ainda, as cláusulas e as práticas abusivas constantes no CDC, as noções teóricas de prevenção do superendividamento trazidas pela doutrina e os mecanismos de prevenção do superendividamento estabelecidos de forma inédita no PLS 283/12.

2 PANORAMA TEÓRICO E CONCEITO DE SUPERENDIVIDAMENTO

Na conjuntura nacional, é evidente o crescimento exponencial de um problema que acomete cidadãos, consumidores, de diversas faixas etárias e também da maioria dos níveis socioeconômicos. Trata-se do superendividamento, fenômeno atual que, segundo a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) de São Paulo, pode ser conceituado como "a situação da pessoa física de boa fé, que

se vê impossibilitada de pagar com o seu rendimento mensal todas as suas dívidas, atuais e futuras, sem comprometer o próprio sustento ou de sua família.”[2]

Para José Geraldo Brito Filomeno (2005), o acesso indiscriminado e superestimulado aos bens e objetos de consumo de modo genérico, bem como de serviços, fomentados pelo comércio globalizado e por incentivos publicitários, especialmente em face da “concessão de “direito de plástico” – cartões de crédito – e cheques especiais, tem levado a uma situação de desespero os consumidores mais açodados e consumistas.” (FILOMENO, 2005, p. 102)

Segundo as autoras Heloísa Carpena e Rosangela Lunardelli Cavallazzi (2006), o primeiro aspecto a se destacar no conceito de superendividamento é “a incapacidade do consumidor de pagar suas dívidas, considerando o montante do débito em relação à sua renda e patrimônio pessoais.” (MARQUES E CAVALLAZZI, 2006, p. 329). Ou seja, o consumidor endividado é um indivíduo marcado pela circunstância de quem possui um passivo (dívidas) superior ao seu ativo (renda e patrimônio pessoal), de modo que necessita de ajuda para reestabelecer sua vida econômico-financeira. Complementam as supracitadas autoras que o superendividado é sempre um consumidor, relevando-se a restrição que se impõe para o conceito estabelecido no CDC, tendo em vista que não é concedida uma tutela ao consumidor pessoa jurídica.

Seria, então, o superendividado a pessoa física que pactua com outro sujeito a concessão de um crédito que visa ao atendimento de necessidade pessoal, vedando-se que seja esta uma necessidade profissional do adquirente. Assim, a característica essencial do superendividado se refere à condição pessoal do consumidor, que deve prezar por uma conduta eivada de boa-fé. (MARQUES E CAVALLAZZI, 2006, p. 329).

Heloísa Carpena e Rosangela Lunardelli Cavallazzi (2006) comungam com a ideia de José Geraldo Brito Filomeno (2005), com a de Geraldo de Faria Martins da Costa (2002) e com a de Cláudia Lima Marques (2006), na esteira da doutrina europeia, sobre a necessária distinção entre superendividamento ativo e passivo. Para eles, ocorre o superendividamento ativo quando o devedor voluntariamente contribui para se colocar em circunstâncias de impossibilidade de pagamento ou, passivo, quando condições imprevisíveis (desemprego, precarização de emprego, divórcio, doença ou morte de um familiar, acidente etc) afetam gravemente a sua capacidade de adimplemento da dívida.

No cotidiano popular, é possível constatar o superendividamento como um efeito natural da ampliação de um acesso ao crédito que hoje ocorre de maneira

mais facilitada. Essa democratização do crédito se deu como alicerce e, ao mesmo tempo, como viabilizadora do pagamento dos bens de consumo almejados através de incontáveis prestações; sem que houvesse, todavia, a concomitante educação econômica do consumidor, o qual ficou a mercê de seus próprios conhecimentos e planejamentos econômicos para lidar com a explosão abundante de tentadoras ofertas.

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SUPERENDIVIDAMENTO

A Constituição Federal de 1988 albergou, em seu art. 5º, inciso XXXII, a proteção da defesa do consumidor como um dos direitos fundamentais expressamente previstos, proteção esta que se daria na forma da lei. No campo infraconstitucional, o principal diploma legislativo de tutela consumerista é justamente o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078, de 11 de setembro de 1990.

Rizzatto Nunes (2013, p. 119) lembra ser a própria Lei 8078/90 dotada de caráter de norma jurídica principiológica, o que significa dizer que é apta ela a afastar “toda e qualquer norma jurídica da mesma hierarquia que com ela conflite.” Complementa o referido autor que “a outra não é revogada, mas é deixada de lado da incidência do caso concreto, sendo substituída pelos princípios e regras da lei consumerista.” (NUNES, 2013, p. 119)

Tecida essa consideração inicial, passa-se a identificação dos princípios gerais do direito do consumidor. Para Bruno Miragem (2010), são eles o Princípio da Vulnerabilidade, com ênfase para as vulnerabilidades agravadas dos consumidores criança e idoso; o Princípio da Solidariedade; o Princípio da Boa-fé; o Princípio do Equilíbrio; o Princípio da Intervenção do Estado; o Princípio da Efetividade e o Princípio da Harmonia das Relações de Consumo. É possível perceber que, destes, embasam um reforço da proteção jurídica do consumidor no que tange à prevenção do superendividamento especialmente os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé e da harmonia das relações de consumo.

Sendo a vulnerabilidade do consumidor uma presunção legal absoluta, resta necessário destacar que ela se destringe em vulnerabilidade a) técnica; b) jurídica e c) fática, como traz o supracitado autor Bruno Miragem (2010, p. 67). Essas três espécies estão intimamente relacionadas com o conceito de superendividamento, visto que o desconhecimento do consumidor notadamente quanto a seus direitos e deveres no plano legal e quanto a suas condições financeiras no plano fático-econômico colabora para o descontrolado aumento de seu passivo (qual seja, suas

dívidas) sem que haja correlato crescimento de seu ativo (seu patrimônio, que pode advir, por exemplo, de seu salário ou de qualquer outra fonte que lhe sirva de renda).

No que atine ao princípio da boa-fé, a priori, vale lembrar ser este o valor que representa a boa-fé objetiva e que se espera onipresente nas relações cíveis *latu sensu*. Quanto às relações de consumo que envolvem problemas devido ao nascimento e/ou a permanência de situações de superendividamento, mister se faz relevar o compromisso para que os fornecedores ajam de maneira proba e leal com os consumidores, principalmente tendo em vista serem estes hipossuficientes em comparação aos produtores e fornecedores em termos de acesso às informações de serviços e produtos que estão adquirindo.

Quanto aos princípios da solidariedade e da boa-fé e as relações que eles estabelecem com o fenômeno do superendividamento, pontua Geraldo de Faria Martins da Costa (MARQUES E CAVALLAZZI, 2006, p. 239) que a obrigação de aconselhar e a de informar se lastreiam “na confiança necessária que o consumidor deposita no profissional que detém os conhecimentos técnicos da operação de crédito ofertada.” Nesse sentido, prossegue asseverando o referido autor que a veracidade e a lealdade são características que “marcam o correto cumprimento desses deveres anexos da boa-fé.” (MARQUES E CAVALLAZZI, 2006, p. 239)

Entrementes, o princípio da harmonia das relações de consumo é concretizado quando os interesses de consumidores e fornecedores não se contrapõem, mas se complementam, de modo que haja a satisfação para as duas partes que integram esse negócio jurídico. Analisando esse princípio sob a ótica do superendividamento, é preciso esclarecer que o fato de o consumidor parecer momentaneamente satisfeito devido à aquisição de um novo produto não significa que o fornecedor prestou adequadamente seu dever de informação quanto aos riscos e as vantagens daquela compra. Ademais, como face dessa mesma moeda, sobressai a responsabilidade que tem o fornecedor de esclarecer o consumidor quanto aos seus compromissos pré e pós contratuais, além da necessidade de que haja consenso das partes quanto ao modo e as condições de pagamento pactuados.

2.2 DIREITOS BÁSICOS DOS CONSUMIDORES E SUPERENDIVIDAMENTO

Foi previsto na Lei 8078/90, Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, um rol de direitos básicos dos consumidores. Fazendo uma análise sistemática sobre o conteúdo dos incisos do aludido artigo, na esteira de Cláudia Lima Marques (BENJAMIN, 2010, p. 67), é possível perceber que a tutela consumerista incidiu sobre a) vida, saúde e segurança; b) liberdade de escolha; c) informação; d) transparência e boa-fé (combate ao abuso); e) proteção contratual (a revisão por onerosidade

excessiva); f) prevenção e reparação de danos morais e materiais (a desconsideração da personalidade jurídica); g) acesso à justiça e inversão do ônus da prova; h) serviços públicos adequados e eficazes.

Não sendo o intuito desse trabalho acadêmico se debruçar sobre o arcabouço teórico desses direitos básicos em si, mas sobre a relação deles com o superendividamento, cabe destacar, a priori, a inovação que prevê o PLS 283/2012 quanto ao supramencionado art. 6º do CDC e também quanto ao art. 5º do mesmo diploma legal.

O Projeto, que visa ampliar a tutela do consumidor através de um aperfeiçoamento da disciplina de crédito e de uma prevenção do superendividamento, pretende introduzir um novo inciso no art. 5º do CDC, artigo este que trata dos instrumentos que terá em mãos o poder público para executar a Política Nacional das Relações de Consumo. Aprovado o texto do PLS 283/2012 do modo como foi elaborado, o art. 5º ganharia a seguinte disposição “VI- instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana.”[3]

No que toca ao já citado art. 6º do CDC, que trata dos direitos básicos dos consumidores, o PLS 283/2012 prevê a introdução de um décimo primeiro inciso, o qual teria a seguinte redação “XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas.”[4]

Cabe trazer à baila o entendimento das autoras Heloísa Carpena e Rosângela Cavallazzi quanto à importância da garantia desse “mínimo existencial” para os superendividados. Consoante doutrina das supracitadas autoras (MARQUES E CAVALLAZZI, 2006, p. 331), a efetivação das medidas de tratamento da situação de superendividamento tem como escopo preservar os meios essenciais de sobrevivência do consumidor, salvaguardando o chamado “reste à vivre”, ou, em outras palavras, o mínimo essencial à sua existência, tendo em vista a sua renda e o montante dos débitos vencidos e a vencer.

Ante o exposto, torna-se clara a percepção de que os acréscimos legislativos intentados por meio da elaboração do PLS 283/12 somente ampliam o rol de direitos básicos dos consumidores, que passariam a expressamente contar com a emergencial proteção do consumidor superendividado ou em vias de se endividar. A nova forma de tutela prevista representa, ainda, uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o cidadão-consumidor que

enfrenta problemas devido ao superendividamento encontra-se, não raro, em situação de risco a sua subsistência e a de sua própria família.

3 PRÁTICAS ABUSIVAS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO

Inicialmente, cumpre esclarecer que práticas abusivas são um gênero do qual as cláusulas e a publicidade abusivas são espécies. Segundo doutrina de Antônio Herman V. Benjamin (2010, p. 251), prática abusiva, *lato sensu*, "é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor." Sendo este um conceito "fluido e flexível" (BENJAMIN, 2010, p. 251), como aponta o supracitado autor, o legislador e os magistrados têm tido mais facilidade em tratar com o conceito de enganosidade do que com o de abusividade.

O CDC, em seu art. 51, prevê um rol de cláusulas abusivas, enumeração esta, segundo assevera Leonardo Medeiros de Garcia (2011, p. 344), meramente exemplificativa (*numerus apertus*). Paralelamente, há, no art. 37, caput, do CDC, a vedação de que ocorra publicidade enganosa ou abusiva. No parágrafo segundo desse mesmo art. 37, fica explícito o caráter exemplificativo da ideia de publicidade abusiva normatizada nesse diploma através da expressão "dentre outras", constante em sua redação. *Ipse literis*, assim dispõe o referido enunciado normativo:

Art. 37, § 2º É abusiva, **dentre outras** a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (*grifo nosso*)[5]

Relembra Antônio Herman Benjamin (2010, p. 253) que seria faticamente impossível que o legislador pátrio houvesse listado exhaustivamente as práticas abusivas, tendo em vista o dinamismo das relações de consumo e o descompasso premente entre a velocidade dos fatos e os momentos de produção do direito.

Havendo previsto no art. 39 do CDC algumas das práticas abusivas possíveis de configuração, tais como o condicionamento do fornecimento de produto ou serviço (art. 39, inciso I, CDC), a recusa de atendimento à demanda do consumidor (art. 39, inciso II, CDC) e a exigência de vantagem excessiva (art. 39, inciso V, CDC), vale destacar a importância normatizadora constante no Projeto de Lei do Senado nº 283 de 2012, a qual será debatida no tópico que segue.

3.1 IMPORTÂNCIA NORMATIZADORA DO PLS 283/2012 NO CERCEAMENTO DE PRÁTICAS ABUSIVAS

O Projeto de Lei nº 283/2012 prevê a introdução de enunciados normativos que instrumentalizam a possibilidade de uma tutela efetiva do consumidor endividado.

Além das já referidas inovações mediante os acréscimos de um inciso VI ao atual art. 5º e de um inciso XI ao art. 6º do CDC, há a introdução do art. 27-A, no plano do direito material, o qual, em seu caput, estabelece que “Art.27-A As pretensões dos consumidores não reguladas nesta seção prescrevem em dez anos, se a lei não estabelecer prazo mais favorável ao sujeito vulnerável.”[6]

Grande ênfase conferida pelo PLS 283/2012, todavia, concentra-se na tentativa de coibição da ocorrência de práticas abusivas para que se viabilize uma verídica prevenção do fenômeno do superendividamento. Caso não sejam retirados do projeto elaborado, por exemplo, o parágrafo terceiro do art. 54-B e o art. 54-F do mesmo PLS 283/12, serão ampliadas, respectivamente, as hipóteses configuradoras de publicidade abusiva, previstas no art. 37, e as de outras práticas abusivas presentes no art. 39, ambos artigos já supramencionados.

A fim de proteger o consumidor visto em sua esfera de vulnerabilidade fática, notadamente quanto a seu planejamento financeiro, dispõe o parágrafo terceiro do art. 54-B do PLS 283/12[7] que “§ 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37, a publicidade de crédito ao consumidor e de vendas a prazo deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento.”

Já no que toca à necessária, e já citada, preservação do mínimo existencial do consumidor endividado, o PLS 283/12[8] pretende introduzir no CDC o art. 54-D, que terá a seguinte redação:

Art. 54-D Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta bancária oriundo de outorga de crédito ou financiamento, consignação em folha de pagamento ou de qualquer forma que implique cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a trinta por cento da sua remuneração mensal líquida, para preservar o **mínimo existencial**. (*grifo nosso*)

Pontua Rizzato Nunes (2013, p. 726) que as cláusulas abusivas previstas no contemporâneo rol do art. 51 do CDC são nulas de pleno direito, ou seja, eivadas de nulidade absoluta. Cuidou o art. 54-G do PLS 283/12 de esclarecer que sua previsão não revoga as disposições do art. 51 da Lei 8078/90, complementando que “Art. 54-G (...) são também absolutamente nulas e assim devem ser **declaradas de ofício**, pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, garantido o contraditório, as cláusulas contratuais que (...)” (*grifo nosso*). Ou seja, o art. 54-G cuidou de explicitar uma faculdade notória, mas não expressamente prevista no art. 51, a de que os representantes do Poder Público, independentemente da esfera a que pertençam, têm o poder-dever de declarar *ex officio* a nulidade absoluta das cláusulas abusivas.

Enfatiza-se, assim, a relevância da aprovação desse inovador projeto que amplia a tutela consumerista através de uma concretização de garantias básicas aos direitos dos consumidores.

3.2 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA, PREVENÇÃO E CONCILIAÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO PREVISTAS NO PLS 283/2012

Antecipando-se à edição do PLS 283/12, notáveis doutrinadores nacionais contribuíram para a discussão sobre as bases e os instrumentos para a prevenção e para o tratamento do superendividamento dos consumidores no Brasil.

Dentre eles, destaca-se Cláudia Lima Marques (2006, p.265-309), a qual pontuou deveres cuja observância se fazia essencial para o regramento do tema proposto. Destacam-se, para a referida autora, a) “o dever de cooperação para evitar o superendividamento dos consumidores em contratos cativos de longa duração” e b) “dos deveres de boa-fé prevenindo o superendividamento: informação, controle da publicidade, dos abusos nas cláusulas, do equilíbrio contratual”.

O próprio art. 54-A[9] do PLS 283/12 já enuncia que a Seção IV do Capítulo VI:

Art. 54-A (...) tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e da dignidade da pessoa humana.

Em consonância com a ampliação da tutela consumerista continuamente pontuada, José Geraldo Brito Filomeno (2005, p. 102) acentua quais os instrumentos

que, em sua opinião, existem na lei francesa e seriam desejáveis no ordenamento jurídico pátrio. Seriam eles: a) o prazo especial de reflexão (que conteria sete dias, em se tratando de financiamento de bens móveis, adquiridos por qualquer modo, e de dez dias, em se tratando de bem imóvel); b) o vínculo entre o contrato de consumo principal e o contrato acessório de crédito; c) o regramento especial das garantias pessoais; e d) o regime especial de tratamento de situações em que tenha se configurado o superendividamento.

Mediante realização de pesquisa de campo em que se investigou o perfil dos superendividados no Rio Grande do Sul, Rosângela Cavallazzi (2006, p. 390) constatou que “as causas do superendividamento indicam majoritariamente o endividamento passivo (73%), ou seja, proveniente de evento extraordinário.” Sob esse prisma, é possível vislumbrar que a maioria dos consumidores que hoje se encontram superendividados não se conduziram voluntariamente a essa situação, mas passaram por casos fortuitos ou imprevistos que lhes impulsionaram ao acúmulo de dívidas que, posteriormente, não tiveram como quitar.

Tendo em vista essa realidade, o PLS 283/12 prevê a introdução de dispositivos que protejam os direitos do consumidor superendividado também nos casos em que esse superendividamento não proveio de uma conduta voluntária sua, mas da álea. Evidencia o tratamento dessa questão, por exemplo, o parágrafo terceiro do art. 54-D[10], o qual abre margem para que o consumidor, em sete dias, desista da contratação de crédito consignado de que trata o caput do art. 54-D, “a contar da data da celebração ou do recebimento de cópia do contrato, **sem necessidade de indicar o motivo.**”(grifo nosso) Ou seja, caso o fato imprevisível que tenha acometido o consumidor lhe cause constrangimento ou vergonha, tal como poderia ocorrer com o advento de desemprego ou de dada doença familiar, não precisará ele expor para o fornecedor a razão da sua desistência em relação ao objeto do contrato.

Na esteira protetiva do quanto exposto, o PLS 283/12[11] também pretende acrescentar ao CDC o art. 54-C, que, em seu projeto original, possuía a seguinte redação:

Art. 54-C. Sem prejuízo do disposto no art. 46, o fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário, entre outras condutas:

I – esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, assim como as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

II – avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados.

(...)

Tratando dos contratos conexos, coligados ou interdependentes, o PLS 283/12 prevê a introdução do art. 54-E, o qual estipula, em seus incisos, esses tipos de relações entre o contrato principal de fornecimento de produtos e serviços e os acessórios de crédito que lhe garantem o financiamento. O parágrafo primeiro desse art. 54-E dispõe que “§ 1º O exercício dos direitos de arrependimento previstos neste Código, seja no contrato principal ou no de crédito, implica a resolução de pleno direito do contrato que lhe seja conexo.” Ou seja, novamente, o PLS supracitado privilegia o direito de arrependimento do consumidor, tratado também no art. 54-D, facilitando que haja inclusive o término do contrato conexo ao que o adquirente resolveu resolver.

Mister é a importância da introdução do art. 104-A, constante no PLS 283/12, no vigente CDC, visto que, hoje, a conciliação do superendividamento ainda carece de mecanismos e parâmetros de controle que estejam positivados. No caput desse artigo, ficou estabelecido que “Art. 104-A A requerimento do consumidor endividado pessoa física, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas (...) em que o consumidor apresentará proposta de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservado o mínimo existencial”[12] Mais uma vez, clarividente se mostrou a atenção legislativa com a preservação do mínimo existencial do cidadão-consumidor, em busca da garantia da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No parágrafo primeiro desse mesmo art. 104-A, fica traçado um conceito legal de superendividamento, segundo o qual:

§ 1º Entende-se por superendividamento o comprometimento de **mais de trinta por cento** da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, **excluído o financiamento para aquisição de casa para a moradia**, e desde que **inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo**. (*grifos nossos*)

Prosseguindo na valorização da criação de moldes para a repactuação de dívidas dos superendividados, o parágrafo quinto do art. 104-A estabelece que “§

5º O pedido do consumidor a que se refere o caput deste artigo não importa em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de dois anos, contados da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.” Através desse enunciado normativo, consagrou-se uma tutela consciente do superendividado, pois uma facilitação indiscriminada da repactuação de dívidas não serviria à essencial reeducação do consumidor no sentido de fazê-lo aprender os equívocos advindos de possíveis excessos de consumo.

Além das já citadas mudanças legislativas que o PLS 283/12 pretende que ocorram no CDC, através da introdução de um inciso VI ao atual art. 5º, de um inciso XI ao art. 6º e dos arts. 27-A, 54-A, 54-B, 54-C, 54-D, 54-E, 54-F, 54-G, 104-A, também prevê o PLS o acréscimo de um parágrafo terceiro ao art. 96 do Estatuto do Idoso, Lei 10.741 de 2003.

Segundo o referido parágrafo, que constará nessa legislação esparsa, “§ 3º Não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso.” A relevância desse enunciado normativo se deve à dupla proteção que ele possibilita; tanto restará salvaguardado o direito do superendividado idoso, que, adquirindo um novo empréstimo, agrava sua crise econômica, quanto o da financiadora, que poderá efetuar a negativa da concessão de crédito a esse consumidor sem que se configure, devido a esta prática, uma infração penal.

O PLS 283/12 possui, direta ou indiretamente, em todos os seus artigos, o intuito de prever mecanismos de combate ao superendividamento mediante políticas de incentivo a uma utilização do crédito de forma responsável. Sob esse prisma, o seu amplo debate em termos sociais e a sua adequada tramitação e aprovação em âmbito legislativo sobreleva-se como uma necessidade emergencial da população brasileira, em que se assiste cotidianamente a uma explosão do fenômeno do superendividamento.

4 CONCLUSÃO

É indiscutível o crescimento do fenômeno do superendividamento no Brasil. A carência no que se refere ao desconhecimento de uma utilização do crédito de maneira responsável tem sido um dos maiores entraves para a superação desse problema. Doutrinariamente, o tema tem sido discutido há alguns anos, porém, em termos práticos, a maioria da população é desinformada mesmo sobre seus direitos básicos previstos no CDC, pouco ou nada sabendo sobre o que tem se debatido em termos legislativos para a regulação do superendividamento.

O Projeto de Lei nº 283, de 2012, de iniciativa do Senado, amplia as garantias fundamentais dos consumidores e instrumentaliza o CDC de mecanismos efetivos de prevenção e combate ao superendividamento. Todavia, não é possível prever quando nem se esse Projeto será aprovado, muito menos se permanecerá com sua redação originária, de modo que se torna imperioso o planejamento de uma educação financeira da população que ocorra concomitantemente a esse trâmite legislativo e contribua para a redução do superendividamento.

Além da necessária resolução das dificuldades em que se encontram os atualmente superendividados, faz-se mister que ocorra uma política de prevenção do superendividamento através de ensinamentos e incentivos para que os consumidores se conscientizem sobre de que modo deve ser utilizado o crédito que lhes é ofertado. Outrossim, os procedimentos e os parâmetros para a repactuação de dívidas previstos no PLS 283/12 operam no sentido de viabilizar uma conciliação entre o fornecedor e o consumidor superendividado para que o débito entre eles seja quitado, atentando-se para a preservação do mínimo existencial do consumidor e para o advento somente dos prejuízos inevitáveis, devido à natureza do próprio negócio, para ambas as partes.

É indubitável e, por diversas razões, louvável, o aumento de acesso ao crédito que ocorreu nas últimas décadas. Não é possível que se admita, contudo, que perdurem impunes publicidades falaciosas que induzam o consumidor a erro e o levem a contratar valores que excedem o que ele é capaz de adimplir.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. Manual de direito do consumidor / Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 3ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, MARQUES e MIRAGEM. Antônio Herman V., Cláudia Lima Marques e Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** - 4ª Ed: rev., atual. Ampl: Editora Revista dos Tribunais, 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 10 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 10.741**, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Estatuto do Idoso. Diário Oficial da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em 10 dez. 2014.

_____. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1.>> Acesso em 10 de dez. 2014.

CONJUR. Revista **Consultor Jurídico**. MUDANÇAS NO CDC. Projetos de atualização do CDC começam a tramitar. Matéria de 3 de agosto de 2012, 15h15 .**Net**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-03/projetos-lei-atualizacao-cdc-comecam-tramitar-senado.>> Acesso em 10 dez. 2014.

COSTA. Geraldo de Faria Martins da. O direito do consumidor endividado e a técnica do prazo da reflexão. **Revista de Direito do Consumidor** 43/261, São Paulo: RT, jul.-set. 2002.

FEDERAL. Senado. Secretaria-Geral da Mesa, Atividade Legislativa, Tramitação de Matérias. Projeto de Lei nº 283, de 2012. **.Net**. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/servlet/PDFMateServlet?m=106773&s=http://www.senado.leg.br/atividade/materia/MateFO.xml&o=ASC&o2=A&a=0>>. Acesso em 10 dez. 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GARCIA. Leonardo de Medeiros. **Direitos do consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, Decreto nº 2.181/1997**. 7ª. Ed. rev., ampl. E atual. pela Lei nº 12.291/2010, pela MP nº 518/2010, que trata sobre o Cadastro Positivo, e pelas novas Súmulas do STF e do STJ / - Niterói: Impetus, 2011.

GRINOVER, BENJAMIN, FINK, FILOMENO, WATANABE, JÚNIOR e DENARI. Ada Pellegrini, Antonio Herman de Vasconcellos, Daniel Roberto, José Geraldo Brito, Kazuo, Nelson Nery e Zelmo. **CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Comentado pelos autores do Anteprojeto. Direito Material (Arts 1º. Ao 80 e 105 a 108)** - Vol. I - 10ª Ed. – 2011. Editora: Forense.

JÚNIOR. Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor** - 8ª Ed: revista, atualizada e ampliada: Forense, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Repensando o direito do consumidor: balanço do código de defesa do consumidor e o necessário diálogo

das fontes na perspectiva de consolidação normativa do direito do consumidor. *.Net, Rev. Jur.*, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-38, abr./maio, 2008 Disponível em <www.planalto.gov.br/revistajuridica> Acesso em 11 dez. 2014.

_____. **Direitos do Consumidor Superendividado Superendividamento e crédito**. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor** – 2ª.Ed ver., atual. e amp. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010

NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor** – 8ª. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

PROCON-SP, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Programa de Apoio ao Superendividado - PAS – Conceitos. *.Net*. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/categoria.asp?id=1041>.> Acesso em 10 dez. 2014.

_____. PL 283 superendividamento, Organizações de defesa do consumidor pedem a aprovação. *.Net*. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=3887>> Acesso em 12 dez. 2014.

[1] O PLS 283/2012 foi remetido à Câmara dos Deputados em 04/11/2015, dando origem ao PL 3515/2015, ainda em tramitação nessa casa.

[2] Matéria "Programa de Apoio ao Superendividado - PAS - Conceitos" da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo, disponível no sítio eletrônico <<http://www.procon.sp.gov.br/categoria.asp?id=1041>.> Acesso em 10 dez. 2014.

[3] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>.> . Acesso em 10 dez. 2014.

[4] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>.> . Acesso em 10 dez. 2014.

[5] BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm > Acesso em 11 dez. 2014.

[6] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. > Acesso em 11 dez. 2014.

[7] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. > Acesso em 11 dez. 2014.

[8] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. > Acesso em 11 dez. 2014.

[9] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. > Acesso em 12/12/2014.

[10] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. > Acesso em 12/12/2014.

[11] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. > Acesso em 12/12/2014.

[12] BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. > Acesso em 01/01/2015.

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PARECERISTA PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

O Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua atuação institucional de controle externo, tem a missão de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, podendo, de conseguinte, aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei.

Neste viés, a Lei nº 8.443/92, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, legitima a Corte de Contas para aplicação de sanções, possibilitando a imposição de multa e obrigação de devolução do débito apurado, o afastamento provisório do cargo, o arresto dos bens de responsáveis julgados em débito e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública.

Em função desse espectro de atuação do TCU tem vindo à tona a delicada questão acerca da possibilidade de responsabilização solidária do advogado parecerista junto com o gestor que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Como se sabe, o advogado, no exercício da profissão, é inviolável por seus atos e manifestações, nos termos da Lei 88.906/94, que institui o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Por outro lado, essa inviolabilidade não pode ser de caráter absoluto ao ponto de conferir ao advogado imunidade para prática de atos deliberadamente ilícitos.

No âmbito do Tribunal de Contas da União tem sido cada vez mais frequente a imposição de sanções a advogados parecerista por conta de seus pronunciamentos jurídicos, sobretudo em procedimentos licitatórios.

Em linhas gerais, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, sem embargo da necessidade de melhor definição conceitual acerca da natureza jurídica dos pareceres, é possível identificar posições relativamente bem definidas no que tange a responsabilização do parecerista nas hipóteses de parecer meramente opinativo e parecer vinculante.

Nas situações em o parecer é meramente opinativo, a Corte de Contas tem atribuído responsabilidade ao advogado parecerista nas hipóteses de constatação de culpa ou erro grosseiro. Vejamos o enunciado constante do Acórdão TCU 2994-2009, que, nesse aspecto, assim dispôs:

Enunciado

Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

No que tange aos pareceres ditos vinculantes, o TCU caminha no sentido de atribuir responsabilidade solidária entre o gestor e o parecerista em caso de dolo ou culpa deste, conforme se extrai do enunciado do Acórdão TCU 2860-2018:

Enunciado

Nos casos em que o parecer técnico é indispensável para fundamentar o ato administrativo e o seu conteúdo, por dolo ou culpa do emissor, conduzir à prática de irregularidade, haverá responsabilidade solidária entre o gestor e o parecerista.

Nesta mesma linha, o TCU definiu tese no sentido de que os ocupantes de cargos da Advocacia Pública Federal podem ser responsabilizados pelo Tribunal, mesmo quando não tenham atuado com dolo ou fraude:

Enunciado

*Os ocupantes de cargos da Advocacia Pública Federal, nos casos que abarquem a esfera de competência do TCU, podem ser responsabilizados pelo Tribunal, mesmo quando não tenham atuado com dolo ou fraude. (Acórdão **615/2020-Plenário**, Data da sessão 18/03/2020 - Relator ANA ARRAES)*

Neste contexto, é preciso perceber a tênue particularidade na jurisprudência do TCU nas situações em que o parecer é classificado como vinculante ou meramente

opinativo. Nas hipóteses de pareceres meramente opinativos, a Corte de Contas curva-se pela atribuição de responsabilidade ao parecerista nas hipóteses de *dolo ou culpa diante de erro grosseiro*, enquanto na situação de parecer vinculante a responsabilidade do parecerista é reconhecida nos casos *dolo ou culpa* do emissor do parecer, não se identificando, *a priori*, o condicionamento da responsabilidade culposa à verificação de erro grosseiro.

Não obstante, o conceito de erro grosseiro mostra-se vago, de modo que se tem um limbo para saber o que pode ou não ser classificado como erro grosseiro.

Nesta seara, cumpre observar algumas situações em que o próprio Tribunal de Contas da União enfrentou essa questão, identificando, no caso concreto, a existência da caracterização do erro grosseiro.

Recentemente, em julgado de setembro do corrente ano, o Tribunal de Contas de União entendeu que caracterizaria erro grosseiro a emissão de parecer jurídico sem que o parecerista abordasse a inviabilidade de se conceder a empresa contratada pela Administração reajuste de preço por desconformidade com o art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Vejamos, então, o exato teor do enunciado:

Enunciado

*A emissão de parecer jurídico sem abordar a inviabilidade de conceder a empresa contratada pela Administração reajuste de preço por desconformidade com o art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001 caracteriza erro grosseiro e acarreta a aplicação de multa ao seu autor. (Acórdão **Acórdão 10830/2020-Primeira Câmara** Data da sessão 29/09/2020 Relator VITAL DO RÊGO)*

Outra situação recentemente caracterizada como erro grosseiro pelo TCU diz respeito à aprovação, pelo parecerista jurídico, de minuta de edital contendo vícios que não envolvem controvérsias jurídicas ou complexidades técnicas, conforme abaixo se vê:

Enunciado

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a aprovação, pelo parecerista jurídico (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993), de minuta de edital contendo vícios que não envolvem controvérsias jurídicas

*ou complexidades técnicas (Acórdão 9294/2020-Primeira Câmara **Data da sessão** 01/09/2020 **Relator** BRUNO DANTAS)*

Também, na ótica do TCU, pode ensejar a responsabilidade do parecerista a indicação de fato não correspondente à realidade, ou seja, quando o pronunciamento jurídico for construído sobre pressuposto fático inexistente nos autos, conforme se extrai do seguinte julgado:

Enunciado

*A emissão de parecer técnico indicando fato não correspondente à realidade caracteriza inobservância ao dever de cuidado objetivo imposto a todos os servidores públicos e gera a responsabilização do seu emissor perante o TCU. (Acórdão 591/2010-Segunda Câmara **Data da sessão** 23/02/2010 **Relator** AROLDO CEDRAZ)*

Por fim, cumpre fazer referência à situação em que o parecer é lavrado em notória afronta à legislação e à jurisprudência consolidada dos tribunais. Aqui é preciso destacar que o que enseja a responsabilização do parecerista não é a encampação de tese jurídica divergente, ainda que minoritária, mas sim a afronta direta à legislação e à jurisprudência consolidada dos tribunais, conforme se percebe do seguinte julgado:

Enunciado

*O erro grosseiro se afigura como uma das causas que justificam a responsabilização do advogado público que emite parecer, seja ele de caráter vinculante, ou meramente opinativo. A responsabilização na emissão do parecer ocorre diante da sua notória afronta à legislação e à jurisprudência consolidada dos tribunais. (Acórdão 2202/2008-Plenário **Data da sessão** 08/10/2008 **Relator** GUILHERME PALMEIRA)*

Então, tem-se que, no âmbito da jurisprudência quem vem se consolidando no âmbito do Tribunal de Contas da União, o advogado parecerista responde solidariamente nos casos em que atuar com dolo ou diante de erro grosseiro, nos casos de pronunciamento jurídico meramente opinativo. Já em se tratando de parecer vinculante, ou seja, quando a autoridade administrativa não pode decidir de forma diversa da indicada no pronunciamento jurídico, a imputação de responsabilidade ao parecerista tem se dado nos casos de dolo ou culpa, não se exigindo a caracterização de erro grosseiro.

Todavia, é preciso que a linha jurisprudencial que vem se formando no âmbito do TCU em relação à responsabilização do parecerista seja analisada de forma

crítica e levando em consideração suas consequências para atuação do advogado público e para a Administração Pública.

Neste toar, não se pode desprezar o fato inevitável de que uma saga punitiva desenfreada das cortes de contas certamente trará como consequência uma postura mais conservadora para os advogados públicos, gerando uma forte tendência de um significativo incremento burocrático para a atuação desses profissionais, muitas vezes em detrimento da eficiência que deve permear a atuação da Administração Pública.

É necessário perceber que o parecerista que trabalha com a espada de Dâmocles sobre sua cabeça tende a ser um profissional engessado e com propensão a pronunciamentos extremamente tradicionais e formalistas, o que, muitas vezes, traz em consequência decisões que não satisfazem ao interesse público.

Nesta linha, é natural que o profissional que atua com a latente possibilidade de ser responsabilizado por seus pronunciamentos adote uma postura muito mais rígida e formalista, o que, inevitavelmente, gerará um travamento na máquina da Administração Pública. Então, a se perpetuar essa realidade, sobretudo nos procedimentos licitatórios, resta inevitável uma postura mais defensiva do advogado público, com natural propensão a emissão de pareceres negativos e verdadeira repulsa à opção por posturas mais arrojadas e inovadoras, o que, além de não evitar fraudes e corrupção, muitas vezes, não satisfaz ao interesse público.

Não por outro motivo que, em outro espectro, adotando uma linha de pensamento mais condizente com os ditames da realidade, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de fevereiro de 2020, não obstante indicando a possibilidade de responsabilização do parecerista pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, assentou que o erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. Vejamos, então, a ementa do julgado em sua integralidade:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O advogado é passível de responsabilização “pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”,

consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. 2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos "previsíveis porém de consequências incalculáveis". 5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual in concreto, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. 6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso. 7. In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária. 8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia. 9. Agravo interno a que NEGOU PROVIMENTO por manifesta improcedência.

(MS 35196 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 04-02-2020 PUBLIC 05-02-2020)

Por extremamente precisas e bem colocadas, vejamos então as lúcidas ponderações feitas pelo Eminentíssimo Relator do julgado acima transcrito, Ministro Luiz Fux, que, em seu voto condutor assim se posicionou:

Atribuir a responsabilidade solidária ao parecerista pode acarretar dois reveses ao funcionamento da Administração Pública. Em primeiro lugar, o parecerista estaria menos propenso a trazer teses inovadoras, ainda que razoáveis, das quais poderia advir soluções mais adequadas ao interesse público em concreto. Em vez de viabilizar políticas públicas, o advogado público se tornaria um mero burocrata, atando-se a procedimentos mais longos, difíceis e custosos. Esse engessamento não acarreta retorno em moralidade pública, mas em ineficiência. Em segundo lugar, a responsabilização plena dos advogados públicos por suas opiniões jurídicas ocasionaria a assunção, por estes, da função de administradores, em que se tratar de cognições distintas. Dentre as atribuições da função, o advogado público emite pareceres jurídicos ao administrador. Trata-se de uma forma de controle interno de legalidade dos atos administrativos, em que assessoria o administrador e se posiciona sobre a legalidade de determinado ato da Administração Pública.

Então, diante do que antes se expôs e considerando os ditames da eficiência e os primados da independência funcional do advogado, não se pode deixar de reclamar aos órgãos de controle, externos e internos, e ao próprio Poder Judiciário a necessidade de evolução de pensamento, no sentido de buscar critérios cada vez mais claros e objetivos para diferenciar a atuação do advogado corrupto e mal-intencionado, que atua em conluio com criminosos, do advogado que, no âmbito de sua independência profissional, busca soluções arrojadas para melhor atender ao interesse público.

Nestes termos, é perceptível que a deflagração de movimento sancionatório desenfreado e sem controle em desfavor dos advogados pareceristas tende a criar uma categoria de profissionais burocratas e engessados, o que, sem sombra de dúvidas, trará um inevitável travamento na máquina pública, com franco prejuízo para o interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-administrativo/A%20RESPONSABILIDADE%20PESSOAL%20DO%20PARECERISTA%20PUBLICO%20EM%20QUATRO%20STANDARDS.pdf>

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

A INFLUÊNCIA DA FILIAÇÃO A FACÇÕES CRIMINOSAS SOBRE A VIOLÊNCIA E OUTRAS CONDUTAS IMPRÓPRIAS NA PRISÃO

SAMUEL DE SOUSA TORRES:

finalista do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil campus Manaus

RUBENS ALVES DA SILVA²

(orientador)

RESUMO: Este artigo teve por objetivo geral analisar a influência que da filiação a facções criminosas sobre a violência e outras condutas impróprias na prisão no Brasil, além de verificar as questões do crime organizado; identificar como o crime organizado tomou conta da gestão empírica do sistema prisional brasileiro; e, analisar as consequências do domínio de facções criminosas no sistema prisional do Brasil. Os dados secundários (pesquisa por revisão integrativa) foram usados para avaliar a atribuição de afiliação à violência e outras formas de conduta imprópria dentro das prisões. Também foi examinado uma medida de inserção das facções criminosas para ver se, pode ser demonstrado que os membros de uma facção criminosa na prisão estão mais propensos a cometer atos violentos e outros tipos de conduta imprópria do que membros mais periféricos. Tanto os indicadores de facções criminosas específicos quanto os mais genéricos estão relacionados à violência e outras formas de má conduta oficial na prisão. Assim, a pesquisa evidencia que medida de má conduta de facções criminosas nas prisões representa a ameaça que um determinado grupo de facção representa. O índice de ameaça é baseado em um modelo e fornece uma representação gráfica da magnitude relativa e heterogeneidade da ameaça representada por diferentes afiliações de grupo;

Palavras-Chave: Facções criminosas. Prisão. Violência.

ABSTRACT: This article had the general objective of analyzing the influence of affiliation with criminal factions on violence and other improper conduct in prison in Brazil, in addition to verifying issues of organized crime; to identify how organized crime took over the empirical management of the Brazilian prison system; and, analyze the consequences of the dominance of criminal factions in the prison system in Brazil. Secondary data (integrative review research) was used to assess attribution of affiliation to violence and other forms of misconduct within prisons. A measure to

² Mestre em Direito do Trabalho Faculdade de Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas em 2013 e professor do curso de Direito do CEULM/ULBRA, Manaus-AM.

insert criminal factions was also examined to see if it can be shown that members of a criminal faction in prison are more likely to commit violent acts and other types of misconduct than more peripheral members. Both the indicators of specific criminal factions and the more general ones are related to violence and other forms of official misconduct in prison. Thus, the research shows that a measure of bad conduct by criminal factions in prisons represents the threat that a particular faction group poses. The threat index is based on a model and provides a graphical representation of the relative magnitude and heterogeneity of the threat represented by different group affiliations;

Keywords: Criminal factions. Prison. Violence.

1 INTRODUÇÃO

Embora o domínio de facção criminosas nas prisões no Brasil seja um problema generalizado, tem havido muito pouca análise empírica do impacto da participação dessas facções na violência e outros tipos de má conduta na prisão. Neste artigo, fornece-se essa análise. Também se desenvolve um índice de ameaça baseado em modelo que pode ser usado para retratar uma representação composta do impacto das facções na ordem carcerária (CURRY, 2016).

A maior parte do conhecimento sobre facções criminosas e seu domínio na prisão baseia-se em respostas a pesquisas de instituições ou jurisdições. As informações coletadas dessas respostas de pesquisas especificam, entre outras coisas, a extensão das facções, os problemas que elas causam e as estratégias que o sistema de administração penitenciária usa para monitorar e suprimir a atividade destas facções (ESBENSEN e HUIZINGA, 2013).

Alguns estudos aprofundados sobre as prisões e seus respectivos sistemas caracterizaram o crescimento das facções nas prisões como um aspecto de uma análise mais ampla. Salla (2006) descreveu o crescimento das facções nas prisões brasileiras no vácuo de poder que ocorreu no sistema prisional ao longo da história.

Salla et. al. (2012) analisou a ascendência das facções em grupos poderosos e controladores das prisões desde o final de década de 1960. Dias (2017) formulou algumas das seguintes razões para o crescimento das facções criminosas nas prisões brasileiras: mudanças na cultura do prisioneiro; número crescente de jovens violentos, pobres, pertencentes a minorias, criados pelo Estado, a tal nível de concentração que não podiam mais ser controlados por presidiários mais velhos e menos violentos; radicalização da população carcerária em conjunção com movimentos políticos externos; e o que ele caracterizou como uma resposta

expressiva dos funcionários da prisão à tentativa dos presidiários de compartilhar a tomada de decisões na prisão.

Tanto Salla (2006), Salla et al. (2012) e Dias (2017) descrevem o contexto político, jurídico, administrativo e social que serviu de pano de fundo para a elevação das facções criminosas no sistema prisional a suas posições de influência. Não houve nenhum estudo de campo de facções de prisão análogo à rica literatura de pesquisa de campo sobre facções criminosas no Brasil.

A evidência empírica sobre a relação entre afiliação a facções de prisão e má conduta é bastante limitada. Dias (2009) fornece dados sobre crimes violentos, principalmente relacionados com facções criminosas, antes, durante e depois do 'ano de guerra'³, de 2006, no sistema prisional de São Paulo. O estado da literatura sobre facções criminosas na prisão é análogo à literatura anterior sobre facções anteriores aos estudos que estabeleceram que a participação de facções de fato aumenta a delinquência e o comportamento criminoso acima do nível que seria encontrado entre indivíduos delinquentes não considerados membros de facções (KLEIN, 2018).

Houve uma descoberta consistente de que em comunidades empobrecidas e marginais, a participação em facções aumenta a probabilidade de delinquência. Shimizu (2011) avaliou o impacto da vizinhança e dos níveis individuais de status socioeconômico sobre contatos policiais e encaminhamentos judiciais. Embora não tenha sido uma consideração primária do estudo, ele descobriu que a afiliação de colegas delinquentes e não a pertença a facções criminosas explicava o contato policial.

Esbensen e Huizinga (2013) descobriram que, embora os delinquentes que se tornaram membros de facções criminosas tivessem altas taxas de delinquência antes de seu envolvimento com a facção, seus índices de delinquência aumentaram durante a filiação à facção e diminuíram quando eles deixaram a facção. Trabalhos mais recentes mostraram que a participação em facções criminosas aumenta a delinquência autor relatada e denunciada e além do efeito de ter amigos delinquentes, o que por si só é um forte indicador de delinquência (BARROS, et al., 2018).

Testes o impacto da pertença a uma facção sobre a má conduta violenta pressupõe que se possa distinguir uma afiliação a uma facção de um relacionamento entre pares ou que alguém possa identificar um membro da facção. Barros et. al.

³ Ano em que o Primeiro Comando da Capital – PCC, promoveu uma série de ataques em todo o Estado de São Paulo ao transporte coletivo e as instituições públicas.

(2018) destacou as facções, caracterizando-as como grupos sociais informais. Assim, estabelecer a adesão é um critério essencial para a compreensão.

Um trabalho recente de Curry (2016) mostrou que em uma pequena comunidade do Rio de Janeiro, os membros de uma facção criminosas identificados pela polícia eram um subconjunto de indivíduos que relataram envolvimento com a facção. Os dados também mostraram que 43,6% dos membros de facções identificados pela polícia não se identificaram como delinquentes ou membros da facção. Nesta pesquisa, não foi possível medir separadamente a auto identificação e a identificação oficial da facção.

Na verdade, a medida oficial de identidade da facção que se usa tem a auto identificação como um componente. Klein (2008) também abordou o que se deveria considerar crime relacionado a facções. A definição baseada em membros implica que qualquer crime cometido pela facção é um caso de crime de facção criminosas. Aqueles que adotam a definição baseada na motivação contam apenas os crimes que promovem os objetivos ou interesses da facção. Adota-se a definição de conduta imprópria baseada em membros, em vez da definição baseada na motivação.

Desta forma, este artigo teve por objetivo geral analisar a influência que da filiação a facções criminosas sobre a violência e outras condutas impróprias na prisão no Brasil, além de verificar as questões do crime organizado; identificar como o crime organizado tomou conta da gestão empírica do sistema prisional brasileiro; e, analisar as consequências do domínio de facções criminosas no sistema prisional do Brasil.

A metodologia utilizada foi da pesquisa por revisão integrativa que se refere à inclusão de trabalhos substanciais a respeito do tema numa integração ascendente entre eles.

2 PERTENCIMENTO A UMA FACÇÃO CRIMINOSA

Definir o pertencimento a uma facção criminosa pode ser uma questão controversa. Tem havido um debate na literatura sobre facções criminosas sobre se a delinquência e a atividade criminal deveriam ser um pré-requisito para definir um grupo como uma facção criminosa (KLEIN, 2018).

Mesmo a definição de associação pode ser evasiva. A afiliação de um jovem a uma facção criminosa pode ser de muito curto prazo ou bastante marginal; membros podem entrar e sair de uma facção continuamente (ESBENSEN e HUIZINGA, 2013).

Suspeita-se que as fronteiras entre membros e não membros são menos permeáveis na prisão do que nas ruas, embora não se tenha nenhuma evidência de

qualquer maneira. No entanto, a definição de membro de facção para os fins deste estudo foi estabelecida pela definição de Dias (2012). As facções foram definidas com base em sua ameaça real ou percebida à administração ordenada da prisão.

A participação em facções específicas baseava-se em sinais de identificação, símbolos, correspondência, registros oficiais anteriores, associações ou auto admissão de presidiários; no entanto, não havia nenhum pré-requisito para que um membro de facção de prisão estivesse envolvido em má conduta na prisão (RAMALHO, 2009).

Este estudo permite avaliar a relação desse tipo de definição operacional de facção e seus membros com o comportamento criminoso e as violações de regras no ambiente prisional. Usam-se dados de sistemas de informação automatizados do Ministério da Justiça do Brasil (MJ). Além da identificação de membros de facções específicas, o MJ usa um sistema de três níveis para estabelecer a diferenciação da identidade de facções entre membros, suspeitos e associados (ROCHA, 2014).

Esse sistema de três níveis é usado para distinguir como prisioneiros específicos estão inseridos em facções. Um membro é visto como um membro de facção de pleno direito. Em algumas facções, isso significa entra sangue, sai sangue (BIONDI, 2009).

Alguém tem que matar para se tornar um membro; alguém tem que ser morto para deixar a facção. Um suspeito é considerado um membro de uma facção cujas credenciais não foram totalmente estabelecidas. Um associado é alguém cujas ações indicam que ele está conduzindo negócios ou zela pelos interesses de uma facção, mas não ingressou na facção ou em virtude de residência ou formação cultural não pode ingressar na facção (DIAS, 2011).

Todos os outros presos, exceto presidiários associados ao crime organizado, não são afiliados. Atualmente, esse sistema de três níveis se aplica apenas às facções mais organizadas e ameaçadoras do sistema prisional, oficialmente chamadas de "grupos perturbadores"; no entanto, existe uma classificação de dois níveis para todos os outros membros da facção (SALLA, 2008).

Eles são suspeitos ou associados. Se este sistema de identificação for significativo, espera-se que os membros sejam os mais propensos a cometer má conduta violenta, os suspeitos sejam os próximos mais prováveis e os associados os terceiros mais prováveis quando comparados aos presos não afiliados após o controle de outras variáveis que predispõem os presos a cometer violência (GARL, 2018).

Esta hipótese de imersão é baseada na suposição de que quanto mais entrincheirados os membros de facção, mais provavelmente eles usarão a violência para cumprir a missão da facção e para reforçar a hegemonia da facção sobre outras facções e a população carcerária não afiliada. Há um análogo na pesquisa de facções que mostrou que os membros são mais propensos a se envolver em delinquência e violência do que membros marginais (KLEIN, 2018).

Para testar o impacto da participação em facções sobre a violência, Lopes et al. (2016) apresenta-se um modelo de ambos que incorpora a afiliação de facção específica e um segundo modelo que usa o sistema de classificação de membros, suspeitos e associados. O ponto fraco do modelo anterior é que nem todas as facções serão associadas ao aumento da atividade violenta porque algumas facções são mais benignas do que outras. A fraqueza do último modelo é que o sistema de classificação que representa o nível de incrustação de um membro de facção é parcialmente confundido com o fato de que a classificação de incrustação total só se aplica aos grupos mais ameaçadores.

No sistema prisional americano foi criado um modelo para identificar os “índices de ameaça” baseado em modelo que pudesse ser usado para caracterizar a propensão de uma violência contra facções e outras formas de má conduta. Esse índice já está em uso pelas autoridades do *Bureau of Prisons* - BOP; entretanto, é baseado nas taxas não ajustadas de má conduta grave. O índice é construído calculando a proporção de uma taxa específica de má conduta de um *gang* para a taxa de má conduta de toda a população de presidiários. Desenvolvemos uma abordagem baseada em um modelo estatístico multivariado que incorpora a afiliação a facções e na previsão de diferentes formas de má conduta (LOPES, et al., 2016).

Assim o BPO usa as variáveis dependentes para verificar o índice de pertencimento a uma *gang* nas prisões americanas. Quando se testa primeiro a relação entre as variáveis de fundo e a variável dependente na ausência de qualquer informação sobre afiliação a *gang* encontra-se a razão de verossimilhança de super dispersão indicando se o modelo binomial negativo é um melhor ajuste para os dados que permitiu escolher o modelo apropriado. No Brasil tem-se cerca de 800 mil presos. Usando o modelo do BPO tem a fórmula $N = n/PN \times 100$, onde P = e o número de presos; n representa número de crimes de facção atribuídos. E N percentual de membros de facções nas prisões. Desta forma no Brasil tem-se, segundo Lopes et al., (2016):

$N = 380.000/800.000 = 47,50\%$ dos presos no Brasil são membros efetivos de facções criminosas.

Os números encontrados são uma suposição baseado no modelo americano, pois sabe-se que nas prisões no Brasil, esse número pode ser maior sem dúvida. O problema está no registro dos crimes como crimes de facção criminosa, que no Brasil são muito mal registrados (LOPES, et al., 2016).

3 A VIOLÊNCIA NAS PRISÕES COMO CRIMES DE FACÇÃO

As prisões no mundo inteiro possuem um código de conduta muito próprios. No Brasil esse código segue os mesmos princípios. Crimes como estupro; assassinatos de pais, agressão e morte de mulheres, e a famosa delação são condutas inadmissíveis no sistema prisional. Quem é acusado destes crimes, sofre execução de sentença sumária por parte dos presos e, geralmente a mando do que se denomina, nas prisões brasileiras há muito tempo de xerifado, ou seja, de um poder central alheio à gestão do Estado (JOZINO, 2015).

Também como muita freqüência, a opinião pública é sacudida com notícias de rebeliões nos presídios brasileiros, seja em estabelecimentos penitenciários de grande porte seja em delegacias e distritos policiais, cidadãos condenados ou sob tutela das instituições encarregadas de controle da ordem pública amotinam-se. Armados, tomam funcionários como reféns e reivindicam fugas sob o patrocínio do poder público (GARL, 2018).

O desfecho desses acontecimentos que colocam em confronto as forças da legalidade *versus* o mundo dos ilegalismos, por vezes tem caminhado no sentido da negociação, do diálogo e do convencimento dos amotinados, procedimentos que evitam vítimas fatais e restabelecem a ordem. No entanto, nem sempre acontece dessa maneira, quando ocorre a radicalização do conflito, colocando em risco a vida de funcionários justamente incumbidos de zelar pela segurança do presídio - e por essa via, pela segurança dos demais cidadãos - opta-se pelo recurso mais arriscado: o emprego de uma força maior para conter a demonstração de força dos amotinados (SALLA, 2008).

O saldo, já se conhece, mortes de presos, justamente aqueles cuja vida deveria estar sob tutela do poder público. Nelas ocorre também mortes de policiais e agentes penitenciários (DIAS, 2011).

Nos últimos anos tem-se assistido uma guerra de facções pelo poder na prisões e que acaba com muitas mortes de um lado e de outro. Manaus, Natal, São Luiz e Belém do Pará, foram sacudidos nos últimos anos por essa Guerra intensa que culmina com atos de violência que chocam bastante a população. Os crimes são bárbaros, como decapitações, mutilações, etc. Essa conduta é baseada em um código

de poder que demonstra quanto mais brutal for o assassinato, mas a facção se auto afirma (BIONDI, 2009).

Os noticiários de Tv, rádio, jornais e revistas apontam que o cidadão comum é espectador desses acontecimentos e pouco pode intervir. Diante das notícias, passivamente acompanha os noticiários e não tem como indagar do poder público se as mortes, de quem quer que seja, poderiam ter sido poupadas (ROCHA, 2014).

Para alguns, o desenrolar dos acontecimentos não poderia ter sido outro. Para outros, esse é o modo natural e adequado de lidar com bandidos, essa espécie de dejetos sociais que deve ser extirpada do corpo social sadio. Córdia (2014, p. 64) observa em seus estudos o quanto à sociedade rejeita a pessoa que comete crime: “não é surpreendente que reações desta ordem, sugestiva de exclusão moral de cidadãos envolvidos com o mundo do crime, sejam inclusive justificadas por autoridades públicas, como necessárias e imperativas”. Virou lugar comum na sociedade a frase: “eles que se matem entre eles”.

Isto, também se observa com a proliferação de programas de rádio e televisão que tem por base unicamente execrar o crime de forma a criar na população uma opinião favorável a pena de morte imposta pelo aparelho policial, entendendo como uma ação de combate à criminalidade. Crime se combate com punição exemplar e não com matança indiscriminada (RAMALHO, 2009).

Em 1986, após rebelião na Penitenciária de Presidente Wenceslau, interior do Estado de São Paulo, na qual resultaram 16 mortos, entre presos e funcionários, o então Coordenador dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado (COESPE), um ex-delegado de polícia, declarou enfaticamente aos Jornais, especificamente: “não temos mortos a lamentar”. Contundente, esta frase não provocou indignação dos cidadãos. Muito ao contrário, sequer sofreu censura de seu superior, o Secretário de Justiça do Estado de São Paulo, menos ainda resultou em punição disciplinar ou coisa que o valha (FOLHA DE SÃO PAULO, CADERNO CIDADE, 1986, p. 4 apud CARDIA, 2014, p. 134).

O mesmo se repetiu na cidade de Manaus quando da Guerra entre a FDN e a PCC no final de 2017, na Penitenciária Aniso Jobim, quando morreram no mínimo 56 pessoas. A reação da sociedade civil foi “não farão falta alguma”. Não é estranho que a partir do início dos anos 1980 assistiu, em várias capitais brasileiras, a intensificação de motins e rebeliões de presos em cadeias públicas, distritos policiais, casas de detenção e penitenciárias. Em algumas delas, os eventos foram controlados, negociações foram realizadas, pouparam-se vítimas. Mas, em outras, sobretudo naqueles estabelecimentos que concentravam grande número de presos, os resultados foram quase sempre deploráveis pois resultaram em mortos e feridos de

presos ou agentes do sistema penitenciário, a par da destruição implacável do patrimônio público (GARL, 2018).

Nas mais diferentes regiões do país, intervenções policiais militares para conter tais manifestações da massa carcerária quase sempre resultam em mortos e feridos. Em todo o país, essas intervenções vêm-se sucedendo com relativa constância desde 1982, sendo crescente o número de mortos. De modo geral, resultam em desfecho trágico de uma política de segurança que encara o controle da ordem pública como um problema de enfrentamento bélico e estratégico, em que há inimigos a serem vencidos e eliminados não importando o custo material e simbólico destas operações, conforme observa Goffman (2014, p. 79):

Durante esses eventos, as portas das prisões brasileiras são abertas à visibilidade pública, seja através do relato de visitas de autoridades e de representantes da sociedade civil organizada, seja através das câmaras de televisão, das ondas do rádio ou dos jornais. E o espetáculo apresentado não pode deixar de ser dantesco. Por maior o desprezo de parte substantiva da sociedade brasileira para com as condições de vida e mesmo o destino do preso, ninguém pode se revelar indiferente diante do cenário oferecido pelas prisões: às mais precárias condições de habitabilidade e a falta de serviços de apoio, assistência e educação vêm se associar uma violência desmedida e incontrolável, grave obstáculo a qualquer proposta de reinserção social de quem quer que tenha algum dia, em momento qualquer, transgredido as normas jurídicas desta sociedade e, por conseguinte, sido punido pela Justiça pública. No domínio das prisões, esses fatos são indicativos de uma crise há tempos instalada no sistema de Justiça criminal. Todas as imagens de degradação e de desumanização, de debilitamento de uma vida cívica conduzida segundo princípios éticos reconhecidos e legítimos parecem se concentrar em torno dessas "estufas de modificar pessoas e comportamentos".

Assim sendo, nelas aparecem com todas as suas letras, cores e números as marcas das falhas de sucessivos governos em conter a delinquência dentro dos marcos da legalidade e sobretudo, em formular políticas penais capazes de efetivamente oferecer segurança à população. A insegurança generalizada que hoje parece ter tomado conta do espírito sobressaltado do cidadão comum, sobretudo o habitante das grandes cidades, deve ser efetivamente contida com políticas públicas

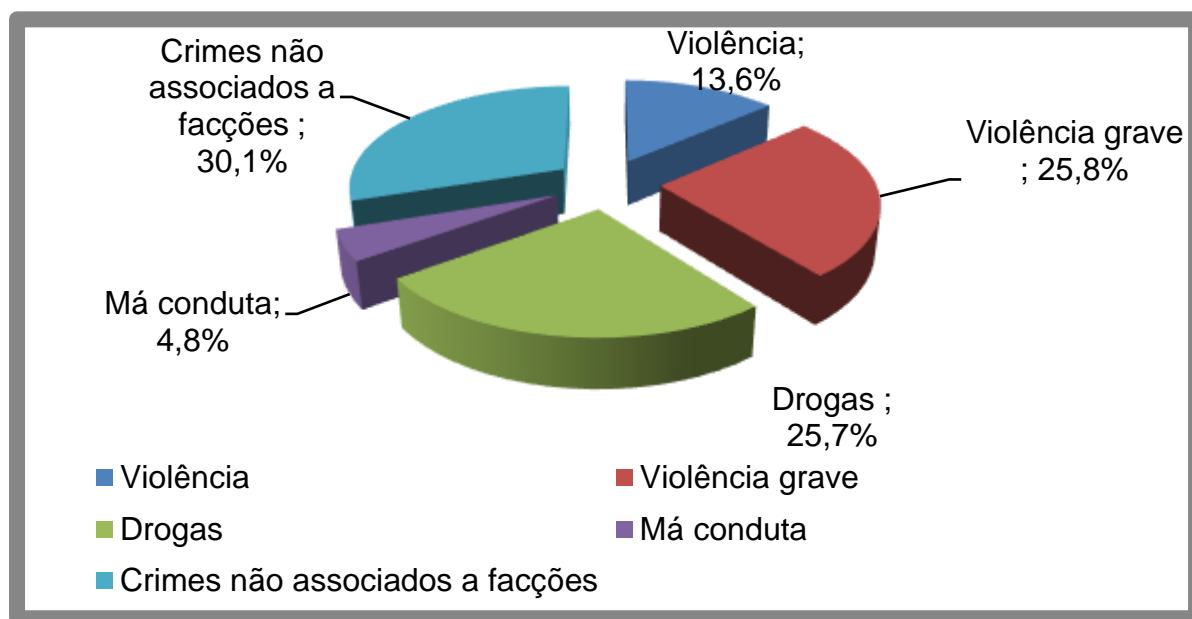
capazes de abranger toda a questão social que envolve essa problemática (BIONDI, 2009).

As prisões revelavam a face cruel de toda essa história: os limites que se colocam na sociedade brasileira à implementação de uma política de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, nela incluído o respeito às regras mínimas estipuladas pela Organização das Nações Unidas para o tratamento de presos (DIAS, 2011).

Para obter mais esclarecimentos substantivos sobre a afiliação a facções criminosas, Lopes et al. (2016) examinou como a probabilidade discreta de violência, violência grave, drogas e má conduta total muda como resultado das variáveis de histórico e de classificação de facções.

Em vez de avaliar a contagem esperada, construiu uma variável binária para determinar se um episódio de má conduta ocorreu durante o período de risco de 1 ano. Analisou os dados usando a rotina de regressão estatística e, em seguida, aplicou os algoritmos de interpretação de Stanton atribuindo os graus de liberdade e o valor p para a regressão estatística de violência, violência grave, drogas e má conduta total. Descobriu uma participação de cerca de 69,9% de prisioneiros em facções criminosas e aos crimes cometidos nas prisões brasileiras e apresentou neste gráfico abaixo (LOPES, et al., 2016).

Gráfico 1 – Tipologia de crimes cometidos nas prisões no Brasil

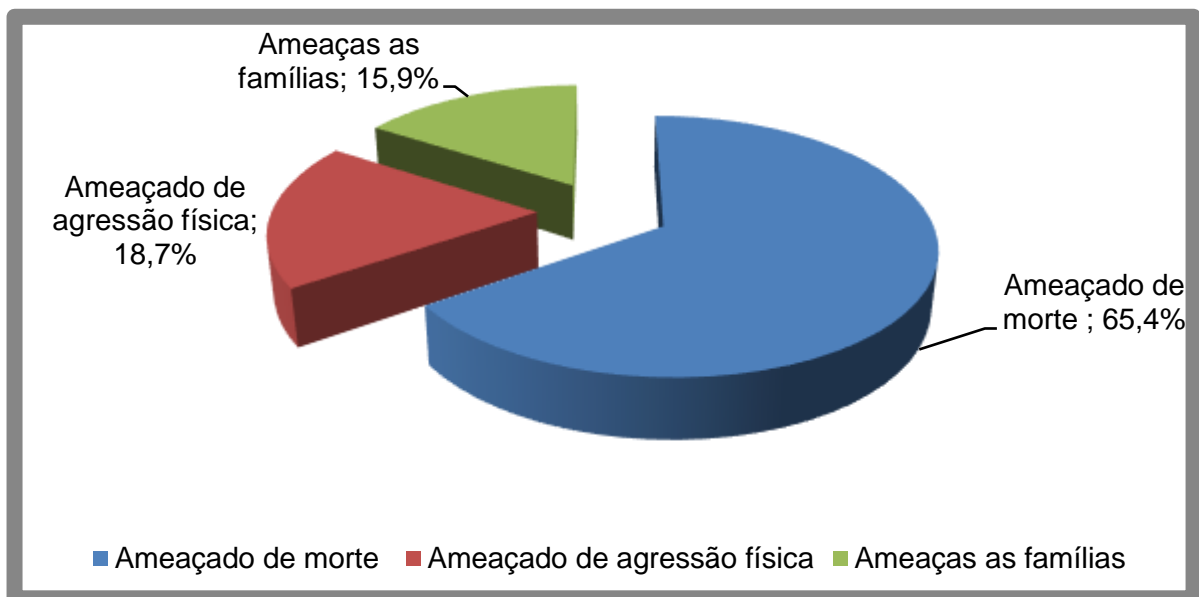


Fonte: Lopes et al. (2016, p. 133).

Lopes et al (2016) também transmite rapidamente o tipo de má conduta em que as facções se especializam e se essa afiliação aumenta ou diminui a probabilidade de conduta indevida em relação a presidiários não afiliados. Por exemplo, embora membros de um certa facção no Rio de Janeiro tivessem uma alta mudança discreta na probabilidade de má conduta violenta em relação à afiliação a sua facção os presos designados como pertencendo a esta facção já pertenceram a outras também e trouxeram hábitos desta outra facção.

A afiliação à Facção Amigos dos Amigos (ADA) reduziu a probabilidade de conduta indevida em relação aos ataques na favela de forma indiscriminada já que seu líder – o falecido bandido Playboy – não admitia que moradores fossem vítimas de sua guerra com outras facções e nas prisões, não admitia agressões e nem ameaças a presos comuns como presos por pensão alimentícia, crimes financeiros contra bancos, pequenos roubos, etc. Seus membros não podiam de forma alguma cometer má conduta ou outro forma de violência contra esses tipos de presos. Essa representação gráfica de Lopes et. al. (2016) permite que se verifique não apenas a gravidade dos crimes cometidos mas também das ameaças coletiva da facção, mas também a composição da ameaça, conforme gráfico 2 abaixo:

Gráfico 2 – Presos não membros de facções criminosas ameaçados



Fonte: Lopes et al. (2016, p. 133).

Além disso, este percentual alternativo é baseado em modelo e tem uma interpretação direta. O percentual de ameaças de facções a presos que não

pertencem a nenhuma facção mostra a probabilidade relativa de má conduta violenta, violenta grave e uso de drogas, ao mesmo tempo que controla os fatores de fundo dos participantes individuais das facções que os predispõem à má conduta. A representação gráfica também demonstra a heterogeneidade no efeito que a afiliação a facções tem sobre as formas de conduta imprópria (SALLA, 2008).

4 GESTÃO DO ESTADO E FACÇÕES CRIMINOSAS

A gestão do sistema prisional brasileiro deixa evidente que o sistema de governança facilita a autogestão do mesmo por facções criminosas com suas próprias regras imposta com violência. De dentro dos presídios os chefões destas facções conseguem gerir o tráfico de drogas (CAMPOS, 2009).

Este contexto único oferece a oportunidade de avançar a compreensão de como as pessoas definem e fazem cumprir as regras da prisão como os próprios presos a definem e como o comércio ocorre quando os indivíduos não podem contar com um sistema legal governamental eficaz. Governos centralizados e organizações de governança concorrentes e sobrepostas podem fornecer instituições de governança que resolvem disputas, garantam direitos e limitem a externalidades negativas, conforme ocorre nas prisões federais do Brasil, principalmente naqueles de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) (MIRANDA, 2012)

A literatura é pródiga e mostra que a autogovernança ocorre praticamente em todos os presídios sob a tutela do ente federativo Estado e a história fornece muitos exemplos de provisão privada de governança. As organizações de governança de presídios requerem recursos, que são oriundos do orçamento público. Já as organizações criminosas que autogovernam os presídios adquirem recursos de três maneiras: contando com a preferência cultural inerente das facções criminosas para contribuir; aumentando a qualidade ou quantidade do bem para incentivar contribuições das próprias facções; ou usando ameaças e violência contra pessoas que não queira contribuir, geralmente familiares de presos que não fazem parte das facções (TAVARES, 2014).

O exame das organizações ilícitas (facções) que dominam os presídios no Brasil oferece dois benefícios para a compreensão das instituições de governança oficiais. Em primeiro lugar, traficantes de drogas e facções de prisão não podem confiar na lei de contratos. Isso garante que os criminosos devem fornecer algum tipo de governança, embora claramente isso ocorra aninhado em instituições baseadas no Estado (TAVARES, 2014).

Em segundo lugar, os grupos ilícitos têm acesso a uma gama diferente de instrumentos para financiar a governança, incluindo maior uso de ameaças e

violência. Esse tipo de financiamento nasceu nas organizações terroristas e se expandiu para o mundo das prisões. O Hamas e o Hezbol-lah induziam contribuições fornecendo ajuda mútua valiosa, à qual um participante perderia o acesso se ele ou ela deixar de contribuir. No Brasil isso ocorre sistematicamente, quando facções criminosas vendem segurança dentro dos presídios. O preso que não pertence a uma facção geralmente paga para não ser molestado indo de encontro ao que diz a lei que deve proteger o apenado, por este está sob a custódia do Estado. Se o preso se recusa a pagar, ele sofre todo tipo de agrura na prisão (TAVARES, 2014).

Algumas facções exigem sacrifícios caros que sinalizam o nível de comprometimento de um membro potencial; uma vez considerado aceitável, o recruta ganha acesso aos bens que a facção pode proporcionar (TAVEIRA, 2010).

A cultura também pode desempenhar um papel importante, inculcando uma preferência por contribuir ou por meio de normas que desaprovam a retenção. Homogeneidade socioeconômica e religião podem facilitar a cooperação dentro do grupo para aqueles que operam fora do sistema legal (ZALUAR, 2012).

Em 1969, presos da Ilha Grande se uniram os presos políticos e sob a liderança de William Professor, uma organização criminosa, inicialmente para se proteger de presos predadores. O grupo cresceu rapidamente em poder e adotou o nome de Falange Vermelha (ZALUAR, 2012).

A literatura diz que logo se transformou em um facção muito poderosa dentro dos presídios do Rio de Janeiro. Da facção originária, surgiu o Comando Vermelho que depois se dividiu em Amigos dos Amigos (ADA) e outras menores (ZALUAR, 2012).

Estimativas indicam que há atualmente 155-300 membros oficiais do Comando Vermelho no Brasil e muitos outros associados, que auxiliam a organização na realização de seus empreendimentos ilícitos e aspiram a se tornar membros plenos. Em São Paulo, surgiu o final dos anos de 1980, O Primeiro Comando da Capital – PCC que rapidamente se tornou na maior organização criminosa do Brasil. Essas facções dominaram não só os presídios, mas principalmente os bolsões de pobreza das grandes cidades brasileiras. A maioria dos membros dessas facções já participou de um ou outra facção, mas devem ser leais à facção atual a que estão vinculados na prisão assim que ingressarem (MIRANDA, 2012)

A facção da prisão também exige que seus membros continuem trabalhando para ela depois de libertados. Membros de facções consideram pertencer à mesma como uma posição elevada no submundo do crime. De acordo com o promotor público de São Paulo, responsável pelos processos da maioria dos presos que

ocupam posição de destaque na hierarquia do PCC, a facção é a "empresa do crime mais organizada do Brasil hoje" (TAVARES, 2014).

A facção desenvolve na prisão atividades e na rua que se enquadram em duas grandes categorias. Primeiro, eles participam de crimes convencionais, como distribuição de entorpecentes, assalto à mão armada e assassinato. Em segundo lugar, as facções criminosas administram um sistema de instituições governamentais que facilitam a troca ilícita de mercado protegendo propriedades, fazendo cumprir acordos e julgando disputas entre facções de rua (DIAS, 2012).

Embora sejam publicamente inimigas e se enfrentem constantemente dentro ou fora dos presídios pelo poder, geralmente respeitam o espaço da outra facção, desde que seja respeitada também. Essas facções são baseadas em bairros e comunidades carentes e sua fonte de receita primária é a venda de narcóticos. Claro, nenhuma facção são etnicamente homogêneas, mas prevalece a presença de negros e pobres (TAVEIRA, 2010).

Dentro das prisões o clima é tenso o tempo todo, mas conseguem em alguns presídios colocar de lado suas rivalidades e obedeceram ao sistema como um todo. Isso ocorre em alguns presídios cuja convivência entre facções é inevitável. Claro que as facções, fora do sistema prisional competem uns com os outros pelo território do mercado de drogas ilícitas, bem como com outros fornecedores de drogas. Devido ao seu *status* ilícito, os traficantes de drogas não podem contar com a polícia para garantir sua propriedade ou depender dos tribunais para resolver disputas (DIAS, 2012).

Tavares (2014) relata que membros do PCC muito respeitados criaram uma estrutura organizacional mais formal. Existia apenas um posto oficial, cada membro tinha um voto e ninguém podia dar uma ordem a outro membro. Foram esmagados dentro da prisão. Mortos com requinte de crueldade. Mendonça (2017) diz que na realidade, alguns membros têm mais influência sobre a organização do que outros, e um ex-membro explicou a ele que "os líderes assumiam naturalmente seus papéis e chegavam a ponto de praticamente ditar a política no local determinado do prisioneiro dentro da prisão ambiente ou do lado de fora".

A organização interna das facções criminosas funciona como uma cooperativa tradicional. A facção da prisão carece de direitos de controle claramente definidos e um reclamante residual claro. As facções da prisão são de propriedade dos trabalhadores, cada membro da hierarquia de comando tem direito a voto e a facção depende de uma estrutura de regras internas e proíbe um mercado secundário para membros (ZALUAR, 2012).

A carceragem torna o monitoramento caro, de modo que a facção depende, em parte, da filtragem de recrutas de baixa qualidade antes de entrarem. Para se tornar membro, um presidiário deve ter demonstrado sua alta qualidade dentro de uma facção na rua, ou de seu crime se adequado aos crimes praticados pelas facções nas ruas e participar das atividades da facção em cadeias e prisões (DIAS, 2006).

Um membro atual deve patrocinar um recruta, e a facção responsabiliza o patrocinador pelo comportamento do recruta. A facção normalmente requer o apoio unânime dos membros no local de patrocínio. Os recrutas devem fazer o juramento, que exige agredir ou matar um inimigo da facção contrária para ingressar e uma promessa de adesão vitalícia, que se violada é punível com a morte (CAMPOS, 2009).

Essas práticas revelam informações sobre as habilidades e dedicação do recruta. Os clubes geralmente exigem sacrifícios e estigmas dispendiosos como mecanismos para melhorar a qualidade dos membros e limitar o carona. Uma constituição descreve as instituições de governo interno da facção criminosa segundo alguns preceitos básicos discriminados por Mendonça (2017, p. 56):

1 - Um membro não pode ser homossexual; se for tem que ser muito discreto; 2 - Um membro não pode ser um informante, ou seja alcaguete, que deve ser punido como a morte; 3 - Um membro não pode ser um covarde; 4 - Um membro não deve levantar a mão contra outro membro sem sanção; 5 - Um membro não deve desrespeitar a família de nenhum membro, incluindo sexo com a esposa ou namorada de outro membro, dentro ou fora dos presídios; 6 - Um membro não deve roubar de outro membro; 7 - Um membro não deve interferir nas atividades de negócios de outro membro; 8 - Um membro não deve fazer política contra outro membro ou causar dissensão dentro da organização; 10 - A associação é para toda a vida; 12 - A filiação exige agredir/matar todos os desistentes e inimigos que encontrar pela frente; e, 11 - A Facção vem em primeiro lugar, mesmo antes de sua própria família.

Esses mandamentos são comuns a todas as facções criminosas independente das animosidades entre elas. Funcionam como preceitos universais entre elas e não só no Brasil, mas, praticamente no mundo inteiro, como uma regra de dentro dos presídios (MIRANDA, 2012)

Pode afirmar que trata-se de uma constituição que cria conhecimento comum sobre o que os membros podem esperar dos outros e, portanto, reduz o conflito

dentro do grupo, alinhando as expectativas e coordenando a aplicação das regras. Também proíbe as atividades dos membros que geram custos externos, como informar às autoridades policiais, agir de maneira covarde ou se envolver em atividades homossexuais, o que a cultura criminosa supostamente vê de forma negativa (DIAS, 2012).

As regras da organização limitam proíbem conflito físico e desrespeito, roubo de outros membros, interferindo nos negócios de outros e politicagem. A facção vota em decisões importantes, incluindo quem pode se tornar um membro. A Polícia Federal do Brasil gravou uma reunião em que cerca de uma dúzia de membros debateram sobre a morte de um membro que cometeu o crime de estupro. O patrocinador do recruta fez uma petição ao grupo para votar sim, justamente por ser o responsável pela entrada dele na facção. Seu voto foi o primeiro funcionado como um relator de pseudo processo. Disse ele: "Esse fdp me enganou; pediu para entrar por intermédio da minha esposa que é prima dele; depois que entrou fez um monte de merda e essa ai foi a maior; tá pedido uma oportunidade; a minha resposta é não. Sal nele". Sal é a gíria utilizada para morte. Todos votaram com ele e o elemento foi morto ali mesmo, onde estava sob o domínio da facção que o prendeu antes da polícia (TAVARES, 2014).

Ele argumentou que o recruta quebro a regra com relação ao crime de estupro, crime inadmissível no mundo do crime. O voto dele foi aceito por unanimidade e é aconselhado, "há certas regras e diretrizes pelas quais seguimos... e levamos isso muito a sério e uma delas e não estuprar ninguém (DIAS, 2012).

As punições por violar essas regras incluem multas, agressões, esfaqueamentos e morte. As facções criminosas muitas vezes votam se deve matar pessoas (incluindo membros que infringiram as regras), e os membros invocam a constituição em conflitos intragrupais. Por exemplo, os membros votaram para matar outro membro que estava fazendo política e empossou novos membros sem seguir os procedimentos apropriados. A Polícia Federal atribui a eficácia da organização à "disciplina que seus membros desenvolveram ao longo do ano por meio da aplicação de suas leis internas" (CAMPOS, 2009).

5 CONCLUSÃO

Este artigo representa uma análise abrangente do efeito da afiliação a facções criminosas na má conduta carcerária. Semelhante a algumas pesquisas de pesquisadores especialistas no assunto da segurança pública, descobriu-se que a adesão aumenta a violência e quase todas as outras formas de má conduta penitenciária, independentemente de esses comportamentos inadequados serem regra infrações ou crimes reais.

Demonstrou-se que a afiliação a facções criminosas aumenta a probabilidade de violência e outras formas de má conduta, mesmo depois de controlar as características individuais dos presidiários que pesquisas anteriores estabeleceram estarem associadas a uma predisposição violenta.

Assim, depois de controlar para uma medida de risco violento, uma história anterior de violência e outros fatores de fundo, a afiliação a facções criminosas aumenta a probabilidade de violência e outra má conduta. se alguém é um membro central ou mais periférico de uma facção, também está relacionado ao nível de violência.

Os membros do núcleo central das facções criminosas são mais propensos do que os afiliados periféricos a cometer má conduta violenta. Além disso, os membros mais periféricos (suspeitos e associados) são propensos a cometer má conduta violenta do que seus pares não afiliados. Isso também é análogo às descobertas na literatura sobre facções criminosas no Brasil. Portanto, deve-se qualificar algumas das conclusões causais que se pode tirar.

Por exemplo, os presos são mais propensos a serem designados como membros de facções, suspeitos ou associados por causa de sua tendência à má conduta e, portanto, o que se está observando é o resultado da rotulação, em vez de algum fenômeno de facções. A sequência causal pode ter sido violência e afiliação a facções, e não o contrário. Para atenuar essa interpretação, está o fato de que a filiação à facções dentro do modelo americano adaptado por Lopes et al. (016) é baseada em sinais, símbolos e inteligência sobre a atividade das facções, e não na má conduta dos indivíduos.

A constatação consistente de que o tempo nas facções reduz a quantidade e a probabilidade de má conduta exige estudos adicionais. Essas facções estão esgotada ou é o oposto? É, de fato, evidência de que quanto mais presos são afiliados, mais eles assumem posições de liderança e ordem ao invés de cometerem conduta ilegal? Ou será que quanto mais tempo os presidiários estão nas facções, mais as autoridades respondem monitorando e suprimindo suas atividades? Como o significado desse fenômeno é muito importante para estratégias de intervenção do poder público nas facções, ele merece um estudo mais aprofundado.

A representação gráfica também mostrou que havia uma grande heterogeneidade nas medidas agregadas de má conduta de facções após o controle de fatores que predisporiam os indivíduos à má conduta. Qualquer modelo que possa rastrear informações semelhantes poderia desenvolver um índice de ameaça baseado em um modelo para monitorar a atividade de facções.

REFERÊNCIAS

AMORIM, C. **Comando Vermelho**: A História Secreta do Crime Organizado. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2014.

BADIER, P. A. de. **O Estado Democrático de Direito e a sociedade civil**. 2. Ed. São Paulo: Summus, 2010.

BARROS, N. V.; ZALUAR, C. A.; DUARTE, K. M. **Juventude e criminalização da pobreza**. Educare. Vol. 3, nº 5, jan./jun. 2008.

BIONDI, K. **Junto e misturado**: imanência e transcendência no PCC. 2009. 193f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009.

CAMPOS, F. B. **Estado e Sociedade Civil no Brasil**. São Paulo: Unicamp, 2009. (Dissertação de Mestrado). Versão digitalizada.

CARDIA, P. **A responsabilidade civil do Estado com egressos do sistema penitenciário**. São Paulo: RT, 2014.

CURRY, G. D. **Envolvimento auto relatado de facções criminosas e delinquência oficialmente registrada**. Criminology, 38, 1253-1274, 2016.

DIAS, C. C. N. **Da guerra à gestão: a trajetória do Primeiro Comando da Capital (PCC) nas prisões de São Paulo**. Revista Percurso: Sociedade, Natureza e Cultura. Ano VIII, No. 10, 2009, Vol. 02, pp. 79-96.

DIAS, C. C. N. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital no sistema carcerário paulista. 2011. 386f. Tese (Doutorado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2011.

DIAS, C. C. N. **Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 23, n. 2, 2017.

ESBENSEN, F. A.; HUIZINGA, D. **Facções criminosas, drogas e delinquência em uma pesquisa com jovens delinquentes**. Criminologia, 31, 565-589, 2013.

GARL, D. **As contradições da sociedade punitiva**: o caso brasileiro. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 13: 59-80, nov., 2018.

GOFFMAN, B. **Doutrinas do sistema penitenciário brasileiro**. 2 ed. São Paulo: RT, 2014.

JOZINO, J. **Cobras e lagartos**: a vida íntima e perversa nas prisões brasileiras. Quem manda e quem obedece no partido do crime. Rio de Janeiro, Objetiva, 2015.

KLEIN, M. **Facções criminosas**. Em M. Tonry (Ed.), O manual do crime e da punição (pp. 111-132). Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2018.

LOPES, P. F.; KUEHNE, P.; CALLIGARIS, R.; EVANGELISTA, M. D. **O modelo do *Bureau of Prisons* – BOP aplicado no sistema penitenciário brasileiro**. São Paulo: Lherht Editora, 2016.

MENDONÇA, R. A. **Facções criminosas no Brasil**: da Falange Vermelha ao PCC. De Altar Boy a Hit-man. Corona, CA: Ken Whitley, 2017.

MIRANDA, H. P. **Hierarquização do crime no sistema prisional brasileiro**. Artigo, 2012. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br> Acesso em 14 de out de 2020.

MORAES, M. A. **A natureza processual**. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, nº. 156, p. 27, ago de 2010.

RAMALHO, J. R. **Mundo do Crime**: a ordem pelo avesso. 3 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

ROCHA, L. C. da. **A Prisão dos Pobres**. Tese de Doutorado, Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2014.

SALLA, F. **As rebeliões nas prisões**: novos significados a novos significados a partir da experiência brasileira. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 274-307.

SALLA, F. **O PCC e a gestão dos presídios em São Paulo – entrevista com Nagashi Furukawa**. Novos Estudos – CEBRAP, São Paulo, n.80, p.21-81, mar. 2008.

SALLA, F.; DIAS, C. N.; SILVESTRE, G. **Políticas Penitenciárias e as facções criminosas**: uma análise do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e outras medidas administrativas de controle da População carcerária. Estud. sociol., Araraquara, v.17, n.33, p.333-351, 2012.

SHIMIZU, B. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas**: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre. Orientador: Professor Doutor Alvino Augusto de Sá Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

TAVARES, E. **Vitimologia**: definições inovadoras no direito penal. Artigo, 2014. Disponível em <http://direitonet.com.br> Acesso em 14 de out de 2020. .

TAVEIRA, J. C. **Sociologia do crime na visão de Durkheim**. São Paulo: Moderna, 2010.

ZALUAR, A. **Crime organizado e crime institucional**. Artigo, 2012. Versão digitalizada.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

LOYANNA STEFANIE GONZALES

GOMES DE OLIVEIRA: Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil campus Manaus.

RUBENS ALVES DA SILVA⁴

(orientador)

RESUMO: Este artigo teve por objetivo geral, analisar, no âmbito da literatura, a influência que a mídia exerce sobre decisões judiciais nos julgamentos do tribunal do júri, além de especificamente analisar o papel do tribunal do júri; identificar o papel da mídia; e, verificar como a mídia produz resultados que na maioria das vezes vão de encontro ao sistema processual penal. O tema se torna substancial no momento em que os recursos de mídia são intensos e sua utilização tem provocado mudanças sociais enormes, sendo o sistema judicial influenciado por ele, sem sobras de dúvidas. Para atingir os objetivos do trabalho foi utilizado à metodologia da pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos que se ocupam da análise do tema. Desta forma, o presente estudo abordou a influência da mídia nas decisões judiciais de processos criminais. Neste contexto, é importante ressaltar até que ponto a mídia provoca mudanças nas decisões judiciais em processo criminais que podem levar a uma sentença errônea. Quando a mídia notícia de forma alarmante os crimes podem estar praticando abusos contra direitos perfeitamente estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, causando um transtorno maior e condenando o acusado antes de se provar se ele é o não culpado. E estes atos devem ser condenados.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Mídia. Influência da Mídia.

ABSTRACT: This article had as general objective, to analyze, in the scope of the literature, the influence that the media exerts on judicial decisions in the judgments of the jury court, besides specifically analyzing the role of the jury court; identify the role of the media; and, verify how the media produces results that most often go against the criminal procedural system. The theme becomes substantial at a time when the media resources are intense and their use has caused enormous social changes, with the judicial system being influenced by it, without any doubts. To

⁴ Mestre em Direito do Trabalho Faculdade de Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas em 2013 e professor do curso de Direito do CEULM/ULBRA, Manaus-AM, advocacia@rubensalves.com.br

achieve the objectives of the work, the methodology of bibliographic research was used in books and scientific articles that deal with the analysis of the theme. Thus, the present study addressed the influence of the media in the judicial decisions of criminal cases. In this context, it is important to emphasize the extent to which the media causes changes in judicial decisions in criminal proceedings that can lead to an erroneous sentence. When the media alarmingly report the crimes, they are abusing rights perfectly established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and causing a major disturbance and condemning the accused before proving whether he is the guilty party. And these acts must be condemned.

Keywords: Court of Jury. Media. Influence of the Media. .

1 INTRODUÇÃO

É inegável o papel exercido pela Mídia na formação de opinião dos indivíduos, bem como nos hábitos, costumes e até mesmo valores da sociedade em geral. Tanto é verdade que, devido a sua magnitude, foi batizada como o “Quarto Poder”, em alusão aos 3 poderes reconhecidos constitucionalmente no Estado Democrático: Legislativo, Executivo e Judiciário. Com o advento da tecnologia, unido ao processo de globalização, o poder e alcance das mídias em geral vem se mostrando cada vez maior e abrangente no cenário contemporâneo. Por este motivo, ao se falar em Mídia é preciso ter em mente a amplitude de seu significado, tendo em vista que diz respeito a todos os meios de comunicação e veiculação de informação, seja ele televisionado, falado, impresso ou virtual, inclusive através das cada vez mais populares “redes sociais” (OLIVEIRA, 2016).

Assim, é possível afirmar que a Mídia sempre teve importância dentro do contexto social, entretanto, é notória a maior facilidade e velocidade que, nos dias de hoje, uma informação, seja ela falsa ou verdadeira, propaga-se em toda a sociedade. Deste modo, a divulgação pode influenciar sobremaneira em diversos aspectos do cotidiano, tanto positivamente como negativamente, dependendo de sua origem e confiabilidade (ANDRADE, 2011).

Seguindo este pensamento, a preocupação que motivou este trabalho gira em torno da possibilidade da influência da Mídia extrapolar o ambiente sociológico e interferir no âmbito jurídico, ferindo princípios basilares do ordenamento constitucional e processual brasileiro, colocando em dúvida a capacidade do Poder Judiciário de, através de seus representantes, exercer sua função típica de promover justiça.

Os casos jurídicos de maior notoriedade e apelo midiático estão, geralmente, relacionados à esfera criminal, já que, além do impacto social, gera consequências

gravosas aos acusados, especialmente no que tange às penas impostas. Por este motivo, mais perigosa e temerária é qualquer tipo de influência externa no poder de convencimento e na imparcialidade dos julgadores que possa interferir na correta aplicação deste ramo do direito.

Deste modo, o problema que orientou este artigo se concentra no seguinte questionamento: A repercussão dada pela mídia pode influenciar as decisões judiciais no tribunal do júri? Em resposta a esta pergunta supõe-se que a repercussão dada pela mídia pode influenciar estas decisões, positivamente ou negativamente, o que poderá ser confirmado através de pesquisa qualitativa realizada na bibliografia disponível relacionada ao tema deste trabalho. Assim, este estudo tem por objetivo geral analisar, no âmbito da literatura, a influência que a mídia exerce sobre decisões judiciais nos julgamentos do tribunal do júri, além de especificamente analisar o papel do tribunal do júri; identificar as finalidades e os propósitos das penas e a legislação processual penal; e, verificar como a mídia produz resultados que na maioria das vezes vão de encontro ao sistema processual penal.

A relevância do tema abordado encontra-se nos diversos casos concretos existentes, desde os primórdios da imprensa até os tempos atuais, em que a Mídia moderna parece estar cada vez mais influenciando nas decisões de processos criminais que ganham repercussão, interferindo diretamente na vida dos acusados e podendo colocar em risco a segurança jurídica brasileira, atingindo, assim, indiretamente, toda a sociedade.

Do ponto de vista positivo, a influência da Mídia pode ser vista como a expressão do “Quarto Poder”, exercendo um controle externo sob as instituições democráticas e dando “voz” ao povo, visando à correta aplicação das normas legais, de forma célere e transparente, conforme os princípios da Administração Pública (ARENDDT, 2006).

Por outro lado, sob a ótica negativa, o poder dessa influência pode afetar o Estado Democrático de Direito, ocasionando efeitos prejudiciais no que tange ao Poder Judiciário, como, supostamente: privilegiar o andamento dos casos que ganham destaque na Mídia frente aos demais; aplicar a lei de forma mais severa para os casos de repercussão; não observar os rigores formais, visando atender o clamor popular; antecipar juízo de valor e julgamento com base na opinião pública, entre outros (BARROSO e BARCELLOS, 2005).

Todos os efeitos prejudiciais supracitados ferem frontalmente diversos princípios constitucionais, elencados no desenvolvimento do trabalho, que devem nortear o processo criminal, seja ele de notoriedade pública ou não, visando

resguardar os aspectos normativos que orientam e garantem o correto exercício do Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2016).

No Brasil, existem diversos exemplos de crimes famosos, dentre eles, alguns casos recentes de grande repercussão parecem ter sofrido influência da mídia em seu processo decisório, como ocorreu no caso Izabella Nardoni, que foi assassinada pelo pai e pela madrasta. Ambos já estavam condenados mesmo antes de qualquer sentença judicial.

Outro caso emblemático é o do ex-goleiro do Flamengo, Bruno, que teria mandado matar a amante, Elisa Samúdio, com quem teve um filho, e cujo corpo nunca foi encontrado. Mesmo após ser condenado e cumprir parte da pena com bom comportamento, Bruno encontrou dificuldades para obter progressões de regime e gozar de outros direitos previstos, em virtude da exposição midiática que sofreu qualquer movimentação em seu processo de execução penal. Ao sair da cadeia encontrou muitas dificuldades em exercer sua profissão, já que qualquer clube que tentasse contratá-lo sofria ataques imediatos de qualquer tipo de Mídia. Hoje Bruno disputa a série D do campeonato Brasileiro pelo Rio Branco do Acre, mas é hostilizado por onde passa.

Durante muito tempo, os crimes que tinham maior repercussão na Mídia eram aqueles praticados com violência, em sua maioria homicídios, posto que, pela brutalidade, chocavam a população, alterando a paz social e gerando pressão sobre a atuação do Judiciário. Estes tipos de crime ainda são motivo de destaque e suscetíveis a influência externa durante o processo decisório, todavia, vem se notando uma mudança de paradigma quanto aos processos criminais sujeitos a interferência da Mídia na resposta desejada do Judiciário.

Está mudança está nos crimes de corrupção praticados por parte dos representantes do primeiro escalão dos outros dois (2) poderes constitucionais – Legislativo e Executivo – tanto no âmbito estadual como nacional, em conluio com grandes empresários, que outrora eram quase inatingíveis pelo Judiciário e hoje estão se vendo encarcerados como criminosos “comuns”, expostos a mesma influência midiática que até um passado recente não temeriam.

2 TRIBUNAL DO JURI

No final de um século com faces diferentes, como o século XVIII, a França impôs-se ao palco da história e, a partir de uma cadeira conquistada por ideias e ações, ditou os princípios cardeais da modernidade ao resto da Europa continental e, posteriormente ao mundo inteiro (DALLARI, 2012).

Se o direito natural e o iluminismo foram o pano de fundo cultural da preparação, a Revolução de 1789 foi, também para a história do direito continental, um acontecimento talvez mais importante por suas consequências distantes do que por seus resultados imediatos. Conseguiu traduzir os princípios iluministas para a Constituição e torná-los operacionais por meio de leis ordinárias, adaptando-os, porém, a um programa político muito distante daquela tão almejada sociedade aristocrática pensante que deveria, em nome de uma pedagogia da felicidade, fazer o homem livre (GONÇALVES, 2014).

A reforma legislativa implementada em uma década destinada a abalar os alicerces de convicções e conceitos consolidados foi alimentada pelo primeiro resultado do pensamento iluminista: a soberania do direito e a conseqüente certeza do direito. Visava atingir esse objetivo durante todo o período do chamado '*droit intermédiaire*', talvez o único elemento de continuidade nas fases muito convulsivas do processo revolucionário: a lei foi o instrumento utilizado pela Revolução para alcançar a regeneração do indivíduo e, conseqüentemente, a renovação da sociedade (MOREIRA, 2006).

O culto legalista, já cultivado pelo iluminismo à *la Verri*, para o qual era melhor viver sob o governo de boas leis do que de homens bons (antecipando e predizendo o uso político que a Revolução faria da lei) surgiu da necessidade de um freio à arbitrariedade jurisprudencial que durante séculos dominou o cenário jurídico. Tratava-se, porém, de mudar o nome de um 'soberano': de jurista para legislador. E esse direito, não mais identificável com diferentes fontes de produção, mas cristalizado exclusivamente na lei, tornou-se um instrumento a serviço do poder: o direito do indivíduo (tradução legislativa dos direitos naturais do homem) tinha que ser conciliado com o direito do Estado e a felicidade do indivíduo harmonizando-se com a pública. Dessa operação complexa, a lei era o meio e a justiça o fim (MOREIRA, 2006).

O documento capaz de unir esses dois polos (direitos do indivíduo e direito do Estado) foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, preâmbulo da atual Constituição, a imitar o ocorrido em alguns estados do Norte. Uma declaração em que o pensamento de Montesquieu e Rousseau brilhou contra a luz: o primeiro aceitou o princípio da separação de poderes (o artigo 16 afirmava que, onde não houvesse separação de poderes, não poderia haver constituição). A noção de direito como expressão da vontade geral (artigo 6º) e a ideia de que a soberania residia na Nação (artigo 3º) é outra (GONÇALVES, 2014).

Porém, ao contrário do que afirmava Rousseau, ele o exerceu por meio de representantes sem mandato imperativo, dando início a uma democracia

representativa, entendida como uma organização política na qual os representantes eleitos enquanto tais representam toda a nação, ou todo o povo. além das antigas fragmentações. A nova perspectiva estava destinada a criar uma verdadeira aliança entre as razões do individualismo e as razões do estadismo. Isso significava decretar o fim da divisão da sociedade em três estados do antigo regime, acolhendo a singularidade da soberania, completam o caminho de ruptura com o passado, lançam as bases do instrumento codicístico⁵ que pressupõe o reconhecimento de uma única pessoa jurídica (LACERDA, 2018).

A Declaração continha em si certa ansiedade constitucional, que gerou diversos frutos na curta, mas intensa parábola entre 1791 e 1795. As referências ideológicas eram o liberalismo burguês, o Iluminismo radical, a interpretação jacobina de cada vez. do pensamento de Rousseau: mas o traço conotativo era a solução de uma única câmara, desprovida daqueles freios e contrapesos que poderiam ter limitado seus desvios extremos (MOREIRA, 2006).

Coube principalmente à Constituição de 3 de setembro de 1791 implementar os valores contidos na Declaração e modelar uma monarquia constitucional na qual a distribuição de poderes entre os vários órgãos fosse implementada, a fim de permitir o primado do poder legislativo sobre qualquer outro e respeitar a soberania nacional. No entanto, não foi o suficiente para transformar todas as leis em leis; não bastava reconhecer a supremacia e a capacidade regenerativa deste último do homem e da sociedade. Era preciso retirar o direito a qualquer manipulação interpretativa, para evitar que o espírito da lei pudesse ser traído em sua fase de aplicação por juristas e juizes dispostos a sufocar o axioma básico de fato: a Assembleia (e, portanto, a Nação) tinha que ter o monopólio exclusivo da lei, ao qual todos estavam sujeitos e deviam obediência (DALLARI, 2012).

Era, portanto, necessário iniciar uma reorganização do poder judicial para torná-lo nulo como Montesquieu desejava (apesar da ambiguidade de uma fórmula que está sujeita a diferentes interpretações) e expressão do novo ator da soberania (GONÇALVES, 2014).

Os temíveis parlamentos foram varridos em 1789, o *référé législatif* foi introduzido em 1790 e o Tribunal de Cassação estabelecido no mesmo ano (apenas para recordar algumas das intervenções mais significativas implementadas, era necessário intervir na esfera penal, material e judicial, uma esfera delicada, que sempre foi um reflexo da essência política de um governo) (LACERDA, 2018).

5 Tratamento mais favorável

A Constituição de 1791, paralelamente à tripartição dos fatos ilícitos operados pelo código penal contemporâneo (multas, ofensas, crimes, repartidos segundo a pena), atribuía competência a três órgãos distintos: o tribunal municipal de polícia, competente em matéria de multas e estabelecido em cada município; o Tribunal de Polícia Correccional, competente para delitos e presente em todas as capitais cantonais e, por fim, o Tribunal Criminal, convocado para tratar dos crimes, com sede nas capitais departamentais (MOREIRA, 2006).

A nação recém-nascida se encontrou recomposta em uma pirâmide perfeita de administrações periféricas, cada uma das quais concebida como uma seção do mesmo todo e destinada a funcionar como uma engrenagem na mesma máquina indivisível (DALLARI, 2012).

No tribunal penal, o júri penal funcionou, uma síntese perfeita dos objetivos perseguidos no campo judicial: o povo, detentor da soberania, foi chamado a participar na administração da justiça (LACERDA, 2018).

A introdução deste órgão, por imitação da experiência do outro lado do Canal, tomou forma já em 1789, quando com o decreto de 8/9 de outubro - 3 de novembro 8 mudanças significativas foram feitas no antigo rito inquisitória, personificado pelo famoso decreto de Luís XIV de 1670, longo alvo de flechas reformistas (GONÇALVES, 2014).

Embora significativamente alterada pelo decreto pretendido pela Assembleia Constituinte, a antiga legislação régia continuou em vigor. Na verdade, foi somente com a lei de 16-29 de setembro de 1791 que todo o procedimento foi reformado em sua raiz e a portaria real foi definitivamente revogada, reconhecendo, entretanto, que «*le progrès capital réalisé par le décret d'octobre consiste publicité du débat criminel*. Para dizer a verdade, o dispositivo de 1789 não contemplava expressamente a instituição do júri, mas sim uma forma embrionária de participação popular que se realizava através dos adjuntos (cuja figura era regida pelos artigos 5º a 8º), que atendiam realizar os primeiros delicados atos de iniciação de todo o procedimento e cuja tarefa cessada, de acordo com o disposto no art. 11, quando o arguido compareceu perante o magistrado (LACERDA, 2018).

Escolhidos pelo juiz em número de dois de cidadãos comuns inscritos em listas especiais assistiram à lavratura da ata realizada no local do crime, ao interrogatório das testemunhas (MOREIRA, 2006).

Embora tenha nascido na Inglaterra de onde se origina o nome júri (jury) foi na Revolução Francesa que ganhou grande destaque, já que nascia nesta revolução os princípios da liberdade e da igualdade (DALLARI, 2012).

No Brasil, o júri foi implantado com o Advento da Lei, em 18 de junho de 1822, com o objetivo de julgar os crimes de imprensa e os crimes políticos. Na Constituição Republicana de 1891, o legislador não se omitiu de manter e ampliar as prerrogativas do júri que constavam da Declaração dos Direitos, parágrafo 31 do artigo 72. Com relação à Constituição de 1934, o Júri foi mantido e assim restou disciplinado: “É mantida a instituição do Júri com a organização e as atribuições que lhe derem a lei” (DALLARI, 2012).

Já o governo de ditatorial de Getúlio Vargas no Estado Novo extinguiu a soberania do Júri na Constituição Federal de 1937. Nesta ocasião, através do Decreto nº 167, era facultada a apelação sobre o mérito, conferindo, então, o poder de reformar a decisão do Júri pelo Tribunal de Apelação. Não é difícil entender o quanto essa característica teve efeitos deletérios nos julgamentos do Tribunal do Júri, transformando-o em fonte inesgotável de erros judiciários (GONÇALVES, 2014).

O apontado no inc. XXXVIII do art. 5º da vigente Lei das Leis, por sua vez, manteve o Colegiado Popular, sendo-lhe assegurado à plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania das decisões e a competência em razão da matéria, ou seja, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (LACERDA, 2018).

A plenitude de defesa dá conta de um direito de o acusado ter sua defesa técnica realizada por profissional habilitado e, em caso de discordância entre suas teses pessoais e as do advogado, ver-se resguardado no direito da apreciação de todas elas pelos jurados. Ainda, que a plenitude de defesa se assenta na possibilidade de o acusado se opor ao que contra ele se afirma. Trata-se de uma variante do princípio da ampla defesa, consignada no art. 5º, LV, da Constituição Federal (DALLARI, 2012).

3 A MÍDIA

Como nasce a mídia? Muitos dizem que ela nasceu com a invenção da máquina de impressão em tipos móveis pelo alemão Johannes Gutenberg, no século XV. Essa invenção teve repercussões enormes na modernidade, dando início ao processo de transmissão da informação via leitura. Sem dúvida que a imprensa é uma das maiores invenções da humanidade. Mas o termo, mesmo usado a partir do século XV, só adquiriu essa conotação semântica a partir do advento da televisão, no final da década de 1920, passando também pelo rádio. Imprensa, passou, então a possuir conotação de divulgação e difusão da informação, via jornais, rádios e televisão.. Mas e o termo mídia? Esse termo nasce a partir do final dos anos 1960, com a natural evolução dos sistemas de comunicação. O termo mídia não existe por si só. É uma necessidade básica da sociedade atual e está inserida definitivamente na sociedade (ANDRADE, 2011).

Há autores que dizem que a comunicação é o reflexo da sociedade. Mas o que se entende por comunicação? Para Mattelart (2011, p. 13) "a mídia é um fenômeno dinâmico que ocorre intencionalmente com o objetivo de obter uma reação estabelecendo assim a troca de sentimentos e ideias. Já Poyares (2014, p. 16), refere-se à mídia como sendo um "processo de informação universal, inerente à natureza de toda organização, desde a mais rudimentar – um mecanismo sem vida – até a mais complexa – a sociedade humana.

Mesmo tendo diversos conceitos, o que se sabe é que a mídia é um processo dinâmico de informações e sentimentos, na qual o meio ambiente interfere. Ela evoluiu a partir da invenção da imprensa, para formar linguagens e inventar meios que vencessem o tempo e a distância, ramificando-se em sistemas e instituições (ARENDR, 2006).

Desta forma, o uso correto das informações na época contemporânea sofreu uma série de transformações radicais. Antes de tudo: emancipou-se de maneira clara, cada vez mais clara, do inventário sistemático dos conhecimentos provenientes da razão pura. Segundo: articulou-se em torno de uma série cada vez mais ampla e complexa de conhecimentos científicos. Terceiro: caracterizou-se como regulado no próprio interior de uma reflexão filosófica que de unívoca e totalizante se tornou regional no discurso da comunicação, do qual ocupa apenas uma parte, embora importante e irrecusável. Quarto: revelou-se como fortemente interligado com o político, com o ideológico. Quinto: assumiu o aspecto de um saber plural, conflituoso, assimétrico no seu próprio interior (entre filosofia e ciência da comunicação, entre teoria e *práxis*). Uma mídia pode ser conceituada como o uso de diversos meios de comunicação, com a finalidade de comunicar-se com os mais diversos conteúdos. Ela se constitui de qualquer meio de tem por objetivo comunicar-se. Mas elas são utilizadas de forma correta ou não (ANDRADE, 2011).

Com a proliferação cada vez maior dos sistemas de informação, que inclui a mídia, elas se desenvolveram de forma muito rápida e se transformaram em um fenômeno denominado 'Era da Informação'. Aliado este termo, tem-se o termo 'Tecnologia da Informação'. O termo tecnologia, conforme Barroso e Barcellos Neto *apud* Bezerra (2011, p. 22), é o "conjunto ordenado de todos os conhecimentos científicos, empíricos e intuitivos necessários à produção e comercialização de bens e serviços", dentre eles a informação.

Desta forma, o conceito de Tecnologia de Informação - TI pode ser descrito como sendo o conjunto ordenado de recursos não-humanos dedicados ao armazenamento, processamento e comunicação de informação, e à maneira pela

qual esses recursos são organizados em um sistema capaz de desempenhar um conjunto de tarefas (BEZERRA, 2011).

Também, para Buiar (2010, p. 62), TI “engloba todos os recursos tecnológicos para armazenagem, tratamento e recuperação de dados, que se transformam, por sua vez, em informações úteis à sociedade”. Conforme Slack *apud* De Paula (2012, p. 42) a “tecnologia de processamento de informação inclui qualquer dispositivo que colete, manipule, armazene ou distribua informação”.

Nos últimos anos, o mundo passou por uma transição de uma economia industrial para uma economia de informação, criando um ambiente onde a informação passa a ser fonte de riquezas e prosperidade, e onde as empresas habituadas a vencerem pelo tamanho começam a perder terreno para concorrentes mais ágeis no uso da informação (DE PAULA, 2012).

Neste novo mundo, as empresas de comunicação dotadas de visão compreenderam que, é necessário gerenciar adequadamente a informação embora a grande maioria tenha até então, focalizado seus esforços apenas na tecnologia da informação por entenderem que o potencial para aumentar sensivelmente a produtividade do trabalhador está neste contexto (MATTELART, 2011).

Apesar da invenção do telefone por Bell, em 1876, do rádio por Marconi, em 1898 e da válvula a vácuo por De Forest, em 1906, as principais descobertas da eletrônica que deram início a toda esta revolução começaram durante a Segunda Guerra Mundial e continuaram nos anos seguintes. Neste período foram inventados o primeiro computador programável e o transistor, fonte da microeletrônica, que são os verdadeiros embriões da Revolução da Informação do Século XX (POYARES, 2014).

A Revolução da Informação iniciou-se na década de 1970, e tem sido seguida de uma série de revoluções – tal qual ocorreu com a Revolução Industrial. Apesar de ter iniciado durante a Segunda Guerra, apenas na década de 1970 estas novas tecnologias de comunicação começaram a se difundir pelo mundo a fora acelerando seu desenvolvimento sinérgico e começando a criar um novo paradigma. Os avanços desta nova eletrônica podem ser observados em três campos principais: microeletrônica, computadores e telecomunicações. O transistor inventado em 1947 na empresa *Bell Laboratories* em Murray Hill, no Estado de Nova Jersey, pelos físicos Bardeen, Brattain e Shockley possibilitou o processamento de impulsos elétricos em velocidade rápida e em modo binário de interrupção e amplificação, permitindo a codificação da lógica e da comunicação com e entre semicondutores (chamados: *chips*) (BEZERRA, 2011).

Entretanto a sua fabricação e utilização em larga escala necessitava de um material mais apropriado. Apenas na década de 1950, foi utilizado o silício como material apropriado para produção desta nova tecnologia que culminou na criação do circuito integrado, o qual realmente se transformou numa explosão tecnológica (ANDRADE, 2011).

A queda de preços desta nova tecnologia (chip) no início da década de 1970 e a invenção do microprocessador pelo engenheiro da Intel, Ted Hoff em 1971, se encarregou de promover uma verdadeira revolução em todo o mundo através da capacidade de processar informações que poderiam então estar sendo instaladas em todos os lugares (BUIAR, 2000).

Na década de 1970, quando a informação, ainda era acessível às pessoas, por meio de jornais, rádio e televisão, o que se observava era uma organização com uma hierarquia bem definida mantendo informação centralizada gerando poder dentro das redações desses mecanismos de mídia. Nesta época a tecnologia da informação não representava nenhuma ameaça, e sim um grande potencial gerador de poder (BUIAR, 2000).

Também para os profissionais que trabalhavam nestes mecanismos de mídia a difusão da tecnologia era restrito e muito diferente dos dias de hoje, já que cada jornal, rádio, televisão tinha um segmento ao qual era ligado e atrelado (BEZERRA, 2011).

No Brasil, neste período (1960-1980) a informação era profundamente centralizada nos órgãos de repressão, já que se vivia, um período de exceção. Mesmo assim, os opositores, lançaram muitos jornais que denunciavam essa situação, mas que não tinham grande alcance (POYARES, 2014).

A partir do final de década de 1980, a evolução dos processos de desenvolvimento mudou o foco desde então, caracterizando novas formas de pensar e agir. Essa mudança de foco provocou uma 'revolução dentro da revolução'. As bases e estruturas da sociedade se modificaram completamente a partir da transformação das formas de disseminação da informação (ANDRADE, 2011).

3.1 Capacidade de manipulação da mídia

A mídia brasileira, em cada época, sempre manifestou um poder de influenciar a sociedade e, principalmente as instituições, dentre elas o poder judiciário. Dependendo do governo de plantão, suas atitudes sempre foram bastante discutíveis. Assim ocorreu com a condenação de Tiradentes, cujos jornais da época, diretamente vinculados ao poder da Metrópole Lisboa, o tratavam como um traidor.

Durante o processo da independência, compraram a ideia de José Bonifácio de Andrade e assim tiveram enorme influência na decisão de Dom Pedro I; foram decisivos também na abolição da escravatura e na Proclamação da República; o mesmo se pode dizer da ascensão de Getúlio Vargas ao poder. Também apoiaram de forma decisiva o golpe militar de 1964; e por fim auxiliaram a transição do governo militar para o governo civil, iniciada em 1978 pelo Presidente General Figueiredo (OLIVEIRA, 2016).

A mídia mostrava ao povo brasileiro aquilo que o governo permitia divulgar. As crescentes manifestações populares contra o regime militar, a favor de eleições diretas em todo país, eram minimizadas, ou permaneciam ausentes das imagens da mídia televisa. As notícias eram, e ainda são, mentirosas e distorcidas (OLIVEIRA, 2016).

O comprometimento dos meios de comunicação com o poder dominante não é privilégio de uma rede ou outra, contudo, como mostra sua história, algumas sempre foram parceiras fiéis do regimes ditatoriais no país, como os Diários Associados (Rede Tupy) no governo de Getúlio Vargas e a Rede Globo no governo militar talvez, por isso, se tornaram a maior rede de mídia do país, em suas épocas (OLIVEIRA, 2016).

Isso tudo no campo político. Mas em relação aos processos criminais, qual foi a grande influência das mídias em seus julgamentos? Começamos nossa análise pelo crime que é considerado o maior erro do judiciário brasileiro de todos os tempos: "A Fera de Macau". Esse crime ocorreu ainda no segundo Império do Brasil e foi cometido por Manoel da Motta, Coqueiro, um fazendeiro da região de Macacu, no Rio de Janeiro, que possuía escravos. Casado se apaixonou por uma moça, filha de um fazendeiro próximo. No sentido de se beneficiar do amor do fazendeiro, o pai da moça pediu para construir uma choupana, o que foi autorizado por Coqueiro; logo depois o fazendeiro Coqueiro descobriu que o pai da moça havia construído a choupana fora do local onde haviam combinado, o que fez com que se desentendessem. Coqueiro, engravidou a moça, sem o casamento ter se efetivado. Mas não querendo assumir o filho, Coqueiro tentou de todas as formas se livrar do fato. Sua esposa descobriu o que deixou Coqueiro muito preocupado, levando-o a marcar um encontro com a moça grávida. Só que durante, foi espancado brutalmente por dois (2) homens que o esperavam escondidos. A partir de então, Coqueiro passou a andar acompanhado por um homem baixo, forte, pardo e analfabeto, chamado Florentino da Silva, o Flor, a partir do início de junho de 1852 (MARCHI, 1998).

Os desentendimentos com o pai da moça só se intensificaram e passaram a prejudicar os negócios de Coqueiro, levando a uma reação, por parte dos

empregados e escravos de Coqueiro, sem o seu consentimento. Em 11 de setembro de 1852, Coqueiro se dirigiu a fazenda do Pai da moça, mas não conseguiu lá chegar em função de forte chuvas. Ficou com amigo a cerca de 1.300 metros do local. Só que pela manhã, apareceram corpos assassinados, cujos possíveis gritos não puderam ser ouvidos, em função da forte chuva e dos trovões. Todos os mortos estavam na fazenda do pai da moça que Coqueiro havia engravidado. Apenas a moça grávida conseguiu fugir para a fazenda de um inimigo de Coqueiro, que, em atitude vingança redigiu um ofício ao delegado de Macaé, formalizando a denúncia de crime coletivo, acusando Coqueiro (MARCHI, 1998).

A repercussão do crime foi intensa o que levou a rede de mídia da época (jornais) a condenar o acusado sem as necessárias provas. Durante o processo criminal, testemunhas foram esquecidas, fazendo valer apenas aqueles que o acusavam, por razões pessoais, inclusive a moça grávida.

Coqueiro foi preso e, pela intensa repercussão do caso teve que ficar em cela isolada para não ser morto pelos presos, constatando desta forma, o que havia sido feito com um suposto criminoso. Segundo Marchi (1998, p. 154): “o sentimento de condenar Coqueiro era tão grande que a polícia não checou diversas informações importantes, como a presença de visitantes na casa de Coqueiro na noite do crime, álibi que poderia tê-lo inocentado”. Nenhum dos visitantes foi convocado a depor. Ficou claro que a pressão da mídia da época, teve influência na sociedade que queria a condenação a morte de Coqueiro, o que levou o jurados do caso a considerá-lo culpado. Ao preferir a sentença foi aplaudido e os jornais da época destacaram a justiça. Essa é a primeira referência que se tem do caso de influência da mídia em procedimentos judiciais em processos criminais.

No Amazonas, temos muitos casos concretos, que fazem referência ao tema. Na década de 1910, temos o caso de Etelvina, uma adolescente de 13 anos, estuprada e morta, cuja repercussão foi tão grande que até os dias de hoje, nos dias de finado, a uma imensa peregrinação ao seu túmulo no cemitério São João Batista, inclusive a tratando como ‘santa’. Na década de 1950, temos o caso Delmo, um rapaz de classe média alta, assassino confesso que matou um motorista de taxi, quando procedia um roubo na Serraria de Propriedade de seu próprio pai, Ao chegar lá, foi surpreendido pelo vigia e o agrediu; pensando tê-lo matado, fez o roubo e se dirigiu ao taxi; para não ser identificado pelo motorista, resolveu assassiná-lo também. Delmo não estava sozinho.

Quando acordou, o vigia se dirigiu a polícia e identificou Delmo com o autor do roubo seguido de agressão física a ele e de morte ao motorista. Disse também que Delmo estava em companhia de outros dois (2) elementos. A repercussão do

caso foi tão grande que trouxe a cidade de Manaus, jornalista da imprensa nacional *Revista 'O Cruzeiro') para acompanhar o desfecho do caso, principalmente a revolta dos motoristas. A imprensa (mídia) passou a fazer enormes considerações e ilações a respeito do crime, tendo com isso, criando um clima de revolta na sociedade e, principalmente na classe de motoristas. Delmo confessou o crime, mas nunca entregou os companheiros.

Delmo foi retirado do carro de polícia, por motoristas em uma emboscada na avenida Getúlio Vargas canto com rua Sete de Setembro, em uma tarde do meio de semana. Levado para um local afastado da cidade foi morto com requintes de crueldade.

O que faltou? Certamente um maior poder de investigação e maior disposição da polícia para identificar os outros dois (2) que estavam na cena do crime. O que sobrou? Sobrou estardalhaço por parte da imprensa que culpou o rapaz sozinho, sem procurar vidências dos outros dois (2) assassinos. Parece que todos queriam o desfecho que acabou por acontecer

Na década de 1960, temos o caso Figueiredo, um empresário do ramo de hotelaria e restaurante (Pensão Maranhense – onde hoje se localiza o Supermercado Carrefour na Avenida Eduardo Ribeiro), conhecido como o primeiro caso de pedofilia em Manaus, Figueiredo já havia sido suspeito de um crime na década de 1950, matando uma pessoa que era seu inquirido, mas nada se comprovou. Mas a mídia o transformou em um horror. Na década de 1960, estuprou e matou um engraxate de 11 anos de idade. Foi execrado publicamente, embora parecesse mais uma doente mental do que um assassino frio e cruel. Seu nome ficou gravado no imaginário popular, tanto que pais com o objetivo de assustar seus próprios filhos e como forma de castigá-lo diziam 'entra logo menino se não o Figueiredo vai de pegar, fazendo com que as crianças corressem imediatamente para suas casas.

Na década, o denominado "Crime do Biquíni Verde", em que uma moça foi brutalmente estuprada, torturada e morta. Não havia provas concretas e a polícia, preocupada com a repercussão negativa encontrou um suspeito, que embora tenha apresentado alibi, bem consistente, foi logo alçado a condição de culpado. No julgamento, tudo isso foi esquecido, o e rapaz condenado 24 anos de prisão. Oit0 (8) anos depois, o verdadeiro assassino cometeu o mesmo crime e confessou ser o 'Assassino do Biquíni Verde'. O rapaz, que nunca havia confessado o crime, deixou a Cadeia Pública, na Rua Sete de Setembro dizendo que era outra pessoas em função das agruras da cadeia.

Também temos o caso Fred, em que um rapaz de classe média, matou uma moça, também de classe média em um momento em que ambos consumiam drogas.

Foi um caso de enorme repercussão na cidade de Manaus, e cujo desfecho culminou com uma série de mortes em cadeia. Fred foi réu confesso. Mas até hoje paira a dúvida se ele matou sozinho ou se teve companhia de outros. Na verdade, a repercussão do caso foi tão grande que a polícia, não se interessou, jamais por apurar os fatos verdadeiros.

Durante o julgamento, desde o início, ficou claro, que era apenas uma formalidade do processo judicial, e que a condenação era evidente. Embora fosse réu confesso, alguns direitos dele foram deixados de lado, pois a mídia, o tratou sempre como um assassino frio e calculista, sem considerar alguns aspectos fundamentais que poderiam atenuar sua pena.

Assim, pode-se atenuar que a sociedade é objeto da manipulação da mídia. Ao se analisar os fatos friamente, percebe-se que a mídia transforma as pessoas em marionetes dos poderosos, fazem o que determinam, não tem vontade própria nem alma, apenas, obedece aos comandos.

3.2 O quarto poder

Então, pode-se dizer que é um 'Quarto Poder'? Em um artigo substancial com o título de "Constituição histórica do poder na mídia no Brasil: o surgimento do quarto poder, Rizzotto (2012) trata deste tema de forma bem didática, apresentando diversas concepções e conceituações de quarto poder; destacamos aquela em que a autora cita Albuquerque (2009) que difere em três (3) diferentes concepções denominado quarto poder: a primeira ele(a) chama de *Fourth Estate*; a segunda de *Fourth Branch*; e a terceira o de Poder Moderador

Na primeira concepção de "Quarto Poder" (*Fourth Estate*), a mídia se coloca como única representante da sociedade, transformando interesses do Parlamento em interesses da sociedade, o que acaba transformando essa dimensão em uma dimensão altamente positiva. Na segunda concepção (*Fourth Branch*), que ocorre quando a mídia publica os atos dos três (3) poderes constituídos (executivo, legislativo e judiciário), àqueles que resguardam os seus interesses. Agora a pouco a mídia nacional tem dado grande repercussão a necessidade da reforma previdenciária, mas não faz o mesmo a CPI da Previdência que tem apontado outros caminhos (ARENDDT, 2006).

Já a ultima concepção (Poder Moderador), em que é proposto de forma implícita a criação de "Quarto Poder", com profunda neutralidade (como se isso fosse possível). Chama-se moderador, por que resguarda um posição de privilégio em relação aos três (3) poderes constituídos Ou seja, e um Poder Superior, conforme a Constituição do Império de Brasil, de 1824, em que ao imperador lhe era dado o

poder de reformular atos do Poder Legislativo e também do Judiciário. Ao se colocar acima do bem e do mal, esse “Quarto Poder” se intitula como uma fonte reformulação. No caso concreto, temos diversos exemplos no Brasil, mas para ficar em apenas dois (2) mais contemporâneos, tem-se, em primeiro lugar as dez (10) medidas anti corrupção propostas pelo Ministério Público Federal do Brasil, que desde o início ganhou o apoio incondicional da mídia inferindo que a proposta deveria ser aprovada pelo Parlamento Brasileiro, sem esse exercer sua prerrogativa constitucional, em um claro movimento de poder moderador (RIZZOTO, 2012).

Como o parlamento não seguiu os ditames da mídia, essa passou a dizer que o poder legislativo descaracterizou as medidas propostas. No segundo caso, temos a Lei de Abuso de Autoridade. Uma Lei do ano de 1964, que necessita ser reformada, reestruturada, revista e atualizada. Mas a mídia a caracterizou como uma retaliação a “Operação Lava Jato”, se colocando como poder moderador, como na Constituição do Império do Brasil de 1824 (RIZZOTO, 2012).

O termo Poder Moderador para o denominado quarto poder é aplicado corretamente a certos órgãos de mídia contemporâneos. Pertence certamente a um vocábulo ideológico, e é certamente polêmico. Mas nem sempre tem conotação negativa. O termo totalitário é a antítese de pluralista, frequentemente empregado para designar a atuação da mídia em determinadas sociedades. Segundo Arendt (2006, p. 133):

Como não é muito fácil definir o que se pode entender por quarto poder, alguns autores (Juan Linz) sugerem que se utilize a expressão, em lugar de mídia parcial, quando se tratar de casos ambíguos. Enfim, pode-se perguntar o que é a concepção de quarto poder acrescenta de original à velha noção de desportismo, cara a Montesquieu, ou a ainda à noção de tirania da imprensa, própria da tradição socrático-platoniana.

Pretende-se compreender a partir de algumas de suas características institucionais um fenômeno tão complicado quanto o quarto poder, a tese de Schumpeter (2014) sobre a democracia moderna pode ser grande ajuda. O referido autor considera a democracia como um método para designar os governantes. Por isso dá grande importância à concorrência entre os candidatos ao poder e a maneira como são escolhidos. Segundo ele, o método democrático, instituindo regras de constituição da autoridade e a possibilidade da alternância por meio de eleições entre vários grupos rivais que se oferecem para exercer a direção política da sociedade, permite aos cidadãos não governar coletivamente, como ensinam as

teorias clássicas da vontade geral, mas controlar os governantes e escolher entre as opções defendidas pelos candidatos.

O que caracteriza à primeira vista o quarto poder é que neles a forma de designação da informação é radicalmente diferente e, por conseguinte, da informação democratizada dos modelos de mídia pluralistas. A concorrência entre as informações que se mantêm é desqualificada e suprimida. Para a esquerda, a concorrência em matéria política é tão ilusória quanto em matéria econômica (RIZZOTO, 2012).

Do mesmo modo que os 'monopólios' estão a serviço da 'classe capitalista' considerada globalmente e que a concorrência, que assegura a eliminação dos 'pequenos' em benefício dos 'grandes', não assegura a melhor alocação dos recursos produtivos mais o melhor rendimento financeiro do capital invertido, também a concorrência entre o quarto poder a mídia pluralista é apenas uma mistificação que faz com que seja considerada conforme o interesse geral a solução mais apropriada para assegurar a reprodução dominante. Para Arendt (2006, p. 134):

Se a pluralidade de opiniões e de interesses concorrentes não for ainda mais do que uma mistificação ou um sintoma pedagógico, As informações legítimas não devem ser normalmente designados por uma informação concorrencial e aberta. Lenin não hesitou em dissolver a assembleia constituinte em que os bolcheviques não tinham maioria. Hitler obteve plenos poderes da maioria do *Reichstag* eleito em fevereiro de 1933. A tomada hitleriana do poder (*Adachtegrifung*) pode parecer respeitar as regras da concorrência entre os partidos já que a maioria relativa de eleitores (aproximadamente 43% dos cidadãos alemães se pronunciou pelo NSPD) e a maioria absoluta dos deputados do *Reichstag* (os comunistas tendo sido colocados fora da lei) penderam para os nazistas.

No que se refere ao *status* do quarto poder, eles constituem presumidamente ou uma 'elite' ou uma 'vanguarda'. Nos dois (2) casos negam qualquer analogia com os 'políticos' especializados na tática eleitoral e parlamentar. No primeiro caso, os elementos imputados são muito fortes – embora sejam contrabalançados pelo carisma de quem transmite a informação, que, por sua eloquência, seu magnetismo, seu sucesso, elimina os obstáculos de seu caminho (RIZZOTO, 2012)..

A mitologia de vanguarda baseia-se na coincidência entre uma situação histórica (o lugar estratégico do 'proprietário' da informação) e as consequências dessa situação. Portanto, o membro da vanguarda sabe, por conhecer as 'leis do desenvolvimento capitalista' que sua ação se inscreve no sentido da história. Essa ciência torna-o um ser excepcional que, quando em seu lugar e de maneira coordenada na vanguarda, é investido de direitos e responsabilidades históricas que, transcendendo sua individualidade, revertem no de uma espécie de grandeza mágica (SCHUMPETER, 2014).

4 PROCESSOS CRIMINAIS QUE SOFRERAM INFLUÊNCIA DA MÍDIA

Assim, é incontestável o poder que a mídia exerce sobre as decisões judiciais, por intermédio, segundo Andrade (2011, p. 133) do:

1) O peso decisivo da socialização, através da qual os valores fundamentais de uma sociedade se transmitem de uma geração para outra e, transmitiram a cultura da justiça da denúncia e não da prova; 2) Cada sociedade tende a constituir uma totalidade cultural original. Sociedades semelhantes do ponto de vista de seu grau de desenvolvimento econômico podem ser – como tendem a admitir o senso comum e a experiência imediata – profundamente diferentes do ponto de vista cultural, ou seja, uma cultura mais forte tende a ser mais impositiva, dependendo dos canais que utiliza e, a divulgação maciça de fatos sem provas cabais se impôs inclusive em questões jurídicas; 3) A cultura de uma sociedade tende a se organizar num conjunto de elementos coerentes complementares entre si, o que ocorreu com a maioria dos casos relatados nesse ensaio monográfico que se impuseram de forma incisiva, quando apreciados pela justiça

Assim a socialização deve ser compreendida não apenas como um mecanismo de interiorização, mas também como um processo de adaptação a situações mutantes e variadas, marcado por arbitragem e por um compromisso efetuado pelo sujeito entre as normas que se impõe a ele, como corre sistematicamente com as mídias (DE PAULA, 2012) .

A divulgação opinativa na mídia escrita, televisada, rádio e/ou outro meio de comunicação de massa, segue os mesmos processos. Segundo Abbud & Almeida (2011) estão voltados para persuadir, convencer para a adoção de atitudes convergentes com a intenção do emissor sejam estas de conduzir a formar uma opinião parecida com a de quem está divulgado a informação.

Desta forma, a mídia funciona como elemento balizador dos intuitos da organização em promover uma intensa relação interativa com seus públicos, funcionando como elo fundamental com os públicos nele interessados. Muitos processos no Brasil, sofreram influência da mídia não importando a época. Neste artigo, 4 processos de grande repercussão e com decisões polêmicas, algumas sob forte influência de Mídia

O primeiro caso se refere ao assassinato de um grande escritor brasileiro – Euclides da Cunha e logo depois de seu filho Euclides da Cunha Filho, o Quinzinho. Ambos foram assassinados por um oficial do exército brasileiro, Dilermando de Assis, exímio atirador. Euclides da Cunha era um expoente máximo da literatura brasileira. Escreveu “Os Sertões”, com base no conflito regional denominado de Guerra dos Canudos no século XIX. É uma obra épica. Euclides era casado com Ana da Cunha, mulher bem mais nova que ele e muito fogosa. Em função dos seus afazeres, Euclides da Cunha, ficava longos períodos afastado de casa; neste interim, Ana manteve um caso amoroso com Dilermando de Assis, desde os dezessete (17) anos deste; Ana havia conhecido Dilermando, quando ele tinha apenas cinco (5) anos de idade; doze (12) anos depois iniciaram um tórrido romance, que quando descoberto por Euclides o levou a procurar Dilermando em um local fora da cidade para matá-lo. Só que Dilermando reagiu e mesmo baleado matou Euclides.

A repercussão da mídia foi intensa e Dilermando virou o amante assassino, frio e cruel, conforme descrito na figura 1 abaixo:



Figura 1 – Manchete do Jornal do Brasil de 16 de agosto de 1909

Fonte: Arquivo Nacional

Na manchete do Jornal do Brasil de 16 de agosto de 1909, fica evidente que duas (2) pessoas ficaram feridas no duelo: um (1) certamente, Dilermando de Assis, o assassino; o outro seu irmão Dinorah, que era jogador de futebol do Botafogo e que em função dos ferimentos, nunca mais pode exercer essa profissão. Um (1) morto: o Dr. Euclides da Cunha. Outra manchete do jornal “Correio da Manhã”, de 16 de agosto relata o fato:



Figura 2 – Manchete do Jornal Correio da Manhã de 16 de agosto de 1909

Fonte: Arquivo Nacional

Nesta manchete, percebe-se, claramente de que lado a mídia da época ficou. Não apurou os fatos e simplesmente culpou de forma prematura o assassino Dilermando de Assis. Na reportagem de capa do Jornal Correio da Manhã, parece que os tiros desferidos durante o duelo, foram dados somente por Dilermando de Assis. Durante o inquérito, houve uma grande pressão da mídia para que Dilermando fosse condenado impiedosamente. Foi tratado como o amante que não tinha nenhum escrúpulo; um sujeito torpe; um homem frio e profundamente calculista. Dilermando contratou um expoente da advocacia brasileira para seu defensor – Evaristo de Moraes. É bom frisar que Dilermando de Assis era um oficial de carreira do exército brasileiro e essa imagem em nada se consubstanciava com a verdade.

No seu primeiro depoimento, Dilermando protegeu a amante – esposa de Euclides da Cunha, Ana que era chamada de Saninha, negando qualquer envolvimento amoroso com ela. Os jornais, então intensificaram a campanha difamatória contra Dilermando de Ana, praticamente afirmando que tudo tinha sido premeditado.

Em um primeiro depoimento ela ateu-se a declarar uma relação de amizade quase maternal com Dilermando e Dinorah, em face da grande diferença de idade, dezessete anos. Saninha, de início, também negou, afinal havia uma diferença de dezessete (17) entre ambos. Mas acabou, por confirmar o relacionamento e que Euclides agiu sob forte emoção ao descobrir a traição, tentando preservar a imagem do marido morto.

Surgiram, então muitas versões. Um amante apaixonado insanamente e que se valia de sua jovialidade para explorar a amante, inclusive financeiramente. Ana passou a ser também vítima; Euclides a vítima fatal; Dilermando o assassino frio e calculista, o amante inescrupuloso; Mas nada se falava de Dinorah.

Valendo-se, exatamente dessa imagem formatada pelos jornais foi que Evaristo de Moraes preparou a defesa de Dilermando de Assis. Evaristo procurou desmitificar a imagem de amante aproveitador que a imprensa havia pintado; que

não havia dívida de gratidão, por Euclides o ter abrigado por um tempo; que Dilermando era um militar de carreira promissor do exército brasileiro; que Dilermando tentou evitar o seu amor, mas que isso foi impossível, pois foi tomado por uma paixão avassaladora; e por fim, que foi Euclides da Cunha o agressor e, que Dilermando de Assis só se defendeu.

Evaristo demonstrou com clareza brilhante que Dilermando havia agido em legítima defesa. Para isso usou Dinorah, irmão de Dilermando que estava em situação muito ruim e tinha sido a única testemunha do crime. No primeiro julgamento ocorreu um empate entre os 12 jurados o que culminou com a absolvição; no segundo julgamento, Dilermando teve uma nova absolvição por maioria. Nas mesmas circunstâncias, Dilermando matou, anos depois, o filho de Euclides da Cunha, o Quinzinho, e foi novamente inocentado com base na teoria da legítima defesa. A mídia da época tentou de todas as formas manipular o resultado do julgamento, com base apenas na fama de um e no ostracismo de outro. Dilapidou a imagem de um promissor oficial do exército brasileiro; destruiu sua imagem; tudo com base em análises precipitadas dos fatos. Nunca considerou que Euclides da Cunha foi quem se dirigiu para a estrada da Piedade com o claro intuito de matar o amante de sua esposa. Atitou e feriu Dilermando e seu irmão Dinorah; Dilermando só se defender do ataque e como era um exímio atirador acabou por matar o grande escritor e jornalista brasileiro.

Ao ser inocentado, prevaleceu a lei, em detrimento da campanha acusatória dos jornais. Mas não se pode dizer que a vitória nos tribunais foi absoluta e total e que não sofreu influência externa. No primeiro julgamento, foi inocentando por que ocorreu um empate no Conselho de Sentença; no segundo julgamento, venceu, mas não por unanimidade do Conselho de Sentença. Apesar de a lei o proteger, correu sérios riscos de uma condenação, injusta, dentro dos ditames da lei.

O segundo caso faz referência ao assassinato do Major da Aeronáutica Roberto Florentino Vaz, no dia 04 de agosto de 1954, em um atentado ao jornalista Carlos Lacerda, ferrenho opositor do presidente da República Getúlio Vargas. Esse atentado ficou conhecido como o atentado da “Rua Tonelero”.

Carlos Lacerda foi um brilhante jornalista e político brasileiro que ficou muito famoso pela frase “somos um povo honrado, governado por ladrões”. Era um ferrenho opositor de Getúlio Vargas e o acusava constantemente de conivência com grupos de roubavam o Estado brasileiro. Na apuração dos fatos, a polícia descobriu recursos nas mãos de Gregório Fortunado que não eram compatíveis com o seu soldo. Gregório Fortunado era um segurança muito fiel a Getúlio e que tinha galgado a cargos na administração pública graças a essa fidelidade canina.

Esse atentado teve como consequência uma crise política intensa que culminou com o suicídio do presidente Getúlio Vargas; neste interim, Getúlio se recusava a acreditar que seu fiel escudeiro estivesse envolvido no referido atentado. A imprensa noticiou o atentado de forma bem sensacionalista, sempre direcionando, suas ações para o “Palácio do Catete”, sede do governo brasileiro. Não eram reportagens simples sobre os fatos; Eram teorias conspiratórias contra o governo e seu titular que tinha como fonte suposições apenas, conforme Figura 3.



Figura 3 – Manchete do jornal Folha da Tarde, quando da prisão do autor material do atentado da Rua Tonelero

Fonte: Arquivo Nacional

No afã de identificar os autores e os mandantes do crime, muitos fatos foram esquecidos pela mídia da época, agora já com a presença de estações de rádio e Tv, além dos jornais. Mesmo assim a polícia chegou, em Gregório Fortunato, como mandante do crime. Após o sorteio foram nomeados os nomes do Conselho de Sentença. Gregório Fortunato manteve sua postura altiva, durante todo o julgamento, independente da imagem de ‘cão de guarda’ do presidente Getúlio Vargas, capaz de fazer qualquer coisa para manter o seu *status quo*. Sua defesa foi composta por 2 advogados: Romeiro Neto e Carlos de Araújo Lima.

É importante ressaltar que os autores do atentado, já haviam sido condenados há 32 anos de prisão. Gregório negou, peremptoriamente, sua participação no crime. A acusação manteve sua postura, com base nos depoimentos dos autores, mas reconheceu que foi procurado pelo General Mendes de Mores para resolver o caso “Lacerda”. Também acusou, outros membros do governo e das forças armadas de o terem pressionado, para resolver a questão. Mas disse que nunca deu essa ordem.

A defesa não contestou os fatos relacionados ao crime e sim iniciou suas alegações com ataques ao senhor Lacerda e não atacou o conjunto probatório que eram circunstanciais. Gregório foi condenado a 25 anos de prisão, sem prova concreta de autoria e materialidade, com base apenas em elementos testemunhais e com base, claramente na pressão da mídia brasileira da época. Um adendo a condenação de Gregório Fortunato: ele era negro, oriundo das classes mais baixas da população brasileira, sem educação, etc., diferentemente de Dilermando de Assis,

que era branco e membro de uma casta de muita importância no início da República Federativa do Brasil – o exército brasileiro. Dilermando foi inocentado com base na lei; Gregório foi condenado, também com base na lei. Mas que lei?

Na década de 1990 um crime chocou o país. Uma atriz da Globo (Daniella Perez) foi assassinada por, supostamente um colega de profissão Guilherme de Pádua). Os dois contracenavam juntos em uma novela escrita pela mãe da atriz (Glória Perez); formavam um par romântico; de repente em uma noite, a atriz aparece morta com sinais de violência. Não foi muito difícil a polícia chegar ao suspeito – o ator citado e sua esposa Paula - que não aceitava o romance de seu marido com a atriz, mesmo na ficção; para atender a vontade da esposa o ator atraiu a atriz e os dois (2) cometeram o crime.

As Organizações Globo deram grande destaque ao crime e os supostos autores acabaram por sucumbir a tanta pressão e confessaram o crime. Mas pergunta-se foram julgados dentro dos ditames da lei e por influencia da rede Globo? A verdade é que tanto Guilherme como Paula tiveram seus direitos legais usurpados e demoram mais tempo do que deviam para deixarem a cadeia. Em caos mais recentes temos o caso do Casal Nardoni, em que um casal foi acusado e condenado pela morte da filha do marido do casal (Izabella Nardoni). Foi um caso de grande repercussão nacional, levando o casal a uma condenação antes mesmo do julgamento.

A polícia reuniu todos os elementos circunstanciais do crime, mas não conseguiu uma prova definitiva. Um Jornal de São Paulo, contratou um perito para refazer todos os procedimentos periciais procedidos com o objetivo de reunir elementos probatórios definitivos, mas não conseguiu.

O casal nunca confessou o crime, e mesmo diante de provas circunstanciais foi condenado. É muito possível que sejam os assassinos, pela completa ausência de outros suspeitos, mas esses elementos não foram bem consistentes na hora do julgamento em detrimento de provas científicas. Eles foram condenados, talvez de forma correta, mas sem sustentáculo probatório.

No caso do goleiro Bruno ocorreu a mesma coisa. Bruno era goleiro do Flamengo, clube de maior apelo popular do Brasil. Era ídolo da torcida, unanimidade nacional em se tratado de goleiro, e, provavelmente seria o goleiro da seleção brasileira na Copa do Mundo de 2014.

Deixou tudo isso, por conta de uma aventura amorosa que terminou com a geração de um filho. Elisa Samúdio, era uma mulher bonita, que deixou a sua cidade no interior do Mato Grosso do Sul para viver o sonho de se tornar famosa. Como não

conseguiu de pronto virou garota de programa de luxo e atriz pornô. Neste afã, conheceu Bruno; se tornaram amantes e de amantes a possuírem uma relação conflituosa em função de um filho. Elisa queria garantir o futuro do seu filho e o seu próprio; Bruno queria evitar problemas no casamento. Procurou, supostamente a solução mais fácil.

Rapidamente se tornou suspeito e de suspeito a culpado sem julgamento, por interferência da mídia que não aceitou o fato de ter um ídolo nacional como um ser humano comum, capaz de sucumbir a pressão. Bruno foi julgado, condenado e ficou preso por 9 anos. Mesmo atendendo os preceitos da Lei Penal do Brasil, com bom comportamento teve muita dificuldade em ver os seus direitos respeitados.

Um ministro do STF o soltou, cumprido a Lei. A imprensa foi tão violentamente contra esse direito de Bruno que fez campanha para que nenhum clube assinasse contrato com ele. O Boa Esporte, de Vargínia-Minas Gerais contrariou essa determinação e foi execrado publicamente. Bruno retornou a prisão, mesmo tendo o direito a liberdade condicional; Bruno nunca confessou o crime, seus parceiros também não; o corpo nunca foi encontrado. E embora sua culpabilidade seja quase que certa esses elementos probatórios foram esquecidos. Hoje está solto e jogando no Rio Branco do Acre e usa tornozeleira eletrônica. O clube do Acre que disputa a série D do Campeonato Brasileiro é execrado por onde passa e Bruno da mesma forma. Não se pode esquecer que o ônus da prova cabe a quem acusa e que um princípio normativo de que ninguém deve produzir provas contra si mesmo.

5 CONCLUSÃO

A vida cotidiana das pessoas, infere reflexões mais aprofundada sobre seus hábitos e a influência que sofrem do efeito da informação, principalmente, hoje das informações da televisão e das redes sociais, no mundo atual.

A mídia desempenha papel fundamental para da credibilidade a qualquer ação na sociedade. Na formação dos hábitos da vida então é substancial, principalmente a televisão que ocupa praticamente um quarto da vida das pessoas ativado nos dias da semana, uma carga horária muito grande no acompanhamento dos programas. Mais do que representar apenas um período de participação na vida das pessoas, a televisão é responsável por uma parcela importante do conteúdo educativo global.

Não é que se queira tirar ou se possa tirar alguma conclusão ou findar o assunto sobre a questão da influência da mídia nas decisões judiciais em processo criminais. Não, como já se tentou refletir, esta influência é um caminhar contínuo, uma realidade que se deve fazer acontecer. Sua inserção no em decisões judiciais em

processos criminais vem sendo foi um processo prático de provocar a possibilidade de as pessoas interferirem nas decisões de quem detém o poder de julgar.

Então, a participação da mídia em decisões judiciais de processos criminais seria fundamental para que as premissas do direito, contido no ordenamento jurídico, fossem garantidos e não o contrário, pois a tradição da mídia brasileira não é certamente, para dizer o mínimo, de acentuado apego as regras jurídica e, muito menos, de amor à igualdade. A tradição é de desigualdade fundamental. Desigualdade fundada não na estirpe, mas na propriedade ligada a concessão dos direitos de informar.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, P. C. de. **Novos formas e divulgação**. Rio de Janeiro: Rodrigues Alves, 2011.

ARENDR, H. **A origem do quarto poder**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, L. R. BARCELLOS, A. P. **O papel dos princípios o começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Artigo. Disponível em <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/41034300/HERMENEUTICA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1506605146&Signature=QCvrk0P8aF2H3sz2CQhQ4z5Dbw8%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DHERMENEUTICA.pdf> Acesso em 11 de out de 2020.

BEZERRA, C. A. **Projeto de sistemas de informação baseado em qualidade**: uma abordagem voltada à pequena empresa. 2011. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção e Sistemas) - Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://teses.eps.ufsc.br/defesa/pdf/5616.pdf>>. Acesso em 11 de out de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva: 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://congressonacionla.gov.br> Acesso em 11 de out de 2020.

BUIAR, N. **Tecnologia da informação**: avanços e mudanças em um cenário novo. São Paulo: Atlas, 2000.

DALLARI, D. de A. **Elementos do tribunal do júri**. São Paulo: RT, 2012.

DE PAULA, M. do S. **Socialização dos meios de comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, D. C. R. **Tribunal do júri**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LACERDA, M. **Do Devido Processo Legal no Tribunal do Júri**. Porto Alegre: ArtMed, 2018.

MARCHI, C. **Fera de Macabu**. Record, Rio de Janeiro, 1998.

MATTELART, A. **Mídia e hegemonia da informação**. São Paulo: Summus, 2011.

MEIRELLES, F. **Informática do século XXI**. São Paulo, Pioneira, 2009.

MOREIRA, J. C. **Manual do tribunal do júri**: As reformas constitucionais e o impacto nas decisões do júri. Belo Horizonte, UFMG, 2006.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, J. P. G. **A história jurídica das civilizações**. São Paulo SER, 2016.

POYARES, W. R. **Comunicação Social**. 8. ed. Rio de Janeiro. Agir, 2014.

RIZZOTTO, C. C. **Constituição histórica do poder na mídia no Brasil**: o surgimento do quarto poder. ISSN 1518-9775. Licenciado sob uma Licença *Creative Commons*. Rev. Estud. Comun., Curitiba, v. 13, n. 31, p. 111-120, maio/ago. 2012.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Ordem livre.org. 2014. Disponível em [http://capitalsocialsul.com.br/capitalsocialsul/analisedeconjuntura/analisedeconjuntura/Schumpeter%20-%20Capitalismo%20Socialismo%20e%20Democracia%20\(Livro\).pdf](http://capitalsocialsul.com.br/capitalsocialsul/analisedeconjuntura/analisedeconjuntura/Schumpeter%20-%20Capitalismo%20Socialismo%20e%20Democracia%20(Livro).pdf) Acesso em 11 de out de 2020.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA POSSIBILIDADE OU IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

MATEUS AUGUSTO LIMA RIBEIRO:

Acadêmico de Direito na Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR, Redenção - PA.

MÁRCIO SOUSA PRIMO[1]

(coautor)

MARCELO CARMELENGO BARBOZA[2].

(Orientador)

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a possibilidade ou impossibilidade legal da interrupção do fornecimento de energia elétrica, uma vez que essa é tida como serviço público essencial, em face de sua extrema necessidade por parte dos consumidores brasileiros, vislumbrando-se a ótica dos regramentos federais, da doutrina, da jurisprudência bem como da Constituição Federal. A Lei Federal nº 8.078/90, reconhece a vulnerabilidade do consumidor diante das ações do Estado, em face dos abusos cometidos pelos detentores do poder econômico. Sob esta celeuma, surgem os conflitos doutrinários e jurisprudenciais tendo em vista a existência de correntes que defendem a legalidade ou a ilegalidade da interrupção da prestação dos serviços públicos essenciais, ante o Princípio da Continuidade. Em suma, a supressão do fornecimento de energia elétrica muito embora possa ser cabível, somente deve ser utilizada como último recurso pelo fornecedor, não devendo ser utilizada como meio de coagir os consumidores à adimplência, sob pena de ferir princípios e garantias constitucionais. Para tal análise utilizou-se o estudo bibliográfico e documental, que numa abordagem qualitativa nos levam a reflexão acerca do tema em voga.

Palavras-chave: Serviço Essencial Público. Fornecimento de Energia Elétrica. Interrupção. Princípio da Continuidade.

Abstract: This article aims to analyze the legal possibility or impossibility of interrupting the supply of electricity, since it is considered an essential public service, in view of its extreme need on the part of Brazilian consumers, considering the perspective of federal regulations, doctrine, jurisprudence as well as the Federal Constitution. Federal Law 8,078/90 recognizes the vulnerability of the consumer to the actions of the State, in view of the abuses committed by the holders of economic

power. Under this stir, doctrinal and jurisprudential conflicts arise in view of the existence of currents that defend the legality or illegality of the interruption of the provision of essential public services, before the Continuity Principle. In short, the suppression of the electric power supply, although it may be appropriate, should only be used as a last resort by the supplier, and should not be used as a means of coercing consumers to default, under penalty of injuring constitutional principles and guarantees. For this analysis, we used the bibliographic and documentary study, which in a qualitative approach lead us to reflect on the current topic.

Keywords: Essential Public Service. Electricity Supply. Interruption. Principle of Continuity.

Sumário: IntroduçãoDo conceito de consumidor. 2. Do conceito de fornecedor. 3. Do conceito de produto e serviço. 4. Do conceito de serviços públicosDo conceito de serviços públicos essenciaisO princípio da continuidade nos serviços públicos essenciaisDas disposições existentes no código de defesa do consumidor relacionadas ao consumo de serviços públicosA suspensão do fornecimento de energia elétrica na hipótese de inadimplência à luz do princípio da dignidade da pessoa humanaDo posicionamento dos tribunais superiores em relação ao conflito existente entre a interrupção ou não do fornecimento de energia elétricaConclusãoReferências.

Introdução

A necessidade de estudo do escopo desse trabalho se dá pela sua ocorrência no cotidiano dos consumidores brasileiros, que, por muitas vezes, sofrem prejuízos morais e principalmente materiais, pela suspensão dos mais variados serviços essenciais, dentre eles, encontra-se o fornecimento de energia elétrica, tido como serviço público essencial.

A falta de regulação dessa prerrogativa social, pode agravar ainda mais o estado do problema, uma vez que sem uma efetiva decretação legal, os prestadores de serviço público, isto é, os órgãos responsáveis, cada vez mais satisfarão seus interesses próprios alheios ao bem-estar da coletividade, (finalidade social para a qual foram criados), o que pode implicar na infringência de princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Princípios estes que visam tutelar propósitos diferentes, nesse sentido, elucida-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado no artigo 3º da CF/88, que tutela o indivíduo como unidade e como parte individual integrante

da sociedade jurídica, bem como o Princípio da Continuidade, que é o alvo deste trabalho, pois visa garantir a prestação contínua de um direito.

1. Do conceito de consumidor

A figura do consumidor é descrita pela Lei Federal nº 8.078/90, a qual estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe em seu artigo 2º: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A interpretação do conceito de “consumidor” não é livre, uma vez que o legislador se preocupou em defini-la no artigo 2º do CDC. Não cabe, portanto, entendimento diverso do disposto acima, essencialmente no que tange ao termo “destinatário final”, uma vez que sua ampliação acarretaria na fragilização dos mecanismos protetivos do texto legal.

A doutrina entende que este termo “destinatário final” está intimamente ligado ao conceito subjetivo de consumidor, pois versa sobre a condição de quem pode assumir o papel de consumidor, seja pessoa física, ou jurídica, e o objetivo, que é o de adquirir ou utilizar produtos e serviços, bem como sua finalidade.

Desse modo, percebe-se a presença de três requisitos mínimos para a definição da figura do consumidor direto; a saber, a subjetividade, que diz respeito à correlação de suas características legais em face do enquadramento no texto legal; de igual modo, o objetivo, que é o produto ou serviço que se adquire; e a finalidade, que é a motivação final da aquisição.

Cabe ressaltar ainda, que a pessoa jurídica também pode figurar como consumidor e destinatário final, conforme predispõe a letra do Código de Defesa do Consumidor. Devendo ser provada sua vulnerabilidade em face do fornecedor, bem como o elemento teleológico no que tange a destinação final pretendida pela aquisição do produto ou serviço.

Neste aspecto, a figuração da pessoa jurídica como “consumidor” numa relação consumerista, não exige essencialmente que haja entre as partes, um polo formado por pessoa física e outro por pessoa jurídica, logo, admite-se a aplicação do CDC em favor de pessoa jurídica que preenche os requisitos da “vulnerabilidade” e de “destinatário final”.

Isto se dá porque a política consumerista, fundada no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, é baseada no princípio do reconhecimento da vulnerabilidade, oriunda do art. 5º CF, inciso, XXXIII, em face do fornecedor de

produtos e serviços, podendo esta vulnerabilidade ser técnica, fática, jurídica, informacional ou econômica.

Por fim, vale ressaltar o disposto no parágrafo único do artigo 2º do CDC, que assim versa: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, de modo que a tutela evidenciada no tipo legal será interpretada concomitantemente com o artigo 81 do CDC, uma vez que a norma traz a interpretação de consumidor por equiparação.

2. Do conceito de fornecedor

O conceito legal de fornecedor encontra-se definido na Lei Federal nº 8.078/90, em seu artigo 3º preleciona que: “É toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pública ou privada, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, criação, montagem, importação, transformação, exportação, distribuição, construção ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Em análise do dispositivo legal é válido elucidar que o Código de Defesa do Consumidor é genérico quanto à conceituação da figura do fornecedor, uma vez que o objetivo deste é abranger o máximo de possibilidades para a figuração do polo na relação consumerista.

A figura do fornecedor, comumente é demarcada pela presença da habitualidade em suas atividades comerciais, e geralmente têm por escopo o desenvolvimento e finalidade econômica pelas práticas mercantis ou civis, que oferece no mercado de consumo.

Portanto, tem-se a distinção realizada pelo CDC, no sentido de que fornecedor é gênero, sendo tipificado por um rol exemplificativo de condutas que caracterizam o fornecedor, podendo enquadrar-se nas modalidades de fornecedor direto, indireto, pessoa física, ou jurídica, ente despersonalizado, e entidade filantrópica.

3. Do conceito de produto e serviço

Para o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, §1º, “Produto é qualquer bem, móvel, ou imóvel, material ou imaterial”. Logo, é cabível ressaltar que o produto é a coisa propriamente dita, resultante do interesse que firmou a relação consumerista.

Em relação ao serviço, encontra sua tipificação no §2º do artigo 3º, que nesse sentido preleciona: “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo,

mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Desse modo, resta verificado que a natureza de tais atividades pode ser material, intelectual, financeira, direta, indireta, prestada por entidades públicas ou privadas, desde que não se enquadrem como atividades laborais, e que sejam destinadas ao mercado de consumo.

4. Do conceito de serviços públicos

À luz da doutrina, expressa o ilustre Hely Lopes Meirelles (2016,p.418), o conceito de serviço público:

Serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

São atividades intrínsecas do Estado os serviços públicos, estes são executados pelos seus entes ou adjudicados órgãos integrantes da Administração Pública, os quais atuarão sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, conforme determina o artigo 175 da Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O serviço público possui como principal objetivo garantir a satisfação da coletividade, podendo este ser prestado diretamente ou indiretamente, através dos órgãos delegados.

5. Do conceito de serviços públicos essenciais

A atividade estatal no fornecimento de serviços públicos em diversos setores, é imprescindível, em face da necessidade social diária da população pela garantia de tais serviços, podendo afirmar que tais prestações encontram ligação íntima com direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

É fato que, a manutenção dos serviços públicos tidos como essenciais, é requisito de garantia para diversas atividades, materiais, imateriais, privadas ou não, ligadas ao âmbito patrimonial e moral dos indivíduos.

Assim, a Lei de Greve, Lei nº 7.783/89, em seu artigo 10, inciso I, prevê o rol de serviços considerados essenciais, dentre eles, se pode citar, o fornecimento de água, distribuição e produção de energia elétrica, assistência médica e hospitalar, compensação bancária, entre outros. Que por constarem no rol do tipo legal acima, não podem ser interrompidos.

É necessário enfatizar que o serviço público essencial, é aquele que se encontra ao alcance do consumidor, uma vez que é necessária que haja a figuração do consumidor no polo da demanda, a fim de proporcionar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

6. O princípio da continuidade nos serviços públicos essenciais

Os princípios são enunciados fundamentais que regem nosso ordenamento jurídico, e os mais relevantes a serem ponderados em relação aos serviços essenciais são os esculpidos no artigo 6º, § 1º da Lei 8.987/95, (Lei de Concessões e Permissões):

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Outrossim, o que mais se destaca no tema, é o princípio da continuidade, pois este se tornou basilar frente ao fornecimento dos serviços públicos, impondo a prestação ininterrupta do fornecimento do serviço público, tendo em vista o dever do Estado de satisfazer e promover direitos fundamentais.

Isto posto, os serviços essenciais não podem ser interrompidos, sob pena de se infringir a qualidade de vida do usuário, submetendo-o a situações degradantes, atingindo sua dignidade.

Caso não seja observado algum dos princípios que guiam a administração pública, como o Princípio da Continuidade, pode-se afirmar que é irregular. Como elucida o mestre Celso Antônio Bandeira Mello (2015, p. 695):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade

em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais

-
, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Tem-se como serviços públicos essenciais, aqueles aos quais se atribui todo desenvolvimento da sociedade e a riqueza do país, uma vez que, a ausência ou suspensão irregular desses serviços, podem gerar um desequilíbrio social acarretando desestabilização e caos.

7. Das disposições existentes no código de defesa do consumidor relacionadas ao consumo de serviços públicos

Os fornecedores de serviços públicos precisam seguir vários princípios amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, estes que devem sempre estar sob a fiscalização da Administração Pública, devendo oferecer serviços contínuos, ou seja, sem nenhuma interrupção por parte do fornecedor. Em relação a isso, o artigo 22 *caput* do CDC descreve:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

No CDC, o princípio da continuidade do serviço público abrangeu, como um direito básico, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, visando garantir aos usuários, um maior poder de controle dos serviços públicos, exigindo sua adequada prestação, denunciando eventuais irregularidades ou abusos que ocorram. Assim garante o artigo 6º, inciso X, do CDC: "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) X - A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral."

Ou seja, qualquer serviço público deve ser prestado de maneira adequada, eficiente e segura. Isto posto, deve-se ter a consciência de que a continuidade dos serviços essenciais é prestada para suprir o interesse da coletividade. O Poder Público encarrega-se com o compromisso de dar continuidade uniforme ao consumidor, a

saber, no fornecimento de energia elétrica, colocando tal serviço à disposição de quem dele necessite, resguardando o princípio da boa-fé.

8. A suspensão do fornecimento de energia elétrica na hipótese de inadimplência à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, concebe uma das bases do sistema democrático brasileiro. Vez em que, garante ao indivíduo comum, o mínimo de direitos que a sociedade, e o Poder Público devem respeitar, já que seus efeitos possuem o objetivo de promover a valorização do ser humano.

Sob esta ótica, a pesquisa alvo desse trabalho permite averiguar que, de forma rotineira, os fornecedores de produto ou serviço utilizam de suas prerrogativas particulares para interromper a continuidade do fornecimento de energia elétrica, de modo a coagir seus consumidores ao pagamento de suas contraprestações.

Isto se dá nas hipóteses da suspensão de forma irregular desse serviço público essencial, a saber, aquelas proibidas por Lei Especial, ou Regimento Local. Tais situações, são por si só, gravosas, e deveras, vexatórias à pessoa do consumidor, vez em que, ferem a integridade moral, e social deste diante da sociedade.

Sob à luz da Lei Federal 8.975/1995, a suspensão da prestação do serviço essencial por parte do fornecedor, por si só, não justifica sua condenação. Uma vez que a adoção desse entendimento inviabilizaria a satisfação do crédito no tocante a parcela obrigacional dos consumidores na relação de consumo. Logo, tal situação ensejaria em uma supressão do direito de interrupção da prestação do serviço por parte da empresa concessionária, gerando um desequilíbrio na relação de consumo.

Então, para a garantia da saúde da relação entre consumidor e o fornecedor de serviço, é necessário que sejam observadas condutas de cunhos éticos, para ambas as partes, sendo o consumidor parte legalmente hipossuficiente na relação, deve cumprir com o pagamento, e o fornecedor, deve agir eticamente, com intuito único e exclusivo de satisfação do crédito.

Portanto, primeiramente, antes que a suspensão do serviço seja realizada, deve-se considerar a situação de cada caso concreto, tais como: os valores devidos; o prazo de inadimplência; a devida notificação prévia do usuário; e a primazia da equidade.

Nesse diapasão, Stolze e Pamplona Filho (2019, p. 49) explicitam que:

(...) ao se exigir o cumprimento forçado de uma prestação inadimplida, o credor não pode pretender lançar mão de

mecanismos atentatórios a dignidade da pessoa humana, senão quando a própria Constituição expressamente admitir o sacrifício de um valor individual tendo em vista fins superiores.

Destarte, é de imprescindível relevância que a empresa/órgão fornecedor(a) exerça seu papel com observância no princípio da boa-fé, pois deve manter conduta que viabilize a adimplência do consumidor, devendo recorrer a supressão do fornecimento de energia elétrica apenas como último recurso.

9. Do posicionamento dos tribunais superiores em relação ao conflito existente entre a interrupção ou não do fornecimento de energia elétrica

É cediço que a interrupção do fornecimento do serviço público essencial na hipótese de inadimplência é tema controverso na doutrina e na jurisprudência. Desse modo, há os que sustentam que o fornecimento pode ser descontinuado, e os que defendem a continuidade do fornecimento como via de regra.

Nesse diapasão, é possível citar algumas decisões jurisprudenciais acerca do tema apresentado até agora. A decisão a seguir descreve a posição adotada pelo ministro LUIZ FUX, que até então, compunha a primeira turma do STJ:

A despeito da jurisprudência majoritária desta Corte, tem ressalvado o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, por quanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos, posto essenciais para a sua vida. O interesse da coletividade abrangeria não apenas o interesse público em sentido amplo (necessidades coletivas), como também o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta: em primeiro lugar, há que se distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. (STJ, 2006, on-line)

Malgrado, defende o DES. WALTER CARLOS LEMES, com bastante relevância para o estudo do tema, a respeito da interrupção do fornecimento de energia elétrica:

É lícita a interrupção no fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento, desde que atendidos os requisitos da lei, quais sejam, que o débito seja recente e o corte antecedido de notificação, pois a finalidade de resguardar o interesse da coletividade na continuidade do serviço, a qual restaria ameaçada porque sucessivos débitos onerariam a sociedade como um todo. (TJ-GO, 2016, on-line)

Semelhantemente, em decisão também proferida pelo Ministro LUIZ FUX, demonstra-se as ressalvas do Ilustre Ministro:

- a. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é **lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento** da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).
- b. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, **extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana**, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção.
- c. Em primeiro lugar, entendo que, hoje, **não se pode fazer uma aplicação da legislação infraconstitucional sem passar pelos princípios constitucionais**, dentre os quais sobressai **o da dignidade da pessoa humana**, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal.
- d. [...]. Penso que tínhamos, em primeiro lugar, que distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. É mister fazer tal distinção, data maxima venia.
- e. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não fazer o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, não o de uma pessoa que não possui 40 reais para pagar sua conta de luz, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação

de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa!

[...]

8. Com tais fundamentos, e também outros que seriam desnecessários alinhar, sou radicalmente contra o corte de energia de pessoa física em situação de miserabilidade e absolutamente favorável ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis. (STJ, 2004, on-line)

Portanto, restam nítidas as hipóteses em que a interrupção de serviço essencial público é admitida. Ora, sob a ótica da jurisprudência, vê-se lastro de legalidade na supressão, desde que seja realizada como último recurso e mediante aviso prévio.

Logo, percebe-se que não se deve realizar a aplicação de legislação infraconstitucional, sem que se passe pelos princípios constitucionais. De modo que, tal interrupção deverá ocorrer sob a hipótese da permanência do inadimplemento após prévia notificação.

Desse modo, é possível perceber que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, discutem o cabimento da suspensão do fornecimento de energia elétrica, uma vez que se trata de serviço essencial à vida, sendo mister, realizar a distinção da inadimplência presente no caso concreto em que figurem como partes a pessoa jurídica portentosa e pessoa física hipossuficiente.

Destarte, com tais fundamentos, e também outros que se fazem necessários elucidar, finda-se a compreensão da suma importância da ponderação dos motivos que ensejaram a inexecução do pagamento, bem como, da interrupção do serviço essencial, sob pena de ferir princípios e garantias constitucionais da pessoa humana.

Conclusão

Em suma, a necessidade indagada por este trabalho se dá pelos prejuízos causados por entes privados, ou entes públicos, aos consumidores de forma geral, vez em que aqueles, detentores do poder de prestar um serviço de caráter inadiável, dito essencial, põe em risco a primazia da dignidade da pessoa humana.

Diante desta celeuma, vê-se o posicionamento aderente dos tribunais superiores no que tange à interrupção da prestação do fornecimento de energia elétrica. Todavia, tal entendimento defensor, se dá exclusivamente na hipótese da inadimplência recente acompanhada de prévia notificação do consumidor, qual seja aquela, a ausência da satisfação da contraprestação.

Nessa seara, nota-se que, na prática, há a ausência de um ponderamento no julgamento dos litígios consumeristas, à luz das perspectivas legais das leis federais 8.987/1995 e 8.078/1990, necessitando de consenso jurisprudencial quanto à sua aplicabilidade, sendo imprescindível analisar o interesse da coletividade, bem como, o respeito à dignidade humana.

Destarte, resta cabível que a interrupção de tal fornecimento tem seu aproveitamento. Todavia, deve, em regra, ser o último recurso adotado pelo ente público/privado, que oferece este serviço no mercado de consumo. Não obstante, jamais podendo ser utilizado como ferramenta de coação dos consumidores à adimplência, sob pena de ferir princípios e garantias constitucionais do indivíduo.

Referências

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42°. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

BRASIL. Concessão e Permissão da Prestação De Serviços Públicos. **Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Brasília, DF.1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 2° ed. Unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **nº REsp 721119 RS 2005/0012159-0**. Relator: Ministro LUIZ FUX. Brasília, DF, 11 de abril de 2006. Brasília.

BRASIL. Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº AI 0146173-11.2016.8.09.0000**. Relator: Desembargador Walter Carlos Iemes. Goiânia, GO, 06 de setembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº AgRg no REsp 543020 SP 2003/0070708-0**. Relator: Ministro LUIZ FUX. Brasília, DF, 18 de março de 2004.

NOTAS:

[1] Acadêmico do curso de Direito na Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – (FESAR), Redenção/PA.

[2] Prof.º. M.e no Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - (FESAR), Redenção/PA.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PARA COM OS FILHOS.

BEATRIZ CRISTINA VIDÉO DE OLIVEIRA:

bacharelanda do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, campus Manaus

SILVIA HELENA ANTUNES DOS SANTOS^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo em épigrafe de revisão bibliográfica, tem em vista confrontar os aspectos jurisdicionais, doutrinários e principiológicos acerca da responsabilidade civil dos pais para com seus filhos, salientar a importância do exercício do Poder Familiar, avaliar as consequências deixadas pelo abandono, ponderar sobre a aplicação da responsabilidade civil na matéria e de como o judiciário tem se posicionado no que diz respeito ao que tange às ações que versam em relação ao abandono afetivo em desfavor dos genitores que fogem da sua obrigação legítima de cuidado e atenção para com os filhos, renegando a incumbência de exercer o poder familiar. Por se tratar de um assunto que envolve o seio da sociedade, justifica-se a relevância do mesmo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Abandono afetivo; Direito de família; Princípio do melhor interesse da criança; obrigação dos pais.

ABSTRACT: The present article, in bibliographic review, aims to confront the jurisdictional, doctrinal and principiological aspects of the civil liability of parents towards their children, to emphasize the importance of the exercise of Family Power, to evaluate the consequences left by abandonment, to consider the application of civil liability in the matter and how the judiciary has positioned itself with regard to the actions that deal with affective abandonment to the detriment of parents who escape their legitimate obligation to care and care for their children, reneging the incubation to exercise family power. As it is a matter that involves the heart of society, its relevance is justified.

Keywords: Civil responsibility; Affective abandonment; Family right; Principle of the best interest of the child; parental obligation.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O Poder Familiar e o Dever Legal de Cuidado. 3. Abandono Afetivo e suas consequências. 4. Responsabilidade Civil. 5. A Aplicação da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1.Introdução

Com o passar do tempo foi possível notar o abandono parental, principalmente quando ocorre a ruptura da sociedade conjugal. Atualmente, tal abandono, pode ser classificado em três modalidades: material, intelectual, e afetivo.

Das três modalidades discutidas, sabe-se que o abandono afetivo tem maior impacto, visto que, retrata a indiferença afetiva do genitor para com seu filho, interferindo diretamente nos aspectos psicológico e emocional dos indivíduos, uma vez que todos precisam de atenção e cuidado. Neste diapasão, é necessário definir até que ponto o poder judiciário tem autonomia para interferir na relação familiar dos pais para com seus filhos, de modo a amenizar ou compensar os filhos pelo abandono.

As discussões em relação ao abandono afetivo no mundo jurídico são relativamente recentes, principalmente quando buscamos decisões favoráveis ao tema.

Apesar das acertadas decisões proferidas pelos tribunais, em favor desta problemática, que assola a vida das crianças e adolescentes, foi somente em 2012 que o STJ passou a entender que o abandono afetivo é passível de indenização, por se tratar de um ato ilícito.

Diante do exposto, ainda que lide com assunto de tamanha relevância, é visível a insegurança jurídica existente, sendo de máxima urgência a necessidade de uma lei específica, que verse mais detalhadamente sobre as sanções aplicáveis aos genitores que abdicam do dever de cuidar dos seus filhos, a fim de desestimular que práticas como estas sejam recorrentes em meio à sociedade.

2.O Poder Familiar e o Dever Legal de Cuidado

O poder familiar é a evolução do instituto do pátrio poder, que consistia anteriormente a respeito dos direitos dos pais sobre os filhos, onde não se previa igualdade entre pai e mãe em relação aos filhos, nem tão pouco visava os filhos como pessoas de direito.

Com a evolução deste instituto, o poder familiar passou a reger o que chamamos de direitos e deveres dos pais, agora em igual responsabilidade para pais e mães, como detentores deste poder familiar e filhos como pessoas de direito. Nas palavras de Gonçalves (2011), "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

Acrescentam Tartuce e Simão (2010) que o “Poder familiar é conceituado como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da idéia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”.

A Constituição Federal, em seus artigos de 226, 227, §7 e 229, afirma que a família é a base da sociedade, sendo fundada no princípio da dignidade humana e da paternidade responsável positivando o dever de cuidado no âmbito familiar, sendo este dever a égide do Direito de Família.

Vejamos o que preceitua o artigo 227, caput da Constituição Federal em relação as obrigações dos pais e do Estado em favor das crianças e adolescente, in verbis:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda à forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além disso, Pereira (2016) esclarece que:

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos. Afeiçoar, segundo o Dicionário Aurélio, significa também instruir, educar, formar, dar feição, forma ou figura.

Ainda, neste mesmo diapasão o Código Civil em seu artigo 1634, disciplina os deveres e responsabilidades dos pais em relação aos seus filhos, in verbis:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I- Dirigir-lhes a criação e educação;
II- Tê-los em sua companhia e guarda;
III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

- IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevive, ou sobreveio não puder exercer o poder familiar;
- V- Representa-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

No Código Civil, em seu artigo 1632, inciso IV, ressalta que nem mesmo em casos de separação judicial, divórcio e dissolução da união estável, altera o vínculo entre pais e filhos, uma vez que esta relação está além das uniões matrimoniais.

Apesar de alguns doutrinadores entenderem que o legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente quando fala em educação, refere-se apenas a atitude de matricular o filho na escola por exemplo, a lei Federal 9.394/96 em seu artigo 1º estabelece expressamente que a educação:

[...] abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Desse modo, fica evidente que o poder familiar não trata-se somente do dever/direito dos pais para com os filhos, mais precisamente, o poder familiar dispõe acerca dos direitos e garantias da criança e adolescente como pessoas de direito, que estão em constante formação e que necessitam de norte para que possam prosseguir em sua vida adulta de maneira eficaz e satisfatória.

Assim como corroborado pelo entendimento de Diniz:

O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.

3. Abandono Afetivo e suas Consequências

Quando falamos de abandono afetivo, que também pode ser intitulada como teoria do desamor, conforme se refere a Dr^a Giselda Maria Fernandes Moraes Hironaka. Alguns doutrinadores e juristas aquiescem que não há como mensurar o amor de forma palpável, sendo impossível sua aplicação no direito de indenizar. Não obstante, o enfoque não é sobre o dever de amar ou de impor o afeto a outrem, visto que, não é possível obrigar nenhum indivíduo a realizar tal feito, caso não seja realmente sua vontade.

Essa matéria, por sua vez, possui prisma central no dever legal de cuidado, a responsabilidade com a prole, e o não cumprimento das obrigações do poder familiar. Visto que, as obrigações dos genitores vão muito além do dever moral e legal de prover o sustento financeiro e patrimonial dos incapazes, sobretudo das crianças. Firmando seu alicerce no princípio da paternidade responsável, bem como no interesse tutelado e sequêlas psicológicas oriundas da rejeição sofrida pela prole e prejuízo extrapatrimonial (ORTEGA, 2017).

O afeto, mesmo que não citado, pode ser constituído como um direito fundamental. Para Tartuce e Simão (2010) : “Mesmo não constando à expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”.

Não podendo ser confundido com o amor, ao contrário desse, o afeto pode ser manifestado de forma jurídica, Tartuce, citado por Calderón (2013) afirma que:

afetividade não se confunde com o amor, visto que esse último escapa ao Direito; já a afetividade decorre de uma atividade concreta exteriorizada de uma manifestação de afeto. Ao ser reconhecida pelo direito, assume o perfil de afetividade jurídica a partir das balizas que lhes são impostas. Para um melhor tratamento jurídico da afetividade deve ser destacada tal distinção.

Apesar da complexidade de definir de quem é a razão, é possível caracterizar que a responsabilidade paternal vai muito além da assistência financeira, mas envereda-se pela moral, a saúde, ao respeito, a educação e tantos outros aspectos que são passíveis de dano, muitas vezes devastadores e irreparáveis. Lôbo (2010) afirma que:

São casos difíceis com ponderáveis razões em cada lado. Entendemos que o princípio da paternidade responsável

estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos com absoluta prioridade, oponíveis à família – inclusive ao pai separado –, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral.

Segundo BICCA, Charles (2015) pesquisas realizadas por Ronald Rohner da Universidade de Connecticut (EUA), no campo da psicologia e neurociência afirmam que “nenhum outro tipo de experiência gera um efeito tão devastador e consistente sobre a personalidade e seu desenvolvimento como a experiência da rejeição, especialmente pelos pais, na infância”.

Ainda, de acordo com os esclarecimentos da psicóloga Giselle Câmara Groeninga e o jurista Rodrigo da Cunha Pereira:

é durante a infância, dentro da família, mas também no decorrer da vida, com a ajuda das instituições, que a distinção entre fantasia e realidade, entre culpa e responsabilidade é estabelecida, desenvolvida e fomentada. Inicialmente, dentro da família, e no anseio das instituições, aprendemos os afetos, a realidade e a lei. Também dentro da família nós aprendemos a balizar a agressividade e desenvolvemos formas de dar e receber amor, as quais vão se transformar em solidariedade, um capital essencial para o exercício da cidadania.

Isto posto, é evidente que o exercício do poder familiar e da paternidade responsável, evitam conseqüentemente os altos índices de problemas psíquicos e emocionais desencadeados pelas situações descritas, bem como gravidez na adolescência, criminalidade, o nascimento de filhos sem planejamento entre outros.

4. Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é um instituto do Direito Civil que visa determinar meios que atribuam a uma pessoa o dever de reparação do dano causado a outrem, de forma justa. Os danos passíveis de reparação civil podem ser tanto da esfera física,

como patrimonial e até mesmo moral, desde que seja possível determinar o dano causado.

Neste sentido, Gagliano e Filho (2013) conceituam responsabilidade como:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Corrobara Bittar (1994, p. 561) este entendimento quando diz:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.

O que caracteriza a responsabilidade civil e o dever de reparação é quando o agente comete ato ilícito, por isso, o Código Civil estabelece no art. 186. 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.” Afirmando ainda no artigo seguinte que, é possível cometer ato ilícito exercendo determinado direito, quando se ultrapassa os limites impostos a ele.

Ainda, Diniz (2003) nos ensina que responsabilidade civil é o meio pelo qual é possível impor medidas que obriguem o agente a reparar o dano moral ou patrimonial causado a outrem, em razão de atitude imprópria, ou de pessoa, fato ou coisa sob sua responsabilidade ou simples imposição legal.

Por fim, contribui Bittar (1993) para o entendimento acerca da responsabilidade civil:

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou

antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranqüilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.

5.A Aplicação da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo

Quando se fala em aplicação da responsabilidade civil nos casos que versam sobre o abandono afetivo, nota-se o recentemente pronunciamento do poder judiciário em decisões favoráveis a esse tipo de demanda. Isto porque para a maioria dos doutrinadores e juristas não havia dispositivo legal que embasasse tais decisões. Porém, alguns doutrinadores já abordavam este tema de forma a explicar o fato de que era imprescindível a aplicação de responsabilidade civil no instituto de direito de família.

Em 2004, por exemplo o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, decidiu em favor da aplicação da responsabilidade civil de um pai que renegou seu filho afetivamente, mesmo após o filho ter lhe procurado incessantemente durante toda a sua infância até a fase adulta. Vejamos:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC nº 408550-5, 7ª CC, Rel. Unias Silva. J. 1/4/04)

Neste mesmo período o doutrinador Azevedo (2004, p.14) pontou que:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma da rejeição e da indiferença.

Em meados de 2012 o STJ surpreendeu a seara jurídica e inovou o entendimento sobre o tema em epígrafe quando julgou precedente REsp. 1.159.242/SP, DJe 10/05/2012. Declarou a ministra Nancy Andrichi reconhecer a

cerca do pagamento de indenização a filha abandonada de forma afetiva pelo pai embasando seu voto em “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”

Com base neste julgamento o mundo jurídico passou a observar de outra perspectiva os casos em que é passível a aplicação da responsabilidade civil, pois o que precisa ser observado aqui, é sob o ângulo da vítima e os danos causados a ela. Conforme afirma Diniz (2012, p. 33):

A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar, esculpido nos artigos 22 do Estatuto da criança e do adolescente – ECA.

Corroborado por Carvalho (2015, p. 127):

Não se pretende reparação pelo fim do amor ou pela corrosão de uma união, mas a reparação do bem jurídico violado, pois por ser sujeito de desejos, o ser humano muitas vezes age por impulso e libido, praticando ações nem sempre harmonizadas com aqueles que lhes são próximos, não podendo as relações familiares isentar de responsabilidades o membro de uma família que lesiona o outro, por ação ou omissão. O Direito de Família não pode se tornar inatingível pelos princípios da responsabilidade civil.

É claro que não se pode permitir que usem dessa inovação no mundo jurídico para deliberadamente ocorrer enchurradas de ações e pedidos de indenizações sem fundamento, como Miranda (2012) esclarece:

Para auferir a aplicação da responsabilidade civil aos casos de abandono afetivo dos pais em relação aos filhos é necessário o enquadramento desta situação a todos os elementos da responsabilidade civil. Quanto à conduta, convém analisar se há ilicitude no ato de privar o filho de afeto na orientação e formação de sua personalidade, quer dizer, se a conduta está revestida de ilicitude. É certo que a responsabilidade no caso é extracontratual, consagrada no

art. 186 do novel Código Civil, haja alhures transcrito, haja vista que os pais não se obrigam por contrato ou outro ato negocial a oferecerem afeto aos seus filhos, essa obrigação decorre diretamente de normas presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Ante o exposto, entende-se que é impossível determinar e impor o dever de amar dos pais para com os filhos, todavia, é obrigação legal que aqueles, que se dispõem a se tornarem pais, seja de forma voluntária ou involuntária, não possam abdicar de suas obrigações, isto porque conforme Dias cita Maria Isabel Pereira da Costa (2007):

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a encarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não mais se podendo ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda, tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visita-lo, é obrigado a visita-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento.

Contudo, sabe-se que os recursos financeiros individualmente nunca serão capazes de reparar as consequências causadas pelo abandono de fato, mas por sua vez, as ações nesse sentido tem o intuito de punir o genitor, de forma que o mesmo seja capaz de não mais ter o comportamento ilícito. Como alude Gagliano e Filho (2011):

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

6. Considerações Finais

É possível observar que o abandono afetivo é um assunto complexo e delicado, embora seja possível apreciar que as decisões dos tribunais em favor da aplicação da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos estejam sendo cada vez mais recorrentes, é notório que ainda paira no meio jurídico enorme instabilidade em relação a esta temática, sendo necessário a elaboração de leis que tratem especificamente sobre esta abordagem, com o intuito de evitar altos índices de responsáveis legais que reneguem o seu dever legal de cuidado, desestimulando o assim, que práticas como estas sejam recorrentes.

Tal abordagem vai muito além da obrigação dos pais para com os filhos, trata-se precipuamente do direito da criança e do adolescente em poder não só receber a assistência material de alimentos por exemplo, como também receber ao longo do seu desenvolvimento todo o apoio moral, dedicação e afeto que uma relação saudável entre pais e filhos se faz necessária.

A nossa Carta Magna diz em seu artigo 226, que a família é a base da sociedade, com isso não restam dúvidas que o que acontece entre pais e filhos e em seu seio familiar, possui reflexos diretamente na sociedade, porque como já citado anteriormente, uma criança ou adolescente sem a assistência moral e afetiva dos pais, esta mais propícia a desenvolver problemas psíquicos e se envolver com a criminalidade, drogas, gravidez na adolescência e atividades que prejudicam não só a ela mesma como todos ao seu redor.

É por isso que a Constituição Federal além de estabelecer que a família é a base da sociedade, no mesmo artigo 226 o texto é finalizado com a frase "(..) tem especial proteção da sociedade. ". Que nos mostra explicitamente que é dever do Estado interferir nas relações familiares não só quando se tratar de pagamento de alimentos, mais principalmente nas relações de convívio e afeto entre pais e filhos.

Esta é uma discussão longa, uma vez que sabe-se que talvez seja impossível mensurar o valor do afeto em uma relação entre pais e filhos. Porém, apesar de ardua, tais decisões judiciais em favor de indenização por responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo são necessárias para coibir que mais genitores coloquem crianças no mundo e não deem a assistência necessária. O poder judiciário não pode agir de forma omissa e permitir que crianças e adolescentes sejam prejudicados pelo resto de suas vidas por genitores inresponsáveis.

Ante o exposto, deixo as palavras de Sarmiento (2008) acerca desta celeuma jurídica tão importante nos dias atuais:

“As relações familiares devem ser entendidas e vistas como possibilidade de crescimento do ser humano. E o desenvolvimento emocional dos filhos é dever constitucional dos pais, a ausência de afeto, que resulta quase sempre no abandono moral, enseja ação de responsabilidade civil e reparação de danos morais. Os pais devem ter a exata consciência de seu papel como provedores e educadores dos cidadãos futuros, além de terem ciência de que os atos danosos por eles praticados poderão gerar sérios prejuízos aos seus filhos.”

7. Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça, **jornal do advogado**, São Paulo: OAB°289, 2004

Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000 - TJMG, julgamento em 01/04/2004.

Disponível em: <
https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar

BASTOS, E. F; LUZ, A. F. D. **Família e Jurisdição II. Belo Horizonte**: Editora Del Rey, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro**. Código Civil, 2002. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**, Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, **Lei nº 9.394 de 1996**, Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Ano 2013. Rio de Janeiro, RJ. Editora RENOVAR. 438p.

CHARLES, Bicca. **Abandono Afetivo, o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono dos filhos**. Ano 2015. Brasília, DF. Editora OWL. 184p

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito de Família**, 8ª Ed. Revista dos Tribunais, 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v.7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, 26ª ed. Saraiva – São Paulo, 2012

DINIZ, Maria Helena, **Código Civil Anotado**. 8ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.p.1056

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**, Volume VI. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 737.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. **O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade**. In: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.p.102

Julgamento do REsp. 1.159.242/SP, DJe 10/05/2012. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D6257C3AC91FD57064406654912AA69FC5041F1A1731> >

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 308.

MIRANDA, Amanda Oliveira Gonçalves de. **Responsabilidade civil dos pais nos casos de abandono afetivo dos filhos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3242, 17 maio 2012 .Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21799>>.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Teoria do desamor - É possível indenização pelo abandono socioafetivo?**.2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Direito de Família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2010, p. 387.

NOTAS:

[1] Professora do curso de Direito do CEULM/ULBRA e Mestra em Direito Ambiental, Universidade Estadual do Amazonas – UEA

A BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SEUS REFLEXOS PARA A SOCIEDADE - UM NOME NEGATIVADO VALE MAIS DO QUE A VIDA?

MARIANA LEITE DA SILVA MITRE:

Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Direito Privado, pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ

RESUMO: É sabido que o acúmulo de processos no Poder Judiciário vem ocorrendo desde o advento do CDC. No entanto, o abarrotamento daquele nem sempre se deu por fatos verdadeiros, e sim por absolutas fraudes ao Judiciário com intuito de obtenção de danos morais. Tal conduta acarretou uma fragilidade na conduta do Judiciário quanto ao dano moral, o que acaba pondo em xeque a propositura de demandas pelos que verdadeiramente sofrem o dano moral, os quais vêm obtendo indenizações cada vez menores. O presente trabalho pretende demonstrar os reflexos da banalização dos danos morais ao revés sobre a sociedade.

Palavras-chave: Judiciário. Dano. Banalização. Consumidor.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS; 2. CONCEITO DE DANO MORAL; 2.1. O dano moral e o mero aborrecimento; 3. CRITÉRIO DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL; 3.1. Da impossibilidade de tarifação do dano moral; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Não há como padronizar o *quantum* do dano moral. A decisão deve basear-se no caso concreto, atendendo-se às suas peculiaridades.

Em casos como a negativa do fornecimento de medicamentos pelos planos de saúde, por exemplo, os Tribunais de Justiça têm, em média, condenado as empresas-rés em cinco mil reais a título de dano moral. Vale destacar que, em situações como essa, muitos indivíduos perderam suas vidas em virtude do atraso no fornecimento dos fármacos. Por outro lado, nos casos em que a parte autora tem seu nome negativado indevidamente, as condenações por dano moral chegam a oito ou dez mil reais, a depender do dano à personalidade ocorrido.

Fica a reflexão trazida no título do presente artigo: teria um nome negativado mais valor do que a própria vida?

1. CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Os Juizados Especiais surgiram como mecanismo de facilitação do acesso à justiça, concretizando os ditames do artigo 5º, XXXV, da CRFB/88. A partir deles, a população pôde resolver inúmeros casos de menor complexidade, principalmente no que tange ao direito do consumidor, de forma a democratizar o acesso ao Poder Judiciário.

2. CONCEITO DE DANO MORAL

Segundo Flávio Tartuce[1], a reparação por danos morais só se tornou possível no ordenamento brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. Anteriormente, havia dificuldade na doutrina e na jurisprudência quanto à visualização de sua determinação e quantificação.

Com o advento da Carta Magna de 1988[2], o tema evoluiu de forma significativa, irradiando-se em vários ramos do Direito, tais como o Direito do Trabalho e o Direito de Família.

A contenda ganhou maior importância com a entrada em vigor do Código Civil de 2002[3], que acarretou a denominada constitucionalização do direito civil. Em tal período, os institutos tipicamente civilistas passaram a ser lidos de acordo com o filtro constitucional.

Ainda segundo Tartuce[4], o dano moral constitui uma lesão aos direitos da personalidade, dispostos nos artigos 11 a 21 do Código Civil. O autor destaca que a reparação a título de dano moral serve como um meio de atenuar o sofrimento ou a dor ocasionada na vítima. Por tal motivo, a expressão adequada é a 'reparação' por danos morais, e não 'ressarcimento'.

Acrescenta Stolze[5] que:

“Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade)”.

Sob tal viés, o dano moral não possui finalidade de crescer o patrimônio da vítima, e sim de compensá-la pelos males causados pelo ofensor. Oportuno destacar que o dano moral indenizável dispensa a verificação de sentimentos humanos negativos, tais como a dor e o sofrimento, o que se coaduna com o Enunciado n. 445

da V Jornada de Direito Civil do CJF[6], que dispõe o seguinte: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Para reforçar essa ideia, tem-se o exemplo de uma pessoa absolutamente incapaz que sofre um dano a um direito da personalidade. Nesse sentido[7],

“O absolutamente incapaz, ainda quando impassível de detrimento anímico, pode sofrer dano moral. O dano moral caracteriza-se por uma ofensa, e não por uma dor ou um padecimento. Eventuais mudanças no estado de alma do lesado decorrentes do dano moral, portanto, não constituem o próprio dano, mas eventuais efeitos ou resultados do dano. Já os bens jurídicos cuja afronta caracteriza o dano moral são os denominados pela doutrina como direitos da personalidade, que são aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade. A CF deu ao homem lugar de destaque, realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo – essência de todos os direitos personalíssimos –, e é o ataque a esse direito o que se convencionou chamar dano moral” (STJ, REsp 1.245.550/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.03.2015, *DJe* 16.04.2015).

De acordo com o artigo 186 do Código Civil[8], “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse sentido, o legislador admitiu que o ato ilícito pode produzir dano exclusivamente moral (Stolze, p. 221).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, além de punir o ofensor e desestimular o cometimento de atos dessa natureza.

2.1 O dano moral e o mero aborrecimento

Importante tecer uma diferença entre dano moral e mero aborrecimento. Enquanto o dano moral decorre de uma lesão a um direito da personalidade, como mencionado acima, o mero aborrecimento nada mais é do que uma situação passageira de irritabilidade causada por um ato do ofensor. Porém, essa situação não é capaz de lesionar de forma significativa um direito da personalidade da vítima.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho[9], o mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral, tendo em vista que tais situações não são intensas e duradouras, capazes de danificar o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Em 2005, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou a Súmula n. 75, que dispunha o seguinte: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”[10]. O objetivo da Súmula era combater a banalização do dano moral e diminuir a quantidade de demandas indenizatórias descabidas, que somente buscavam o lucro e inflavam cada vez mais o Poder Judiciário[11].

Ocorre que, em razão do crescimento estatístico de ações de reparação por danos morais nas últimas décadas, inúmeros magistrados passaram a proferir decisões conflitantes para um mesmo fato, já que a interpretação para cada juiz a respeito do que seria um mero dissabor pode variar.

Sendo assim, a aplicação da Súmula do TJRJ a respeito do mero aborrecimento e a ausência de um critério objetivo para definir o que, de fato, seria caso de dano moral ou de mero aborrecimento acabaram gerando violações aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Diante da insatisfação do corpo jurídico a respeito de tal Súmula, a doutrina e a jurisprudência passaram a entender que o dano moral pode decorrer do inadimplemento contratual ou legal. Isso porque bastaria a lesão a qualquer direito da personalidade. Assim, o TJRJ modificou seu entendimento e passou a admitir que não seria necessário averiguar a presença de violações concretas à honra objetiva do indivíduo.

Nesse contexto, em 2018 o Tribunal entendeu por bem cancelar o Enunciado em questão, passando à análise objetiva do dano moral.

3. CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, após o reconhecimento do dano moral, surge uma difícil tarefa para o julgador, qual seja, a quantificação suficiente para compensar os danos causados à vítima. Para ela, a dificuldade consiste no fato de que não há um critério objetivo e específico para o arbitramento de tais valores.

Oportuno mencionar que o STJ tem adotado o método bifásico para a fixação do montante devido a título de danos morais. De acordo com tal modelo, considera-se

um valor básico para a reparação conforme o interesse jurídico lesado e um grupo de precedentes. Após, são verificadas as circunstâncias do caso para a fixação definitiva da indenização.

Destaque-se que esse critério adotado pelo STJ atualmente já havia sido trabalhado por julgados antigos, os quais serão detalhados a seguir.

Em 2006, a Terceira Turma analisou um caso de aplicação do dano moral que envolvia vítimas fatais de um acidente rodoviário com ônibus. No REsp. 710.879[12], a Ministra Nancy Andrighi alertou que o inconformismo com o arbitramento da indenização é gerado quando o valor fixado destoa dos estipulados em outros julgados recentes do mesmo tribunal, ressalvadas as peculiaridades de cada demanda.

Ainda segundo a Ministra, em situações assemelhadas, os valores variavam entre duzentos e seiscentos e vinte e cinco salários mínimos, o que seria uma média razoável entre os valores fixados pela primeira instância e reduzidos pela segunda instância. A Corte, portanto, estabeleceu um valor médio entre as decisões anteriores, de modo a evitar que a quantia fosse irrisória ou gerasse enriquecimento sem causa.

Em 2011, no REsp. 1.152.541[13], a Terceira Turma realizou o detalhamento do conceito do método bifásico para definir o montante a ser pago a título de dano moral. O caso julgado envolvia uma negativação indevida. A sentença extinguiu o processo sem resolução de mérito, mas, em segunda instância, o Tribunal entendeu pelo direito à reparação a título de danos morais no importe de vinte salários mínimos.

Em tal julgado, o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino ressaltou a necessidade de elevar a indenização de acordo com os precedentes da Corte, levando-se em conta as duas etapas que devem ser percorridas para o arbitramento da quantia devida.

Segundo ele,

“Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz”.

Para o relator, a ideia da primeira etapa é assegurar uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, levando-se em conta a igualdade material. Na segunda fase, parte-se de uma indenização básica, elevando-se ou reduzindo-se o valor de acordo com as peculiaridades do caso concreto, quais sejam: gravidade do fato, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima e condição econômica das partes. Após, chega-se a um montante definitivo e adequado ao caso em análise.

Ainda de acordo com o Ministro, o procedimento acima segue as regras do art. 953 do Código Civil, que estabelece um arbitramento equitativo. Para ele,

“Diante da impossibilidade de uma indenização pecuniária que compense integralmente a ofensa ao bem ou interesse jurídico lesado, a solução é uma reparação com natureza satisfatória, que não guardará uma relação de equivalência precisa com o prejuízo extrapatrimonial, mas que deverá ser pautada pela equidade”.

No julgado, ressaltou-se que a doutrina e a jurisprudência têm encontrado obstáculos para estabelecer critérios objetivos a serem usados pelo magistrado ao arbitrar a indenização por dano moral. Na tentativa de sistematizar os critérios mais usados pela jurisprudência para a fixação desses danos, são levadas em consideração as circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado.

Em 2016, ao julgar um caso que tramitou em segredo de justiça, a Quarta Turma[14] afirmou que a segunda fase do método é o momento em que o juiz pode avaliar a gravidade do fato, suas consequências, a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, a eventual participação culposa do ofendido, a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima.

Segundo o Ministro Salomão,

“Realmente, o método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano”.

3.1 Da impossibilidade de tarifação do dano moral

Entende o STJ que o dano moral não pode ser objeto de tarifação, tendo em vista que deve haver uma valoração dos danos sofridos pelo requerente no caso concreto, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Porém, também não é possível que a fixação do dano moral leve em conta apenas critérios subjetivos adotados pelo julgador, sob pena de gerar desigualdade e eventuais arbitrariedades por parte do magistrado.

Diante de tal cenário, considera-se mais segura atualmente a adoção dos critérios objetivos mencionados pelo STJ. Porém, na prática, o que se percebe é que os Tribunais têm adotado baixas quantias de danos morais para casos graves, tais como a negativa de medicamentos ou de cobertura de procedimentos cirúrgicos por parte das operadoras de planos de saúde. Muitas vezes, a quantia fixada assemelha-se a casos mais corriqueiros, como a negativação em cadastros restritivos de crédito.

Possivelmente, a condenação em baixos valores tenha se dado em razão da banalização do dano moral, que consiste no inchaço do Poder Judiciário causado pelo aumento considerável de ações propostas com objetivo de compensação por danos morais.

Como mencionado anteriormente e, de acordo com Marco Thulio[15],

“Porém, nem todo o contratempo ordinário da vida dá ensejo à ressarcibilidade. Alguns danos tratam-se de mero aborrecimento. O contratempo deve possuir algum valor real, ou seja, deve produzir efeitos efetivos no subjetivo do lesado. Note-se, que valor indenizatório deve ser estabelecido de forma a substituir a dor psíquica ou moral ou ao menos abrandá-la, e não ser estabelecida de forma para garantir ao lesado nova situação econômico-financeira sem justa causa”.

Assim, constata-se que, atualmente, a melhor forma de alcançar o viés punitivo-pedagógico do dano moral é através da tutela coletiva, em que são fixadas altas quantias de dano moral coletivo, haja vista que as condutas ilícitas, em tais casos, afetam a coletividade como um todo, e não somente um indivíduo isoladamente considerado.

CONCLUSÃO

Para resolver a problemática da banalização do dano moral e das baixas condenações a título de dano moral individual, um caminho a ser seguido é estimular a justiça multiportas, tal como o CPC/15 já vem trazendo em seu escopo. Assim, questões de menor complexidade e que não cheguem a afetar gravemente a esfera

dos direitos da personalidade podem ser resolvidos através da conciliação, mediação ou arbitragem.

Destaque-se, ainda, que há meios extrajudiciais eficientes na solução de problemas cotidianos envolvendo os direitos dos consumidores, tais como o Portal do Consumidor.gov.br e o PROCON, canais esses que devem ser divulgados para a sociedade em geral, de forma que haja a diminuição do inchaço do Poder Judiciário.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Enunciado nº 445, V Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da Justiça Federal. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>> Acesso em: 11 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio da Janeiro: Forense, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de Direito Civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.245.550/MG. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181946903/recurso-especial-resp-1245550-mg-2011-0039145-4/relatorio-e-voto-181946927>> Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Enunciado de Súmula nº 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <

http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&servidor> Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.152.541. Relator Min.. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872>> Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 710.879. Relator Min.. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158652/recurso-especial-resp-710879-mg-2004-0177882-4-stj/relatorio-e-voto-12878121>> Acesso em: 15 ago. 2020.

PERES, Marco Thulio Ferreira. Juizado Especial e a banalização do dano moral. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10968/Juizado-Especial-e-a-banalizacao-do-dano-moral>> Acesso em: 19 ago. 2020.

RODAS, Sérgio. Leia a decisão do TJRJ que cancelou a “súmula do mero aborrecimento”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-18/leia-decisao-tj-rj-cancelou-sumula-mero-aborrecimento>> Acesso em 19 ago. 2020.

NOTAS:

[1] TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio da Janeiro: Forense, 2017. p. 489.

[2] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

[3] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

[4] TARTUCE, Flávio. op. cit., p. 489

[5] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de Direito Civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 221.

[6] BRASIL. Enunciado de Súmula nº 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>> Acesso em: 16 ago. 2020.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.245.550/MG. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181946903/recurso-especial-resp->

1245550-mg-2011-0039145-4/relatorio-e-voto-181946927> Acesso em: 15 ago. 2020.

[8] BRASIL, op. cit., nota 03.

[9] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93.

[10] BRASIL. Enunciado de Súmula nº 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&se

ridor> Acesso em: 16 ago. 2020.

[11] RODAS, Sérgio. Leia a decisão do TJRJ que cancelou a “súmula do mero aborrecimento”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-18/leia-decisao-tjrj-cancelou-sumula-mero-aborrecimento>> Acesso em 19 ago. 2020.

[12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 710.879. Relator Min.. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158652/recurso-especial-resp-710879-mg-2004-0177882-4-stj/relatorio-e-voto-12878121>> Acesso em: 15 ago. 2020.

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.152.541. Relator Min.. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872>> Acesso em: 15 ago. 2020.

[14]

[15] PERES, Marco Thulio Ferreira. Juizado Especial e a banalização do dano moral. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10968/Juizado-Especial-e-a-banalizacao-do-dano-moral>> Acesso em: 19 ago. 2020.

A INSERÇÃO DE ATLETAS TRANSGÊNEROS NOS DESPORTOS

GABRIEL DA SILVA CUNHA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Luterana do Brasil (Ulbra)

RUBENS ALVES^[1]

(orientador)

Resumo: Os transgêneros podem participar de maneira igualitária aos demais nos desportos de modo que essa inserção seja aplicada de forma justa e humana. Além do mais, são pessoas que estão em constante busca de serem reconhecidas por sua identidade de gênero e não pelo sexo biológico, sendo facultada a elas a realização de tratamentos hormonais ou até um procedimento cirúrgico para obter uma redesignação sexual, e isso não deve ser uma regra para que possam ser tratadas com dignidade e tenham seus direitos garantidos, principalmente o da dignidade da pessoa humana e igualdade. O presente estudo objetivo, discorrer como os transgêneros podem participar de maneira igualitária aos demais nos desportos de modo que essa inserção seja aplicada de forma justa e humana, tendo em vista que a visibilidade destes atletas influencia na representatividade deste grupo de pessoas que sofrem preconceito diariamente.

Palavras-chave: Esporte, inserção, atleta, transgêneros

Abstract: Transgender people can participate equally with other sports so that this insertion is applied in a fair and humane way. Furthermore, they are people who are in constant search of recognition for their gender identity and not for biological sex, being allowed to undergo hormonal treatments or even a surgical procedure to obtain a sexual reassignment, and this should not be a rule so that it can be treated with dignity and have its rights guaranteed, mainly the dignity of the human person and equality. The present objective study, to discuss how transgender people can participate in an equal way to others in sports so that this insertion is applied in a fair and humane way, considering that the visibility of these athletes influences the representativeness of this group of people that daily prejudice

Keywords: Sport, insertion, athlete, transgender

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito desportivo. 3. Definição de transgênero. 4. Inclusão social dos atletas transgêneros representatividade trans nos esportes. 5. Métodos vigentes para promover a inclusão dos atletas transgêneros nos esportes. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1.Introdução

Muito tem se falado acerca da participação dos atletas transgêneros em competições desportivas e os debates acabam seguindo para questões ideológicas quando poderiam priorizar dois eixos fundamentais: a dignidade da pessoa humana e o equilíbrio das competições desportivas. (Veiga, 2019)

Transgênero pode ser definido como a pessoa que tem uma identidade de gênero oposta do seu sexo original. Os transgêneros podem participar de maneira igualitária aos demais nos desportos de modo que essa inserção seja aplicada de forma justa e humana, tendo em vista que a visibilidade destes atletas influencia na representatividade deste grupo de pessoas que sofrem preconceito diariamente. Visando a efetivação da inclusão dos atletas transgêneros nos desportos propondo iniciativas que sane o preconceito e os insira com a dignidade, que lhe é garantida constitucionalmente, além de apresentar o esporte como um meio formador da cidadania, demonstrar meios para efetivar a inclusão dos atletas transgêneros nos desportos e apontar como o desporto pode promover a inclusão social dos atletas transgêneros, além de indicar meios já são utilizados para inserir atletas transgêneros em diferentes modalidades esportivas.

Sobre o assunto, existem grandes repercussões políticas, sociais, econômicas e sobretudo, jurídicas. Este é um assunto que ainda requer muito estudo e reflexão, pois um dos ensinamentos do esporte é a equidade, que busca manter a igualdade e o equilíbrio entre os atletas e competidores, afim de não prejudicar o espírito esportivo. Não resta dúvidas que os transgêneros devem estar inseridos no esporte profissional.

Contudo, isso não é algo simples, porém o esporte é para todos, e o Estado e o setor esportivo devem encontrar soluções para que isso seja possível. (Fernandes, 2020)

2.O direito desportivo

Salienta-se que o Direito desportivo é um dos ramos do direito que versa sobre a relação jurídica nas atividades esportivas e possui uma série de regras e é considerada uma justiça administrativa já que não pertence ao Poder Judiciário. Ademais, é dotada de atribuições que visam dirimir as questões de natureza dos desportos, sua definição encontra-se no artigo 217 da constituição federal in verbis:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§3º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

É um ramo bastante específico, pois contém sua própria legislação e doutrina. Porém, ele não é independente, no sentido de que é ligado a outros ramos do direito por isso é de suma importância que os profissionais que atuam nesta área devem ter um conhecimento bastante amplo das demais áreas do direito.

É notoriamente perceptível que o esporte está presente na vida de todas as pessoas até mesmo de maneira indireta, em razão da importância que ele representa para a sociedade o Estado tem a obrigação de tratar do assunto como uma questão jurídica e deve ter uma participação efetiva em sua regulamentação.

A importância do Direito Desportivo é inafastável na medida em que os temas jurídicos do desporto podem ser enfocados sob os ângulos do desporto espetáculo, do desporto competição e do desporto profissional ou então sob a ótica do desporto comunitário, do desporto classista, do desporto estudantil e do desporto militar (Filho, 2000, p. 23-24).

3 Definição de transgênero

A pessoa transgênero é aquela que não se identifica com o sexo biológico de seu nascimento e sim com o sexo oposto, o que atualmente, a Organização Mundial de Saúde (OMS) não considera como doença, tendo em vista que recentemente a entidade retirou de seu rol de Classificação Internacional de Doenças o transtorno de identidade sexual como doença psicológica.

“[...] Entretanto, o fato é que a grande diferença que percebemos entre homens e mulheres é construída socialmente, desde o nascimento, quando meninos e meninas são ensinados a agir de acordo como são identificadas, a ter um papel de gênero “adequado”. (Jesus, 2012)

Além do mais, são pessoas que estão em constante busca de serem reconhecidas por sua identidade de gênero e não pelo sexo biológico, sendo facultada a elas a realização de tratamentos hormonais ou até um procedimento cirúrgico para obter uma redesignação sexual, e isso não deve ser uma regra para que possam ser tratadas com dignidade e tenham seus direitos garantidos, principalmente o da dignidade da pessoa humana e igualdade.

“[...] para a ciência biológica, o que determina o sexo de uma pessoa são suas células reprodutivas (espermatozoides, logo, macho; óvulos, logo, fêmea), e só. Biologicamente, isso não define o comportamento masculino ou feminino das pessoas: o que faz isso é a cultura. [...] Sexo é biológico, gênero é social. Como as influências sociais não são totalmente visíveis parece para nós que as diferenças entre homens e mulheres são naturais, totalmente biológicas, quando, na verdade, a maior parte delas é influenciada pelo convívio social. (Jesus, 2012).

No âmbito esportivo a exclusão seria ainda mais comum tendo em vista a visão desatualizada da sociedade quanto a diversidade de gênero, o esporte seria, de fato, um meio viável para estabelecer uma conexão entre esse grupo de pessoas com as demais, porém esse grupo tem tido muita dificuldade ao ingressar neste ramo e isso se dá muito por conta da incapacidade dos representantes de organizações esportivas que não conseguem entrar num consenso com as questões a respeito da transgeneridade.

Afirmar que a transexualidade é uma experiência identitária, que está relacionada à capacidade dos sujeitos construírem novos sentidos para os masculinos e os femininos, não significa esquecer a dor e angústia que marcam as subjetividades

daqueles que sentem e desejam viver experiências que lhes são interditas por não terem comportamentos considerados apropriados para seus sexos. As narrativas das pessoas transexuais nos remetem para um mundo de dúvidas, angústias, solidão e um medo constante de serem rejeitados (Bento, 2012, p.22).

4 Inclusão social dos atletas transgêneros

A prática desportiva é e sempre foi uma forma de inclusão social e sempre estará presente na coletividade, é classificado como um dos direitos humanos, a Constituição Federal em seu artigo 217 traz a sua regulamentação de dever do Estado, é necessário, portanto, termos um ambiente propício o máximo possível para que essa inclusão se torne efetiva e ocorra de maneira eficiente tirando o rótulo preconceituoso que encontra-se enraizada no pensamento da sociedade. "O desporto ri na cara de todos os tipos de discriminação" (Mandela, 2000).

O preconceito com as pessoas de orientação sexual diferentes de homem e mulher é notório e acaba se tornando comum, desta forma a inclusão social no esporte é uma forma de garantir uma visibilidade e representatividade maior a essas pessoas que já são tão discriminadas e atacadas no dia a dia.

"[...] O princípio da inclusão consiste na incorporação de corpos que se encontram fora dos padrões de normalidade (física, fisiológica, comportamental, social) estipulados por determinado grupo social, e que necessitam de superação e compreensão daqueles inseridos nos padrões de normalidade para serem aceitos (Marques, 2009, p.369).

A "visibilização cada vez maior da população trans se enquadra em um projeto político de emancipação, relacionado à publicização de suas necessidades específicas, suas histórias, suas posições sociais" (Gomes, 2010, p.13). Assim os transgêneros buscam reverter esse quadro de sensação de serem excluídos dentro do próprio meio em que vivem. "O esporte se manifesta como uma das ferramentas essenciais para a inclusão, promovendo não só a inserção deste grupo a sociedade, como também viabilizando benefícios tanto mentais quanto físicos". (Jones, 2016, p. 81).

5 Representatividade trans nos esportes

No Brasil, o caso de grande repercussão foi a da jogadora de vôlei Tiffany Abreu, que após disputar jogos na Superliga feminina de vôlei e por conta de seu

ótimo desempenho começou a surgir um movimento das jogadoras dos clubes rivais que sentiram-se incomodadas com a ascensão da atleta e decidiram pugnar por regras mais rígidas para as atletas trans temendo que as atletas femininas percam espaço no cenário esportivo. "Imagina se todos os gays resolverem jogar a Superliga Feminina. Vai virar uma Superliga que vai tirar nosso espaço porque a gente não consegue competir com eles". (Sheilla, 2018).

Eu dei uma entrevista logo depois do Natal dizendo que eu era a favor da participação dela na Superliga feminina, mas que não podia opinar com profundidade porque não entendia do assunto, sobretudo a respeito de hormônios e da formação corporal. Depois, após ler a opinião de médicos, vi outro lado da história, que está na vantagem física que a Tiffany leva sobre as demais jogadoras, mesmo hoje controlando os hormônios. Então, me repositonei. Disse que sou contra (Sheilla, 2018).

O centro do debate quanto a presença da atleta seria a transição de sexo tardia. Para muitas atletas seria injusto competir com Tiffany, tendo em vista que a transição ocorreu no auge de seus 29 anos, o Comitê Olímpico Internacional, autorizou a participação da atleta nos jogos, desde que, respeitados os requisitos obrigatórios previstos pelo Comitê.

A tenista Renée Richards, com seu antigo nome, Richard Raskind, foi a primeira trans a disputar um torneio profissional de tênis, onde chegou até a final do torneio de duplas do aberto dos EUA e chegou a ocupar o 20º lugar no ranking mundial. "A questão que se apresentava aqui era um aparente conflito entre um princípio extremamente caro à ordem esportiva, qual seja, a igualdade entre os competidores, e a garantia de direito a não discriminação prevista na legislação americana". (Calixto, 2018)

Já no MMA não foi diferente, a atleta Fallon Fox, foi a primeira lutadora transexual a participar desta modalidade, chegou a disputar seis lutas em toda sua carreira, vencendo cinco delas. Outras atletas vêm se recusando a enfrentá-la alegando uma desproporcionalidade.

Eu entendo porque as pessoas estão apoiando Fallon e concordo que é importante lutar pelos direitos dela, mas acho que também é importante proteger a segurança das outras mulheres do evento. Até que eu receba provas conclusivas de que uma luta com Fallon seria justa, eu não vou entrar no ringue com ela (Morgan, em entrevista ao site norte-americano "MMA Junkie").

Diante dos casos expostos, é notório que ainda existem poucos atletas transgêneros em competições profissionais em alto nível e com isso despertam diversas opiniões das pessoas, gerando debates quanto a participação desses atletas.

“O número de pessoas trans praticantes de esportes tanto em níveis escolares, amadores ou profissionais é ínfimo por conta do cenário excludente atual, a partir desta observação levanta-se o seguinte alerta: pessoas transgêneras estão excluídas de práticas profiláticas, virtualmente considerando para elas menores graus de bem-estar, maiores chances de serem afetadas por doenças e conseqüentemente, obterem menores expectativas de vida. Mesmo com todas as adversidades impostas, alguns atletas transgêneros estão se inserindo ao esporte, no entanto, obviamente sofrem com a falta de preparo por parte da comunidade esportiva e da sociedade em lidar com questões de transgeneridade.” (Coelho *et al.*, 2016).

6 Métodos vigentes para promover a inclusão dos atletas transgêneros nos esportes

No ano de 2016, o COI em uma resolução com o intuito de debater as regras visando a inclusão de atletas transgêneros decidiram que não seria mais necessário a cirurgia de redesignação de sexo para que atletas transgêneros do sexo feminino possam participar das competições masculinas, já para atletas de sexo masculino em competição femininas, os requisitos estipulados pela COI devem ser seguidos pelas atletas. Essas atletas devem, durante quatro anos terem se declarado mulher, além de, pelo período de 12 meses anteriormente ao início da competição, ter um controle sobre os hormônios masculinos no corpo, estipulado em, no máximo, 10 nanomols por litros de sangue da atleta, o que deverá ser mantido durante toda a competição.

Vale ressaltar que alguns cientistas acreditam que a redução dos níveis permitidos para 5 nanomols por litro seria o mais razoável, mantendo a inclusão e a justiça no esporte.

Entretanto, mesmo assegurado pelo COI e pela Constituição Federal, foi proposto um projeto de lei nº 346/2019, que estabelece o sexo biológico como o único critério definidor do gênero dos competidores em partidas esportivas oficiais no Estado de São Paulo, vetando a atuação de transexuais em equipes que correspondam ao sexo oposto ao de nascimento, caso seja aprovada, a lei já nascerá inconstitucional.

"Este PL não deveria nem passar pela Comissão de Constituição de Justiça da Assembleia Legislativa. O inciso I do artigo 217 da Constituição Federal garante a autonomia das entidades desportivas, dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento. Esse projeto de lei fere as resoluções da ONU e da Unesco, das quais o Brasil é signatário. Esse é um problema de direito constitucional e de direito internacional" (Wladimir Camargos, advogado).

Nesse tipo de situação, o que nós vemos é a Lex Sportiva ao lado das normas dos direitos humanos, do respeito, enquanto o Estado tenta aprovar uma lei discriminatória. O esporte pode ter um papel fundamental na defesa e na promoção dos direitos humanos, e esse tipo de situação evidencia isso (Calixto, em entrevista ao site lei em campo).

7 Considerações finais

Diante disto, há necessidade de estudos mais aprofundados para garantir um esporte mais equilibrado e mais justo. Portanto, os futuros estudos devem abranger uma perspectiva de igualdade e inclusão social, não há dúvidas que é uma tarefa árdua, mas é necessário para manter no esporte a união entre torcedores e atletas.

Por fim, a responsabilidade pelo conjunto de regras e normas no desporto é do Direito Desportivo que tem como dever contemplar aos atletas transgêneros, com meios fundamentais para a prática esportiva em nível de igualdade com qualquer outro atleta profissional.

8 Referências

AGUIAR, Maria Eduarda. **A divisão no esporte deve ser separada por sexo ou gênero?** 2019. Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/72896/a-divisao-no-esporte-deve-ser-separada-por-sexo-ou-genero>. Acesso em: 20.03.2020.

AUGUSTO, Cleiciele Albuquerque. SOUZA, José Paulo de. DELLAGNELO, Eloise Helena. CARIO, Silvio Antonio Ferraz. **Livramento Pesquisa Qualitativa: rigor metodológico no tratamento da teoria dos custos de transação em artigos apresentados nos congressos da Sober.** 2007-2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032013000400007>. Acesso em: 12.05.2020.

CALIXTO, Vinicius M. **Lex Sportiva e Direitos Humanos: Entrelaçamentos transconstitucionais e aprendizados recíprocos**. 2 Ed. Belo Horizonte, 2018.

CORBETA, Alessandra Ayres. PRAZERS, Irley Aparecida Correia. **Direito desportivo trabalhista brasileiro: O contrato de trabalho, a Constituição Federal, a CLT e a Lei 9.615/98**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53259/direito-desportivo-trabalhista-brasileiro>>. Acesso em: 25.03.2020.

ESPORTE IG. **Caso Tiffany: Sheilla vê vantagem física e se diz contra; opinião gera polêmica**. 2018. Disponível em: <<https://esporte.ig.com.br/maisesportes/volei/2018-01-21/caso-tiffany-sheilla.html>>. Acesso em: 21.03.2020.

FERNANDES, Lucas Queiroz. **O Esporte é para todos: a polêmica sobre atletas transgêneros**. 2020, Disponível em: <https://alster.esp.br/lucasqueiroz/o-esporte-e-para-todos-a-polemica-sobre-atletas-transgeneros/>. Acesso em 20.08.2020

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações Sobre Identidade De Gênero: Conceitos E Termos**. 2. Ed. Brasília, 2012.

JÚNIOR, Edson Farret da Costa. LUZ, Edna. FILHO, Rubem Machado. COELHO, Rafael Torres. **Atletas transgêneros: tabu, representatividade, minorias e ciências do esporte**. 2018, Disponível em: <<http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=2TRABALHOSACADEMICOSAOGONCALO2&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=6630&path%5B%5D=3346>>. Acesso em: 22.04.2020.

KAMP, Andrei. **US Open começando. É preciso lembrar Renée, primeiro transgênero no esporte**. 2019. Disponível em: <<https://leiemcampo.blogosfera.uol.com.br/2019/08/20/us-open-comecando-e-preciso-lembrar-renne-primeira-transgenero-no-esporte/>>. Acesso em: 02.04.2020.

KAMP, Andrei. **Porque projeto de lei que pode barrar Tiffany já nasce inconstitucional**. 2019. Disponível em: <<https://leiemcampo.blogosfera.uol.com.br/2019/04/04/lei-contra-transgeneros-no-esporte-e-inconstitucional-entenda/>>. Acesso em: 13.05.2020.

NUNES, Ana Paula Gomes. Minorias: Apontamentos e reflexões no campo científico. **CONTEMPORÂNEOS: REVISTA DE ARTES E HUMANIDADES**, v. 10, 2012.

REDAÇÃO SUPER LUTAS. **Adversária se recusa a enfrentar atleta transexual no MMA**. 2013. Disponível em:

<<https://www.superlutas.com.br/noticias/15176/adversaria-se-recusa-a-enfrentar-atleta-transexual-no-mma/>>. Acesso em: 02.04.2020.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. São Paulo, 2007.

TESSAROLO, Gabriel Ricobello. **As controvérsias da inclusão de transgêneros no esporte**. 2019, Disponível em: <<http://rdu.unicesumar.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/5160/TRABALHO%20DE%20CONCLUS%C3%83O%20DE%20CURSO%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 19.04.2020.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Correa. **Transgêneros e hiperandrogenismo no esporte e o Projeto de Lei 2.596/2019**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/correa-veiga-transgeneros-esporte-pl-25962019> . Acesso em 25.04.2020

VIEIRA, José Guilherme Silva. **Metodologia de Pesquisa Científica na Prática**. Curitiba, 2010.

NOTAS:

[1] Professor orientador. Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ALVARO CALAZANS SOUZA BELEM:

Graduando do Curso Superior de Direito do Centro de Ensino Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

Resumo: Nos últimos anos, o modelo tradicional da família brasileira sofreu uma série de modificações, especialmente, em decorrência do aumento do número de divórcios e dissoluções das uniões estáveis. Passaram a ser comuns, portanto, novas configurações familiares, como as famílias monoparentais ou multiparentais, mediante a guarda do exclusiva ou compartilhada do dependente. Diante desse novo cenário, conseqüentemente, surgiram diversos casos onde a criança ou o adolescente são utilizados por parte de um dos ex-parceiros ou ainda, pelos avós, como forma de vingança, para atingir o outro genitor, se configurando como uma prática frequente nos lares brasileiros. Surge, assim, a necessidade de se avaliar as conseqüências jurídicas e civis atribuídas àquele que pratica a alienação parental, tendo em vista os efeitos imediatos e as sequelas futuras que podem ser desencadeadas nas vítimas desse tipo de comportamento nocivo. Para tanto, serão analisados, inicialmente, os dispositivos legais destinados à proteção dos direitos da criança e do adolescente, dando ênfase aos mecanismos de combate e prevenção da Alienação Parental, contidos na Lei Nº 12.318/2010, considerando-se, ainda, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Conseqüências Jurídicas. Alienação Parental. Responsabilidade Civil.

Abstract: In recent years, the traditional model of the Brazilian family has undergone a series of changes, especially as a result of the increase in the number of divorces and dissolutions of stable unions. Therefore, new family configurations became common, such as single or multi-parent families, through the exclusive or shared custody of the dependent. In view of this new scenario, consequently, several cases have arisen where the child or adolescent is used by one of the ex-partners or even by the grandparents, as a form of revenge, to reach the other parent, configuring itself as a frequent practice in Brazilian homes. Thus, there is a need to assess the legal and civil consequences attributed to those who practice parental alienation, in view of the immediate effects and future consequences that can be unleashed on victims of this type of harmful behavior. To this end, the legal provisions aimed at

protecting the rights of children and adolescents will be analyzed initially, with emphasis on the mechanisms for combating and preventing Parental Alienation, contained in Law No. 12,318/2010, also considering the positions doctrinal and jurisprudential.

Keywords: Legal consequences. Parental alienation. Civil responsibility.

Sumário: 1 Introdução - 2 A Concepção De Família No Ordenamento Jurídico Pátrio - 2.1 Definições De Família - 2.2 A evolução histórica do instituto familiar - 2.3 A família na Constituição Federal de 1988 - 2.4 O poder familiar após o divórcio - 2.5 Tipos de guarda - 3 A alienação parental e suas consequências jurídicas - 3.1 Combate à alienação parental - 3.2 A alienação parental no âmbito da responsabilidade civil – Considerações finais - Referências bibliográficas

1 Introdução

Com a facilidade atual do rompimento dos laços matrimoniais e das mudanças geradas no conceito de família brasileira, passou a ser frequente a estipulação da guarda compartilhada, ou ainda, a concessão da guarda exclusiva a um dos pais ou avós da criança ou adolescente. Trata-se, assim, de um conceito relativamente novel, no ordenamento jurídico, uma vez que o pátrio poder, fundamentado no patriarcalismo e no modelo tradicional de família, imperava, no Brasil, até a promulgação do Código Civil de 2002.

Diante desse novo contexto histórico-social, surgiu o conceito da alienação parental, constatada quando um dos pais, ou responsáveis legais, procedem com uma série de difamações ou com a implantação de falsas memórias, para prejudicar ou, até mesmo, erradicar definitivamente os laços afetivos existentes entre o menor e o outro genitor.

Por se tratar de um de um fenômeno pluricausal e multifatorial, presente na maior parte dos lares dissolutos, sem distinção de classe social, etnia, escolaridade ou níveis econômicos, responsável pela produção de várias sequelas físicas e emocionais nas vítimas alienadas, tornou-se de fundamental importância estudar as medidas punitivas legais cabíveis, tendo em vista o abuso moral infligido à prole e ao genitor denegrado que, por sua vez, também sofre danos irreparáveis.

Nesse sentido, a Alienação Parental constitui, nos dias hodiernos, um sério problema social que vem afetando várias famílias, de forma sutil e despretensiosa, atingindo, principalmente, crianças e adolescentes, vítimas de atitudes nocivas, praticadas por um dos genitores, no intuito de dificultar a convivência dos filhos com a outra parte.

Na esperança de combater e prevenir a Alienação Parental, a Lei 12.318/2010, também conhecida como Lei da Alienação Parental, reconheceu a responsabilidade civil do alienador e fixou os meios efetivos para o seu combate e prevenção, no entanto, ainda não existe uma punição criminal para quem praticar alienação parental.

Destarte, tendo em vista os efeitos e as sequelas futuras que podem ser desencadeadas nas vítimas de alienação parental, é fundamental que o sistema jurídico brasileiro não mais se isente de punir aquelas que praticam esse ato de verdadeiro descumprimento contra o direito das crianças e dos adolescentes.

2 A concepção de família no ordenamento jurídico pátrio

2.1 Definições de família

O conceito de família sofreu significativas modificações, ao longo dos anos, no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, antes de adentrar nesse assunto, faz-se imprescindível estabelecer as principais definições e conceitos acerca do tema, considerando que a família é o berço e manutenção de toda organização social e a grande responsável pela transmissão cultural.

Além disso, sua definição depende do contexto histórico que está sendo analisado, em decorrências das variações ensejadas de acordo com o contexto histórico, a realidade social ou cenário econômico.

A autora Maria Helena Diniz (2011, p. 31) traz o sentido técnico: “Família é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob mesma direção”.

De acordo com Caio Mário, família em sentido genérico e biológico é o “conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência”. (PEREIRA, 2007, p. 19)

Silvio de Salvo Venosa, diz que a família é uma “união associativa de pessoas, sendo uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos”. (VENOSA, 2016, p. 21)

Na mesma linha de pensamento, importa a concepção de Flávia Biroli:

A família se define em um conjunto de normas, práticas e valores que têm seu lugar, seu tempo e uma história. É uma

construção social, que vivenciamos. As normas e ações que se definem no âmbito do Estado, as relações de produção e as formas de remuneração e controle do trabalho (BIROLI, 2014, p. 10).

Isso significa dizer que, apesar das divergências termológicas, os nobres autores são unânimes em declarar o instituto familiar como a primeira configuração social da qual o indivíduo faz parte, adquirindo formas diferentes com o passar dos anos e de acordo com o meio cultural no qual está inserido.

2.2 A evolução histórica do instituto familiar

A concepção de família sempre esteve presente nas relações sociais, ao longo da história da humanidade, não sendo diferente na história do Brasil, muito embora, na época da pré-colonização, a finalidade fosse única e exclusivamente para fins reprodutivos, destituídas da prescindibilidade de qualquer vínculo afetivo, considerando, ainda, que os indígenas que habitavam o território nacional, por vezes, eram adeptos à poligamia.

Assim, nesse contexto pré-descobrimento, os grupos sociais existentes, eram organizados, especificamente, com a finalidade de sobrevivência, e não em razão dos níveis de afeto e parentesco.

No entanto, com chegada dos portugueses, os costumes locais, no decorrer do processo, foram substituídos pelos costumes europeus. Assim, mediante a influência das regras da Igreja Apostólico-Romana, instituiu-se, em solo nacional, a obrigatoriedade do matrimônio como base para a constituição familiar, compulsoriamente monogâmica.

Nessa época, a instituição familiar encontrava-se seus alicerces, na estrutura patriarcal, cuja qual impunha a figura masculina como autoridade do lar e responsável pela subsistência da prole e da mulher, estando, esta, responsável pela administração e os cuidados do lar. Conforme assevera Maria Berenice Dias:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, o necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção com amplo incentivo à procriação. Era uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento de família

ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2015, p. 27)

Assim, figurava, o matrimônio como o critério fundamental para a fundação familiar, onde a autoridade estava centrada na pessoa do patriarca, com a mulher servindo, especialmente, para a procriação e fornecimento de mão-de-obra para o trabalho, de modo que o vínculo afetivo não era uma prioridade, à época.

O Direito Canônico, por sua vez, era quem controlava e regulamentava o casamento, de modo que, aquelas pessoas que se uniam sem o casamento ditado pela Igreja Católica não tinham a benção de Deus e, muito menos, a proteção estatal.

Tal cenário teve seus pilares modificados, apenas, com a chegada da Revolução Industrial, nos séculos XX e XXI, ocasião em que a mulher passou a ocupar diversas posições no mercado de trabalho, descentralizando, ainda que parcialmente, o poder irrestrito atribuído ao patriarca:

O modelo familiar da época era hierarquizado pelo homem, sendo que desenvolvia um papel paternalista de mando e poder, exigindo uma postura de submissão da mulher e dos filhos. Esse modelo veio a sofrer modificações a partir da Revolução Industrial, quando as mulheres foram chamadas ao mercado de trabalho, descobrindo assim, a partir de então, o direito à liberdade, passando a almejar a igualdade e a questionar a discriminação de que sempre foram alvos. Com essas alterações, a mulher passou a participar, com o fruto de seu trabalho, da manutenção da família, o que lhe conferiu certa independência. (DIAS, 2015, p. 23-24)

Deu-se, então, a passagem do modelo patriarcal a outro em que são dominantes as relações de solidariedade e cooperação. A perda da característica de unidade de produção, por conta da fase industrial, pôs fim ao papel econômico da família. Sua rígida concepção deu lugar à sensibilidade. A família moderna, em oposição àquela, valoriza um elemento abstrato, que até então estava à sombra: o sentimento (DIAS, 2008, p. 128).

Essas mudanças influenciaram, substancialmente, no declínio do patriarcalismo, a partir da década de 1960, cujas consequências começaram a refletir na legislação sobre a família, especialmente, a partir da edição da Lei 4.121/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada.

A Lei Nº 4.121/1962, por seu turno, modificou as relações conjugais, ao conceder, à mulher casada, a plena capacidade, isentando-a da exigência da autorização marital para o trabalho e instituindo o bem reservado, considerado conquistado pela mulher casada, fruto do seu trabalho, que, por sua vez, não respondia pelas dívidas do marido.

O divórcio, à época, era constitucionalmente proibido, tendo, a união matrimonial, caráter indissolúvel, até o ano 1967, a, sendo, quando a promulgação da Emenda Constitucional Nº 9, alterou o dispositivo anterior, permitindo o divórcio. (MACHADO, 2017, p. 01)

Contudo, a supracitada EC não encerrava o caráter matrimonial ilimitado, apenas, permitia o chamado do 'desquite', frente à constatação da impossibilidade de convivência, dando azo à a separação de bens e cessar a convivência diária, deixando, porém, as partes, incapacitadas de estabelecer novo matrimônio, sob a proteção jurídica do casamento, de modo que, por diversas vezes, muitos optavam por manter um casamento de aparências.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a aceção da ideal de família, composto por pais e filhos, provenientes de um casamento regulado e regulamentado, deu lugar ao reconhecimento de outras conformações familiares, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo reconhecidos, ainda, a união estável e o casamento religioso.

Anos depois, em dezembro de 1994 foi editada a Lei Nº 8.971, conferindo ao companheiro ou à companheira, o direito a alimentos e à sucessão, mediante a comprovação de 5 anos de união ou da existência de prole da aludida união, devendo o outro companheiro comprovar o estado civil de desquitado, solteiro, separado, divorciado ou viúvo.

Esse prazo de obrigatória comprovação da união estável, o fim da obrigatoriedade de comprovação do estado civil do companheiro, foi revogado pela Lei Nº 9.278, em 1996, criando o direito real de habitação para o companheiro ou para a companheira sobrevivente, determinou a competência da Vara de Família para dirimir questões atinentes à união estável, bem como estabeleceu a presunção legal de comunicação dos aquestos, em relação aos bens adquiridos de forma onerosa, durante a união estável (ou seja, pôs fim à discussão da teoria da contribuição direta e da indireta).

Além disso, as novas formações familiares, influenciadas pela Carta Política de 1988, suscitaram a necessidade de se atualizar o Código Civil, de 1916, com vistas à adequação aos princípios constitucionais, uma vez não era capaz de regulamentar

determinadas relações sociais, deixando desamparado quem as praticava, causando, portanto, insegurança e instabilidade na comunidade como um todo.

Apesar de já ter nascido desatualizado, em relação às novas dinâmicas sociais, uma das mais importantes inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 foi o reconhecimento de vários direitos aos conviventes em união estável, direitos estes que inexistiam na antiga lei civil, passando a tutelar tal tema de modo a ampliar as disposições já contidas no atual texto constitucional. Dessa forma, a família, depois das importantes mudanças trazidas pela nova ordem constitucional e pelo Código Civil de 2002, passou a ter uma nova e diferente concepção em nosso ordenamento jurídico.

Em seguida, em 4 de janeiro de 2007, foi editada a Lei Nº 11.441, que passou a permitir o divórcio e a separação, por via administrativa, desde que não haja interesse de menores ou de incapazes. A via judicial ficou relegada, apenas, em caso da existência de dependentes, no intuito de assegurar-lhes seus direitos.

Ademais, após a EC 66/10, chamada Lei do Divórcio, tornou-se desnecessária a prévia separação judicial e o decurso do prazo de 2 anos para o divórcio direto, prevista na lei anterior, sendo possível a separação já no dia seguinte à celebração do ato.

Por fim, outra importante evolução do Direito Familiar deu-se em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal, de maio de 2011, que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, sendo-lhes atribuídos os menos direitos pertencentes às uniões heteroafetivas.

2.3 A família na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico pátrio, ao estabelecer uma nova ordem de valores, fundamentada na promoção dos direitos e liberdades individuais, mediante a observância de princípios como cidadania, igualdade, solidariedade, liberdade e, principalmente, dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana encontra amparo no §7º, do art. 226:

§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

Destarte, o princípio da dignidade humana passou a ser considerado o mais importante princípio, em decorrência, principalmente, dos direitos humanos elaborados após a Segunda Guerra Mundial, celebrados pela Organização das Nações Unidas, em 1948, na Declaração Internacional dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

Com efeito, a referida Declaração se apresenta como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional, mediante a consagração do reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, impactando, diretamente nas ordens jurídicas nacionais, sendo incorporados, explicitamente, pela Constituição Federal, de 1988, de maneira que cabe ao Estado, oferecer as condições mínimas para uma sobrevivência digna.

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito (DIAS, 2009, p.61).

Desse medo, após a consagração do princípio da dignidade humana, ao ordenamento jurídico pátrio, a composição familiar obteve a prerrogativa de não mais se ater à obrigatoriedade de um modelo padronizado, uma vez que, tanto o homem como a mulher não podem ser compelidos a contrair matrimônio, visto que, uma vez que a Constituição Federal afirma que todo cidadão é livre (art. 3º, I, CF/88), a imposição do casamento viola a direito à dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88).

Nesse sentido, o novo Texto Constitucional inaugurou um novo Direito de Família no país, ao ampliar, em seu artigo 226, o conceito de família, reconhecendo outras formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental, garantindo-lhes a proteção do Estado:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

(BRASIL, 1988, grifo meu)

Destarte, o referido texto constitucional reconheceu não apenas o casamento civil, mas também, o religioso (§2º) e a união estável (§3º), além de legitimar a entidade familiar monoparental (§4º), prevendo, o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da instituição familiar (§8º), sendo responsabilidade do Estado, assegurar a assistência à família (§8º).

Por fim, a Carta Magna, de 1988, reconheceu, ainda, o direito ao divórcio, no parágrafo sexto, de seu artigo 226, em observância a dois dos princípios basilares do Direito: a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

2.4 O poder familiar após o divórcio

Com a promulgação da Lei Nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, o divórcio e a separação consensuais se tornaram passíveis de requisição por via administrativa, dispensando a necessidade de ação judicial, bastando que as partes compareçam, assistidas por um advogado, a um cartório de notas e apresentar o pedido, desde

que não exista litígio nem filhos menores. Havendo filhos menores, existe a necessidade de entrar com ação judicial, meramente, para tutelar os bens, a prestação de alimentos e a guarda dos dependentes envolvidos, e não como obstáculo à separação do casal.

Em seguida, a Emenda Constitucional Nº 66/2010, inovou, mais uma vez, o ordenamento, ao conceder ao cônjuge, a prerrogativa de ajuizar a Ação de Divórcio no dia seguinte ao do casamento, não tendo mais que passar pela separação prévia, de modo que, se ambos as partes estiverem de acordo e não houver filhos menores, a dissolução do casamento nem precisará ser judicial, bastando que os interessados compareçam a um cartório para lavrar a escritura de divórcio.

Com as facilidades de separação conjugal, o Pátrio Poder, que, antes, se baseava na figura paterna como o chefe da família, passou a receber a denominação de Poder Familiar, em consonância com o previsto no §5º do art. 226, da Constituição de 1988, onde prevê-se que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O Poder Familiar, destarte, pode ser traduzido como a responsabilidade comum de ambos os genitores, de prestar, aos filhos, enquanto civilmente incapazes, o necessário ao seu sustento, conforme previsto no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(BRASIL, 1988,)

O Estatuto da Criança e do adolescente, por sua vez, versa sobre o poder familiar, ainda sob a nomenclatura mais antiga, em seus artigos 21 e 22.

Art. 21 O pátrio poder deve ser exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma em que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22 Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

(BRASIL, 1990)

Nas palavras de Glagiano, (2014, p. 596), o poder familiar constitui como “O plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

Para Diniz, o poder familiar pode ser definido como um “conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e os bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe”, (DINIZ, 2014, p. 617).

Nesse sentido, há que se arrazoar que ambos os genitores, em igualdade de condições, detêm o poder familiar, conforme previsto no §5º do art. 226, da CF/88: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. (BRASIL, 1988)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Código Civil no seu artigo 1.631, explana que: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um, o outro o exercerá com exclusividade”

Na hipótese da falta de um dos genitores, sendo por ausência, morte ou abandono afetivo, ficará ao outro genitor o exclusivo exercício do poder familiar. Não existindo pai e nem mãe capacitados a esse desempenho, como nos casos de menoridade de ambos os genitores, o menor ficará submetido à responsabilidade de terceiros, incumbidos de sua guarda e tutela.

O conteúdo do poder familiar é, ainda, indisponível, imprescritível e indivisível, conforme exposto a seguir:

O poder familiar é indisponível. Decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros. O poder familiar é indivisível, porém não seu exercício. O poder familiar é imprescritível. Ainda que por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares, trata-se de estado imprescritível, não se extingue pelo desuso. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais poderá determiná-lo. (VENOSA, 2016, p.340-341)

As hipóteses legais para a extinção do poder familiar são as seguintes:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638

(BRASIL, 2002)

O último inciso do artigo supracitado, por sua vez, traz as seguintes determinações:

Art. 1.638 Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

(BRASIL, 2002)

A extinção do poder familiar, em virtude de sua relevância, portanto, somente poderá se dar em virtude de causa natural, como, por exemplo, a morte de pleno direito ou por decisão judicial, quando, notória e comprovadamente, gerar perigo à dignidade e segurança do menor. (SANTANA, 2016, p. 24)

Importante frisar que um dos principais objetivos a serem alcançados por intermédio do exercício do poder familiar é o desenvolvimento sadio e equilibrado do menor por meio de uma adequada formação, tanto do ponto de vista da educação formal como, também, da formação humana. (FIGUEIREDO, 2014, p 12)

Ainda que os filhos estejam sobre a proteção, ou guarda, de apenas um dos genitores, os direitos e deveres de ambos os genitores também não modificam.

Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável. (VENOSA, 2016, p. 340)

Conforme previsto no artigo 1.579 do Código Civil, o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, de modo que a constituição de um novo casamento, por parte de qualquer um dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo. (BRASIL, 2002)

Isso significa que a unidade da família não se confunde com a convivência do casal, consistindo em um elo que se perpetua, independentemente, da relação dos genitores, sendo exercido pelos dois, salvo o caso da guarda compartilhada, onde apenas um dos genitores será o responsável pela guarda do menor, enquanto, ao outro, restará o direito convivencial. (FIGUEIREDO, 2014, p. 13)

Dessa forma, após uma separação, havendo filhos menores, ou incapazes, resta, ao casal, decidir pela escolha da guarda, que, até então, pertencia, implicitamente aos dois genitores, sendo necessário definir a quem deterá o exercício da guarda e a quem caberá o direito de visitas, ou ainda, se a guarda será exercida de forma compartilhada.

2.5 Tipos de guarda

As guardas, unilateral e compartilhada, encontram-se previstas no Art. 1.583, parágrafo 1º, do Código Civil:

Art. 1583 §1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta de direitos e deveres dos pais e da mãe que vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos em comum (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002).

Compreende-se, assim, por guarda unilateral, conforme o dispositivo supracitado, aquela concedida à, apenas, um dos genitores, ou substitutos legais, enquanto que a guarda compartilhada refere-se à responsabilização conjunta de direitos e deveres de ambos os pais.

A situação financeira do genitor não é decisiva, com vistas à preservação da relação afetiva e à capacidade de formar o filho que está sob sua custódia, ficando, o outro genitor, no caso da guarda unilateral, incumbido da tarefa de supervisionar os interesses do filho, o que significa uma coparticipação no exercício de assistência material e moral:

Art. 1583 (...)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (BRASIL, 2002)

No entanto, trata-se de uma situação delicada, tendo em vista que, muitas das vezes, os genitores envolvidos não conseguem manter relações cordiais após o término e, essa coparticipação, pode ser entendida como uma fiscalização ofensiva. Como bem pontua a professora Maria Berenice Dias:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais. (DIAS, 2016, p. 433)

Assim, cabe ressaltar que um dos reflexos mais comuns de uma separação na saúde emocional e física de uma criança é a alienação parental, observada quando uma ou ambas as partes, não conseguem lidar com o término, por uma série de motivos, e acabam influenciando o filho a tomar partido, ainda que inconscientemente.

3 A alienação parental e suas consequências jurídicas

A alienação parental se desenvolve justamente em casos de disputa pela guarda dos filhos, porém é mais comum em relações conflituosas de divórcio ou separação, em que possa ocorrer desvio de condutas dos pais, podendo ocorrer, também, em momentos de visitação do menor ao seu outro genitor ou ainda, durante a união:

O fenômeno da alienação parental na disputa da guarda de filhos, com incidência mais comum nos casos de separação conflituosa, envolve uma série de sinais ou sintomas de desvio de conduta dos genitores, a que se convencionou denominar "síndrome de alienação parental", ou, de forma simples e abreviada, "alienação parental". (FARIAS et. al, 2016, p.286)

Nas palavras de Figueiredo:

Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando, assim, uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho. (FIGUEIREDO, 2014, p. 48)

A exposição a tais condutas, ocasiona sérias modificações na mente da criança, fazendo uma verdadeira confusão entre realidade e as falsas memórias, implantadas, unicamente, com a finalidade de afastar a criança de um dos genitores. Silvio de Salvo Venosa aborda a questão da seguinte forma:

O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo a sua personalidade sob as mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo o tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filhos. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor. (VENOSA, 2016, p. 320)

Além da alienação unilateral, por parte de um dos genitores, Lenita Pacheco Lemos Duarte (apud FREITAS, 2015, p. 33), lembra que não são raras as vezes em que pode ocorrer uma alienação bilateral, ou seja, ambos os genitores ou guardiões praticam os atos de alienação.

Segundo o psiquiatra americano, Richard Gardner, o primeiro a usar essa expressão, em meados da década de 1980, essa desconstrução da imago paterna/materna pode acontecer em várias etapas. No estágio leve, as campanhas de desmoralização são discretas e raras; no estágio médio, os filhos já sabem o que o alienador quer escutar e começam a colaborar com a campanha de denegrir a imagem do pai/mãe alienado; no grave, os filhos já entram em pânico por terem de conviver com o outro pai/mãe e evitam qualquer contato. (PEREIRA, 2015, p. 74)

Normalmente, aquele que se sentiu preterido com a separação, o dito alienante ou alienador, nutrindo um sentimento de mágoa e um desejo de vingança, começa a incutir na cabeça do filho, aquilo que a doutrina chama de falsas memórias, desencadeando uma verdadeira campanha com o intuito de desmoralizar o outro, que é chamado de alienado.

Caroline de Cassia Francisco Buosi destaca que:

(...) o inconformismo do cônjuge com a separação, a depressão, a insatisfação das condições econômicas advindas pelo fim do relacionamento, a necessidade de posse exclusiva sobre os filhos, a solidão a que se vê no presente ou o fato do ex-cônjuge manter a relação com o parceiro da relação extramatrimonial que adveio a separação são causas determinantes para que um dos cônjuges (geralmente o detentor da guarda) utilize-se da única "arma" que lhe resta para atingir e vingar-se de outro: os filhos do ex-casal. (BUOSI, 2012, p. 57)

O artigo 2º da Lei Nº 12.318/2010, também conhecida como Lei da Alienação Parental traz a seguinte definição:

A interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Em boa parte dos casos, o alienador é o guardião, que é quem monitora o tempo e o sentimento da criança, porém, acontece de ser aquele detém o direito de visita, ou, pode ocorrer, ainda, por parte de outros parentes, como avós, tios e irmãos unilaterais, conforme explicita a Lei da Alienação Parental:

Art.2º. [...] Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

(BRASIL, 2010)

Verifica-se, assim, que não é, apenas, na relação entre pais e filhos que tal inadequada campanha pode ocorrer. A busca por afastar do convívio o alienado do vitimado pode se dar em outros graus de relação de parentesco, como de um dos genitores com os avós do alienado, geralmente em razão do parentesco por afinidade, ou ainda, no intuito separar irmãos unilaterais, dadas as rixas envolvendo o genitor comum e o atual parceiro.

3.1 Combate à alienação parental

A alienação parental é forma de abuso psicológico, caracterizada por um conjunto de práticas promovidas ou induzidas por um dos pais, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, cuja intenção é impedir, dificultar ou destruir os vínculos com o outro genitor, refletindo, consideravelmente, na formação da personalidade do indivíduo em desenvolvimento.

Considerando que a família é reconhecida pela legislação brasileira como estrutura fundamental para o desenvolvimento da pessoa, a convivência familiar demonstra-se imprescindível para assegurar o bem-estar da criança e do adolescente, o qual possui o direito de ser criado e educado em sua família natural, enquanto direito fundamental assegurado pelo artigo 227, da Constituição Federal de 1988.

Nessa ordem, foi sancionada a Lei Nº 12.318/10, criada para proteger direitos fundamentais de crianças e adolescentes, conhecida, popularmente, como Lei de Alienação Parental, atuando como um importante instrumento destinado à manutenção da saúde psíquica no bojo familiar.

Logo em seu artigo quarto, a Lei da Alienação Parental trouxe os procedimentos a serem adotados, caso seja constatada a ocorrência da prática:

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

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (BRASIL, 2010)

Nota-se, aqui, que o legislador agiu severamente ao tratar da alienação, uma vez que não há necessidade de uma concreta prova da ocorrência do delito, mas se contenta com simples indícios do ato de alienação parental, além de prever sanções punitivas ao alienador, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal pertinente, em seu artigo sexto:

Art. 6º (...)

I — declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II — ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III — estipular multa ao alienador;

IV — determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V — determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI — determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII — declarar a suspensão da autoridade parental

(BRASIL, 2010)

Assim, as consequências da prática vão, desde uma simples advertência ao genitor, até à ampliação do regime de convivência em favor do genitor alienado, estipulação de multa ao alienador, determinação de acompanhamento psicológico, alteração da guarda e suspensão da autoridade parental, dependendo da gravidade dos danos instituídos.

3.2 A alienação parental no âmbito da responsabilidade civil

No âmbito do direito civil, há um dever legal e amplo de não ferir o direito alheio, o que corresponde à obrigação de indenizar. Se um comportamento confere algum prejuízo injusto para outrem, seja material ou moral, surge o dever de indenidade. No entanto, o Dano Moral, em detrimento da Alienação Parental, é um assunto bastante polêmico e pouco estudado no âmbito do Direito de Família.

A legislação civil brasileira admite a regra geral de que o dever de ressarcir pela prática do ato ilícito decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade da conduta do agente, quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência, ou imperícia causa dano e deve repará-lo.

Hoje, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 6)

Assim, de uma lesão de direitos, caberá indenização, mormente para evitar o enriquecimento sem causa daquele que provocou o dano. Nos termos do art. 927 do Código Civil, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

No que se refere à alienação parental, o dolo, é visivelmente identificável quando o genitor, não possuidor da guarda, é privado da convivência com o filho, tendo seu direito fundamental violado, pois a alienação parental não gera somente dano moral, mas também psicológico em detrimento dos abalos sofridos pelos aborrecimentos corriqueiros do mencionado ato ilícito.

Ressalta-se que a alienação parental impossibilita a convivência familiar – que é fator essencial da formação da personalidade infanto-juvenil, pois a criança não cresce de maneira saudável sem a construção de um vínculo afetivo, estável e verdadeiro com seus pais, sendo causa de transgressão do princípio da convivência familiar (GOLDINO, 2012, p.232).

A partir do momento em que se é instalada a Alienação Parental, tanto o genitor aliando quanto a criança/adolescentes, perdem algo irreparável, que é vínculo entre genitor/filho, sendo, consideravelmente, mais danoso para o menor, com consequências imediatas ou futuras.

Outrossim, no que diz respeito a prática da alienação parental, torna-se indenizável a prática da conduta alienadora, afinal, é notória a existência de um ato ilícito culpável gerador de dano, constituindo os elementos identificadores da responsabilidade civil a luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Assim, para que o alienador tenha a obrigação de ressarcir as vítimas, imperioso que estejam presentes os elementos da responsabilidade civil subjetiva – conduta, nexos causal, culpa e dano – visto que é “decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 57).

O nexo de causalidade é o elo existente entre a conduta e o dano. Observa-se no tema proposto que, quando o alienador usa a criança como um meio de vingança perante o genitor alienado e, conseqüentemente, por essa ação, causa a ela a Síndrome da Alienação Parental, tem-se o elo entre a conduta e o efeito.

No que tange à culpa, é possível identificá-la diante da intenção em romper uma relação já existente entre progenitor e filho. Tal intenção pode restar provado por meio de falas e evidências do comportamento da criança, o que poderá ser comprovado através de laudos psicológicos.

Por último, no que se refere ao dano, consegue-se observar, no caso da alienação parental, tanto o dano patrimonial quanto o dano extrapatrimonial. Neste sentido, Douglas Phillips Freitas e Graciella Pellizzaro se posicionam:

Com o advento da Lei de Alienação Parental, a fixação de danos morais decorrentes do “ Abuso Moral” ou “ Abuso Afetivo”, advindo da prática alienatória, se tornará, certamente, consenso na doutrina e nos tribunais, permitindo tanto para o menor como ao genitor alienado, o direito de tal pleito, pois não se trata de indenizar o desamor, mas de buscar a compensação pela prática ilícita, senão abusiva, de atos de alienação parental. (FREITAS; PELLIZZARO, 2010, p. 18)

Desse modo, tem-se que a doutrina predominante, quando o assunto é a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, é a de que caberá a reparação pelo dano moral sofrido pelo genitor alienado, face aos efeitos da Alienação Parental introduzidas na formação psicológica da criança, com o intuito da quebra do convívio com o genitor alienado, configurado, assim, o ato lesivo e o dever de ressarcir a crueldade da atividade ilícita atentatória aos direitos fundamentais de convívio familiar.

Desse modo, tanto a criança como o genitor alienado devem ter observados os seus direitos, bem como serem indenizados por dano moral, pois, ambos sofreram consequências negativas, o primeiro pela manipulação psicológica sofrida e os prejuízos decorrentes, o segundo pela desmoralização da imagem decorrente da alienação.

Considerações finais

Em decorrência das modificações ocorridas, ao longo dos anos, no âmbito das configurações familiares, fomentadas, especialmente, pela facilidade de dissolução das uniões estáveis e das separações judiciais, a alienação parental tem se apresentando como um fenômeno, relativamente, novo, no cenário atual.

Apontada como uma grave forma de abuso psicológico, através da qual um genitor influencia seu filho com a intenção de dificultar ou mesmo impedir vínculos com o outro, a alienação parental, tem sido objeto de constante debate e tem suscitado manifestações a respeito da gravidade da prática nas suas vítimas.

Apesar de expressa proibição na legislação brasileira, a alienação parental continua sendo bastante comum no cotidiano dos casais que se separam, provocada, em boa parte das vezes, por um dos ex-cônjuges, que, sem assimilar o fim do relacionamento, passa a se utilizar do filho, para alimentar uma verdadeira guerra contra o antigo parceiro.

No entanto, apesar de ser bastante comum, a alienação parental, por parte de um dos pais, seus efeitos também podem ser ocasionados por outros tutores legais da criança, como os tios ou avós, sempre no propósito de denegrir a imagem do genitor e, assim, privar a criança do convívio com a outra parte, gerando sentimentos negativos como baixa estima, confusão, remorso, culpa, humilhação e rejeição.

Com a intenção de inibir a prática e prestar assistência psicológica às crianças e adolescentes vítimas de alienação parental, foi sancionada a Lei Nº 12.318/10, definindo critérios para a caracterização da alienação parental, mediante qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, podendo o juiz, entre outros, advertir o alienador; estipular multa; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; declarar a suspensão da autoridade parental.

No âmbito da responsabilidade civil, enquanto um dever jurídico de reparação do prejuízo causado em decorrência da violação de um outro dever, apesar de não haver previsão legal, uma vez preenchidos os elementos da Responsabilidade Civil (Conduta, Dano, Nexo causal e Culpa), poderá, o alienante seja responsabilizado civilmente, mediante indenização compensatória, tanto em relação à criança alienada quanto em relação ao genitor atingido.

A corrente majoritária entende, portanto, que o genitor alienante pode, e deve, ser responsabilizado, civilmente, pelos danos que ocasionar às partes, em decorrência dos prejuízos emocionais, geralmente, permanentes, que causa, nas vítimas envolvidas, de modo que, uma vez confirmada a alienação parental e, conseqüentemente a existência de danos desta proveniente, responderá civilmente o alienante, por danos morais, a título de reparação ao dano causado, ao menor e ainda ao genitor também vítima de alienação.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 de abril de 2020.

_____. 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. Acesso em 08 de abril de 2020.

_____. 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: 10 de abril de 2020.

____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em novembro de 2017.

BIROLI, Flávia. Família: Novos Conceitos. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014.

BRITO, Izabel Cristina de Azevedo Brito. As Consequências Jurídicas da Alienação Parental. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Nossa Senhora Aparecida, Goiânia. Disponível em <http://www.fanap.br/Repositorio/111.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia. Curitiba: Juruá, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. São Paulo: 11ª Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família. 29ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Alienação parental. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014

FREITAS, Douglas Phillips, PELLIZZARO, Graciela. Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREITAS, Diogo Phillips. Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional / Rodolfo Pamplona Filho. – 4. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família. 16. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007; p. 19.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano moral. 8.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões -Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTANA, Rafaela Rodrigues. O Instituto da Guarda no Direito Brasileiro. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2016

VENOSA, Silvio. S. Direito de Família. São Paulo: Altas, 2016.

NOTAS:

[1] Autor de livros e advogado. Mestre em Direito pelo o Instituto Nacional de Ensino Superior e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM/MG, Pós-Graduação em Processo Judiciário pela FIC/SERGIPE, Pós-Graduação em Docência e Gestão em Ensino Superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus -CEULM/ULBRA.

AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

DANIELLA CAROLINE MENDES COELHO:

Bacharelada pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM-ULBRA.

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO[1]

(orientador)

RESUMO: Ao longo do trabalho será abordado sobre meio ambiente e mercado de consumo, o consumo conciente bem como a proteção e fiscalização ao meio ambiente. O problema está na relação de consumo, entre o consumidor no que diz respeito ao consumo exagerado ou superfluo, bem como a indústria/empresas que na busca por vendas ou produção em grandes quantidades, pois ambos podem estar causando algum dano ambiental. Com relação a responsabilidade de cuidar do meio ambiente, percebe-se pela lei maior que é de todos, pois cada cidadão deve zelar pelo meio ambiente principalmente ter consciência na sua relação de consumo. Por outro lado o responsável maior pelo cuidado, fiscalização e proteção é dos estados, municípios e da união, através de seus órgãos competentes, devendo fazer cumprir a lei inclusive se utilizando do poder de polícia como visto no trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente, Relação de consumo, Preservação ambiental, Constituição Federal.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Meio ambiente x Mercado consumidor – 2.1 O consumo conciente – 2.2 Da proteção e fiscalização ao meio ambiente – 3 Considerações finais – 4 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se observar que atualmente o mundo é invadido por conta do espírito do capitalismo, onde está no ápice do ser humano ao desejo do consumo, como se esse ato lhe desse um poder sobrenatural, e de que maior o consumo, mais grandiosa é a estabilidade do Estado, tornando a prática "normal", uma sociedade altamente capitalista, que vive nos dias de hoje uma desestrutura e instabilidade do meio ambiente a nível mundial, acarretado por ações capitalistas do passado e do presente. Onde vivemos um círculo vicioso.

Um mundo que produz muitos produtos, com muitas variedades, pelo simples fato dos consumidores obterem o simples prazer de comprar. Então havendo um laço entre os consumidores e os produtores, afinal é mais fácil comprar um produto novo, moderno e atualizado. Cada vez mais os produtos

ganham pequenas vidas úteis, podendo ser substituídas pela mesma coisa sendo que mais moderna, desmerecendo a atitude de reformar, retocar ou reutilizar aquele mesmo produto antigo que já se tem em casa.

Isso tem um impacto enorme no meio ambiente, um ato devastador, em nome da comunidade do capitalismo, pois tendo em vista maior a procura para o crescimento tecnológico, maior é a devastação do meio ambiente, acabando com florestas, animais, rios, causando poluições com produtos tóxicos.

No mundo atual consumir passou a ser um hábito para adquirir produtos que já são supérfluos para muitos, isso já vem causando uma grande devastação no mundo, onde muitos governantes já se reuniram à procura de uma solução para o problema, na qual vem acarretando extinções em massas.

O que se busca dirimir é justamente a ideia de relação de consumo e a proteção do meio ambiente, respaldado pelo Código do Consumidor, com base principal na nossa Constituição Federal de 1988. Portanto escolheu o tema; a relação de consumo e a proteção ao meio ambiente. Ao longo do trabalho será abordado sobre meio ambiente e mercado de consumo, o consumo conciente bem como a proteção e fiscalização ao meio ambiente.

O problema verifica-se que o mesmo está na relação de consumo, entre o consumidor no que diz respeito ao consumo exagerado ou superfluo, bem como a indústria/empresas que na busca por vendas ou produção em grandes quantidades, pois ambos podem estar causando algum dano ambiental. Os objetivos é buscar na Constituição Federal vigente, bem como as leis regulamentares ao proteção ao meio ambiente e ao consumo, verificando no ordenamento jurídico, quais os atores responsáveis pela proteção fiscalização e as consequentes sanções a quem infringir as leis ambientais.

Quanto a metodologia a pesquisa de pesquisa bibliográfica, no qual utilizou-se de artigos, livros, leis e doutrina todos referente ao tema, no que diz respeito ao método utilizou-se do dedutivo, pois ao longo da pesquisa foram colhidas informações, debruçando a respeito no qual tirou-se observações e a conclusão sobre o dado tema.

2.MEIO AMBIENTE x MERCADO CONSUMIDOR

Hoje se vive a cultura, onde acumular bens está enraizado em nossas famílias, onde o sentido de ser feliz quer dizer bens, adquirir bens, substituir coisas velhas, por coisas novas, apenas pelo simples fato de consumir.

Nesse sentido Holthausen (2016, p.15) revela que:

O mundo do consumo se notabilizou e ganhou projeção, com a chegada da Revolução Industrial. Ao longo dessa época fora evoluindo e estreitando o envolvimento de fornecedor, comprador e o estado. De consequencia com o mundo já globalizado, com facilidades advindo da tecnologia, o mundo consumerista avançou de forma vertiginosa.

Podemos equiparar com uma visão maxista, na qual os seres humanos são individualistas, pois não sabem diferenciar o consumo essencial para sua existência, (alimentação, medicamentos, entre outros), do consumo fútil, para obter luxo e prazer (vários casas, diversos móveis, entre outros).

A respeito Portilho (2012) avalia que o modo de ser consumir da economia mundial humana ultrapassa a quantidade e proporção de produção natural e a assimilação de desejo, sendo feito uso das riquezas produzidas de forma socialmente desigual e economicamente injusta.

O mundo estaria acabado se todos pudessem comprar tudo o que almejam muitos não sabe viver com o que já tem a vontade de saciar um desejo incansável por consumir, traz a devastação do ecossistema. Assim entende-se que precisamos pensar no modelo de capitalismo em que vivemos.

Segundo, Lima (2010, p. 1686) revela que:

Uma vez que os hábitos estejam mudando, tanto pelas grandes empresas tendo em vista o grande consumo aliado a globalização. O enorme ritmo de produção desenfreado, muitas vezes por consumo superfluo, isso faz com que o meio ambiente sofra uma enorme depressão, que compromete a vida e o planeta.

Observando que quanto maior o poder aquisitivo da pessoa, mais danosa ela se torna, por querer consumir de forma exacerbadamente, extrapolando suas necessidades básicas. Enquanto aqueles que possuem um poder aquisitivo menor tendem a prejudicar menos o meio ambiente, mas ambos praticam o consumo errado, cada um dentro de sua realidade financeira.

Desta forma Condesso (2017, p. 39) afirma que :

Tendo em vista que o mundo atualmente está vivenciando um crescimento desenfreado pelas grandes organizações quer

seja industriais ou agrícolas, muitas tem seus processos de produção degradante e prejudicial ao meio ambiente. Mais isso parte do pressuposto do consumo sem controle da população. Portanto, estes fatores são os principais atores dos problemas relacionados ao meio ambiente.

Para o Fiorillo (2014) no que diz respeito a essa questão aduz que a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico devem coexistir, de modo que aquele não acarrete a anulação deste.

2.1 O CONSUMO CONSCIENTE

É possível ressaltar com propriedade que a preservação do meio ambiente é indiscutível e no século 20 trouxe a modificação de recursos tecnológicos para a fabricação desses produtos, de forma mais saudável, produtos recicláveis, como o “selo verde” ou conhecido também como “consumo consciente”.

Em relação ao assunto temos a visão de Gama (2014, p. 236):

Especiais preocupações com o “consumo verde”, em que as embalagens e os conteúdos dos produtos não contaminem nem agridam ao meio ambiente estão a cada dia mais envolvendo os consumidores e os fornecedores, inobstante os cursos econômicos que essa mudança de atitude ou de expectativa possa acarretar”.

Em segundo momento podemos citar também as palavras de Calgaro e Giron (2015) ressaltando que a cada dia há uma crescente preferencial dos consumidores que possuem consciência ecológica e responsabilidade ambiental, visa a busca de um crescimento ordenado em harmonia com um meio ambiente saudável.

Deste modo, verifica-se que ambos afirmam que muitas pessoas hoje em dia possuem uma consciência ecologicamente correta, pois, procuram adquirir produtos que possuem o “selo verde”, que são aqueles produtos que podem ser reciclados ou biodegradáveis, tomando uma atitude muito importante para o meio ambiente, e para a saúde da sociedade, isso pode chamar de reeducação ambiental, um consumo consciente e saudável, trazendo benefícios para todos.

Se uma instituição que é respeitada concede um selo verde em um produto, o consumidor não precisa se sentir obrigado a conhecer muitos detalhes sobre

esse processo. “Ele sabe que se aquela determinada instituição, que ele respeita e confia, coloca um símbolo em um produto, é sinal de que o produto atende uma serie de requisitos comprovados”, salienta Haroldo Mattos Lemos, Presidente do Instituto Brasil PNUMA – Comitê Brasileiro do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

Obtendo uma iniciativa para garantir a sustentabilidade florestal, o selo procura difundir o uso e consumo consciente, de forma racional, para garantir a existência em longo prazo.

2.2 DA PROTEÇÃO E FISCALIZAÇÃO AO MEIO AMBIENTE

É sabido por todos que o meio-ambiente é um bem fundamental para existência dos seres humanos, como tal deve ser protegido e preservado de forma consciente, aliado a esta questão do meio ambiente e consumo é importante verificar primeiramente o amparo legal ao direito do consumidor previsto na Constituição federal de 1988, no qual aduz que:

CF/88.direitos e garantias fundamentais.Artigo.5.
[...]inciso:XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Como visto acima conseqüentemente tem-se o respaldo ao meio ambiente e sua preservação embora muita pessoas possa pensar que nao tem nada haver um com outro, porem o consumo está intimamente vinculado ao meio ambiente uma vez que o excesso, uso inadequado e outras formas podem impactar negativamente e trazer conseqüencias graves as todos os seres.

Comentando especificamente sobre o direito do meio-ambiente sadio, segundo o artigo 225, caput, da Constituição Federal, aduz sobre o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio como uma comparação ao direito à vida, seja ela pela dignidade da existência, e sua importância em aspectos físicos para todos os seres humanos. Quanto a questão a CF/88, aduz que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dai percebe-se que o meio ambiente deve ser preservado não apenas pelo poder público mais pela população em geral, porém revela-se que os estados e seus órgão ficarão responsável. Veja-se:

Art. 225.[..]

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Além de prevê a proteção pelos órgãos competente, ainda ressalta a questão da punição a esses agentes causadores do descuido e do impacto ambiental, quer seja pessoa física ou jurídica. Observa-se:

Art. 225.[..]

VII – [...]

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

De acordo com a lei 6.938/81 que dispõe sobre proteção ao meio ambiente o órgão responsável por fiscalizar em esfera federal, se chama SISNAMA- Sistema Nacional do Meio Ambiente, tem por finalidade proteger e melhorar a qualidade

ambiental, esse órgão é subdividido em diversos órgãos na qual também tem o poder e função regulador e protetor florestal. São eles :

Conselho do Governo: assessora ao Presidente da República na elaboração política voltadas para o meio ambiente;

Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA): esse é um dos órgãos mais importantes fiscalizadores do meio ambiente, pois ele é quem dita as normas e padrões do meio ambiente, fazendo com que o mesmo fique equilibrado;

Ministério do Meio Ambiente: tem como finalidade promover e proteger a natureza, estimular o conhecimento nas áreas de interesse, prezar pelo uso sustentável e gestão dos recursos naturais, valorizando os serviços e recursos ambientais e promover o desenvolvimento sustentável;

Instituto do Meio Ambiente (IBAMA): realiza fiscalização, controle e estímulo dos recursos naturais.

No Brasil é sabido que há diversos órgãos responsáveis para a fiscalização, preservação e ampliação do nosso meio ambiente, esses citados acima são os mais conhecidos, e de fato os principais responsáveis. No entanto toda essa fiscalização através de leis específicas advem também do poder de polícia prevista no Código tributário Nacional veja-se:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Como visto acima para a efetivação e fiscalização das leis ambientais específicas, além dos órgãos fiscalizadores e responsáveis, utiliza-se também do poder de policial ambiental.

Deste modo a união dos poderes conjuntos entre Municípios, Estados, Distrito Federal e a própria União, estes são responsáveis pela preservação do meio ambiente. Afinal o Brasil sofre uma grande pressão internacional, para que desenvolva atividades compatíveis com a conservação do meio ambiente.

Então se aplica limites e punições penais para aqueles que desmatam, caçam ilegalmente, quando pegos iram responder pelos atos com embasamento na Lei 9.605/98, artigo 2º e seguintes da Lei dos Crimes Ambientais, preve:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Deste modo verifica-se a relação de consumo e meio ambiente estão interligados, uma vez que cada vez mais produtos ou serviço é consumido, mais produção para ter tal objeto deverá está disponível no mercado de consumo, sendo assim as grandes industrias farão de tudo para utilização de mais matéria prima e mão de obra, no qual tais fatores devem ser fiscalização com rigor, já que estes recursos utilizados podem está prejudicando o meio ambiente, por outro lado o consumidor deve ter conciencia em consumir penas o necessário e nao apenas consumir de maneira desnecessária.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho abordou-se como tema; a relação de consumo e o meio ambiente que no decorrer do trabalho falou-se sobre meio ambiente e mercado de consumo, o consumo conciente bem como a protecao e fiscalização ao meio ambiente.

O problema era que o mesmo está na relação de consumo, entre o consumidor no que diz respeito ao consumo exagerado ou superfluo, bem como a indústria/empresas que na busca por vendas ou produção em grandes quantidades, pois ambos podem estar causando algum dano ao meio ambiente. Os objetivos foram buscar na Constituição Federal vigente, bem como as leis regulamentares à proteção ao meio ambiente e ao consumo, verificando no ordenamento jurídico, quais os atores responsáveis pela proteção, fiscalização e as consequentes sanções a quem infringir as leis ambientais.

Portanto verifica-se que os objetivos foram concluídos e respondidos com êxito, uma vez que nos termos da CF/88, dispõe da proteção ao meio ambiente e também do consumo, daí tem as leis complementares que dão respaldo e proteção ao mesmo. Com relação à responsabilidade de cuidar do meio ambiente, percebe-se pela lei maior que é de todos, pois cada cidadão deve zelar pelo meio ambiente principalmente ter consciência na sua relação de consumo. Por outro lado o responsável maior pelo cuidado, fiscalização e proteção é dos estados, municípios e a união, através de seus órgãos competentes, devendo fazer cumprir a lei inclusive se utilizando do poder de polícia como visto no trabalho.

Embora muitos acreditem que meio ambiente e consumo não tem nada haver um com o outro, daí faz-se a seguinte reflexão, uma vez que cada produto ou serviço é consumido, mais produção para ter tal objeto deverá estar disponível no mercado de consumo, sendo assim as grandes indústrias farão de tudo para utilização de mais matéria-prima e mão de obra, daí o super consumo deve ter alguma consequência e algo ao meio ambiente será afetado, no qual tais fatores devem ser fiscalizados com rigor, já que estes recursos utilizados de maneira inadequada e de qualquer jeito, podem estar prejudicando o meio ambiente, por outro lado o consumidor deve ter consciência em consumir apenas o necessário e não consumir de maneira desnecessária e em excesso.

4. REFERÊNCIAS

CALGARO Cleide, GIRON Jerônimo. Direito do consumidor e sua relação com o desenvolvimento sustentável. Revista jus vigilantibus. 2015. Disponível em: www.tthpt/jusvi.com/artigos/21488. Acesso em outubro de 2020.

CONDESSO Fernando dos Reis. Direito do ambiente. Portugal: Almeidinha. 2017.

FIORILLO Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 5.ed. Saraiva. São Paulo. 2014.

GAMA Hélio Zaghetto. Curso de direito do consumidor. Forense. Rio de Janeiro. 2014.

INÁCIO Pereira Rozane, VILLELA DA COSTA Lúcio Augusto. Artigo: relações de consumo x meio ambiente: em busca do desenvolvimento sustentável. Revista Ambito juridico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/relacoes-de-consumo-x-meio-ambiente-em-busca-do-desenvolvimento-sustentavel/> . acesso em setembro de 2020.

LIMA Claudia Marques. Manual de Direito do Consumidor. Editora Revista dos Tribunais. Sao Paulo. 2010.

PLANALTO. Constituição Federal. Proteção ao meio ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em outubro de 2020.

PORTILHO Fátima. Sustentabilidade Ambiental: Consumo e Cidadania. Editora Cortez. Sao paulo. 2012.

PLANALTO. Leis de crimes ambientais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em outubro de 2020.

NOTAS:

[1] Armando de Souza Negrão. Professor orientador da ULBRA-MANAUS.

E-mail: armando.negrão@ubra.br

A LEI FEDERAL Nº 13.872/2019 E O DIREITO À AMAMENTAÇÃO: COMO FICA O CASO DOS FILHOS DE HOMENS E DOS MAIORES DE 6 MESES DE VIDA?

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A inclusão da mulher no mercado de trabalho, seja no setor público, seja no âmbito privado, constitui-se num desafio imenso para a sociedade brasileira. Desde o texto constitucional houve a preocupação com o tratamento igualitário entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), passando pela licença à gestante sem prejuízo ao emprego e ao salário (artigo 7º, XVIII), pela proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos na forma da lei (artigo 7º, XX), pela assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas (artigo 7º, XXV) e pela vedação da discriminação no tocante ao salário, ao exercício de funções e aos critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º XXX), menções estas apenas a título exemplificativo e que não têm o condão de exaurir tal proteção constitucional[1].

Particularmente no âmbito dos concursos públicos se sabe que a competitividade é cada vez mais acirrada, notadamente em função do alto índice de desemprego e da cultura de empregabilidade estatal vigente no país. Afinal de contas, o sonho da estabilidade decorrente do concurso público – hoje afetado pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 32/2020, a tal Reforma Administrativa – conduz a uma busca incessante pelo acesso aos cargos e empregos públicos.[2]

Em tempos de pandemia decorrente do COVID19 essa disputa se mostra ainda mais acentuada, pois o número de concursos públicos se reduziu drasticamente e as pessoas se digladiam – a bem da verdade – para obter êxito num certame com poucas vagas e milhares de inscritos.

Nesse contexto, a Lei Federal nº 13.872/2019 estabeleceu o direito de as mães amamentarem seus filhos de até 6 meses de idade durante a realização de concursos

públicos na Administração Pública Direta e Indireta dos Poderes da União. Tal demanda era antiga e muito pleiteada pelas mulheres em razão da necessidade de garantia da isonomia material entre homens e mulheres de que trata a Constituição Federal. Também para a garantia do direito constitucional à alimentação dos seus filhos (artigo 6º, *caput*).

Diz a norma federal:

Art. 1º Esta Lei estabelece o direito de as mães amamentarem seus filhos de até 6 (seis) meses de idade durante a realização de concursos públicos na administração pública direta e indireta dos Poderes da União.

Art. 2º Fica assegurado à mãe o direito de amamentar seus filhos de até 6 (seis) meses de idade durante a realização de provas ou de etapas avaliatórias em concursos públicos na administração pública direta e indireta dos Poderes da União, mediante prévia solicitação à instituição organizadora.

§ 1º Terá o direito previsto no *caput* deste artigo a mãe cujo filho tiver até 6 (seis) meses de idade no dia da realização de prova ou de etapa avaliatória de concurso público.

§ 2º A prova da idade será feita mediante declaração no ato de inscrição para o concurso e apresentação da respectiva certidão de nascimento durante sua realização.

Art. 3º Deferida a solicitação de que trata o art. 2º desta Lei, a mãe deverá, no dia da prova ou da etapa avaliatória, indicar uma pessoa acompanhante que será a responsável pela guarda da criança durante o período necessário.

Parágrafo único. A pessoa acompanhante somente terá acesso ao local das provas até o horário estabelecido para fechamento dos portões e ficará com a criança em sala reservada para essa finalidade, próxima ao local de aplicação das provas.

Art. 4º A mãe terá o direito de proceder à amamentação a cada intervalo de 2 (duas) horas, por até 30 (trinta) minutos, por filho.

§ 1º Durante o período de amamentação, a mãe será acompanhada por fiscal.

§ 2º O tempo despendido na amamentação será compensado durante a realização da prova, em igual período.

Art. 5º O direito previsto nesta Lei deverá ser expresso no edital do concurso, que estabelecerá prazo para que a mãe manifeste seu interesse em exercê-lo.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.[3]

Não deve ser difícil, mesmo para um homem, compreender a difícil tarefa e decisão de uma mulher em prestar concurso público estando em período de amamentação de seu filho. Ou filhos, no plural. Apenas de deslocamento de sua casa ao local de prova já se vão, em média, 1 a 2 horas. A organização do certame pede que os candidatos compareçam com 1 hora de antecedência ao início das provas. Dessa maneira, considerando o tempo de prova médio de 5 horas, uma candidata ficaria fora de casa por não menos que 10 horas, sendo extremamente difícil para uma mulher gerir e se concentrar numa prova sabedora de que seu filho está chorando com fome e precisando de sua ajuda.

Em que pese louvável a iniciativa legislativa que corrige, em parte, um problema por que passavam as mulheres lactantes e seus filhos, a Lei Federal nº 13.872/2019 estabeleceu uma restrição etária, pois os filhos das candidatas devem ter no máximo 6 meses. Dessa maneira, o menor com 7 meses já não geraria esse direito específico.

Nesse toar, entende-se que agiu mal a legislação ao fixar um limite etário, pois o legislador não teria elementos fáticos, científicos e jurídicos para obstar a necessidade de amamentação de maiores de 6 meses de vida indistintamente. Cada criança é um ser diferenciado e possui uma relação singular com o processo de alimentação, de modo que é bastante comum haver amamentação como única fonte ou majoritária de subsistência de menores acima de 6 meses de vida.

Na pior das hipóteses, o que se admite apenas a título de argumentação, a lei deveria ter previsto a possibilidade de a candidata apresentar um laudo médico que justificasse a necessidade de amamentação do seu filho maior de 6 meses de vida. Ao revés, a lei silenciou e garantiu esse direito exclusivamente para mães de menores até essa faixa etária.

Outro fator que chama a atenção é que a lei parte do pressuposto de que toda família é composta, no mínimo, pela mãe. Em momento algum a referida norma tratou da figura paterna. É possível que o menor, seja ele com 6 meses ou mais de vida, seja criado exclusivamente por pessoa do sexo masculino de maneira que o

correto deveria ser a adoção da aceção de representante legal do menor. Seja pai, mãe, adotante, tutor ou qualquer outra possibilidade legal, ao prestar concurso público e possuir menor que necessite de amamentação tal direito deveria ser conferido tanto por se tratar de direito do candidato quanto de direito do menor envolvido.[4]

Não se quer dizer com isto que os filhos iriam amamentar diretamente dos seios de homens, embora existam casos de pais que utilizam aparelhos simuladores de mamas com suporte para o recebimento de leite materno ou formulado. Mas sim que a relação de amamentação é complexa e pode se dar também entre um homem e um menor – mesmo em casais heterossexuais – pois o ato de alimentação é de uma relação intrínseca e singular. O afeto é algo que move esse momento ímpar onde muitas crianças, por exemplo, costumam se sentir à vontade para se alimentar apenas com seus genitores ou responsáveis legais. É possível, assim, que o menor simplesmente não se alimente porque a pessoa que tenta fazer a ingestão alimentar não é aquela que sempre o acompanha diariamente.

Também não se argumente que após 6 meses de vida o menor poderia fazer a ingestão de outros alimentos sólidos, pois isto varia de pessoa para pessoa e de família para família. Dessa maneira, não caberia ao Estado invadir essa particularidade de cada relação familiar, sob pena daquele passar a ditar a forma como se desenvolverá a criação de cada menor em grave ofensa ao livre planejamento familiar[5].

Essa distinção criada pela Lei Federal nº 13.872/2019 onde apenas a mulher teria direito a amamentar e, inclusive, limitada a menor de até 6 meses de vida, é inconstitucional porque viola diversas disposições constitucionais, notadamente a vida, a igualdade material, a não discriminação, a família, a proteção à maternidade, a dignidade da pessoa humana e a alimentação, rol este meramente exemplificativo.[6]

Assim, deve ser realizada uma interpretação conforme à Constituição a fim de que a aplicação de tal dispositivo federal se amolde tanto a mulheres, quanto a homens no que tange ao direito a amamentar, bem como seja extensível aos representantes legais do menor (tutores, adotantes, entre outros). Igualmente, deve ser reconhecido que a limitação etária fixada em lei de até 6 meses de vida da criança não encontra amparo na Constituição, pois tal restrição não pode subsistir sem que ofenda o texto da Carta Política a qual veda a discriminação por idade (artigo 3º, IV) e garante o direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º).

Sob outro ângulo basta se observar que outros Estados da Federação que disciplinaram tal direito à amamentação não criaram exigências etárias. É o caso do Estado de Alagoas por meio da Lei Estadual nº 7.858/2016 que estabelece normas gerais para realização de concurso público pela Administração Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional do Estado de Alagoas. Diz a norma estadual:

Art. 97. Mediante prévia solicitação à instituição organizadora, é assegurado à candidata lactante o direito a levar acompanhante às provas, que será o responsável pela guarda da criança.

§ 1º A pessoa acompanhante somente terá acesso ao local das provas até o horário estabelecido para fechamento dos portões, ficando com a criança em sala reservada para essa finalidade, próxima ao local de aplicação das provas.

§ 2º A candidata lactante poderá se ausentar da sala para amamentar seu filho a intervalos regulares, devidamente acompanhada por fiscal de prova, o qual assegurará a manutenção das condições de sigilo e isonomia com os demais candidatos na realização da prova e a reposição do tempo despendido na amamentação, até o máximo de 01 (uma) hora.

§ 3º A relação das candidatas que obtiverem o deferimento de pedido de condição especial de realização de prova como lactante, nos termos deste artigo, será previamente divulgada, em lista separada, a todos os candidatos do concurso[7].

Note-se que a norma acima não criou qualquer limite etário, ao contrário da lei federal que limitou o exercício deste direito a mães de menores de até 6 meses de vida. No entanto, a lei estadual, de modo equivocado, também restringiu o direito à amamentação apenas a mulheres, quando se sabe que há famílias onde estas não existem e os filhos possuem homens como únicos representantes legais, entre outras possibilidades fáticas alhures citadas.

Frente ao exposto é preciso que haja uma maior sensibilidade e reflexão sobre o direito de amamentar menores durante a realização de concursos públicos, haja vista que as normas jurídicas até então editadas não solucionaram todas as dificuldades por que passam os candidatos e candidatas, bem como menores, diante de uma sociedade cada vez mais plural e multifacetada[8]. Não cabe, portanto, uma fórmula tradicional como se apenas a mãe fosse a detentora desta tarefa que é o amoroso ato de amamentar ou mesmo que um menor de 7 meses de vida – ou mais

– seja independente ao ponto de abdicar deste momento especial que se constitui o ato de amamentar.

NOTAS:

[1] BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

[2] CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Igualdade, discriminação e concurso público. Análise dos requisitos de acesso aos cargos públicos no Brasil**. 1. ed. Maceió: Viva, 2014.

[3] **BRASIL**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13872.htmf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

[4] ROMITA, Arion Sayão. O combate à discriminação da mulher no mundo do trabalho à luz das fontes internacionais com reflexos no ordenamento jurídico interno. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (org.). **Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros**. São Paulo: LTr, 2009.

[5] LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

[6] GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

[7] **BRASIL**. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE ALAGOAS. Disponível em: <https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2016/1265/1265_texto_integral.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

[8] MALLET, Estevão. **Igualdade e discriminação em direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO STJ

LUCIANO VIEIRA DE SOUSA: Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA;

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA^[1]

(orientador)

RESUMO: Constata-se que com o avanço da internet as pessoas estão mais conectadas, favorecendo o ressurgimento de notícias desabonadoras. Nesta situação, diante da necessidade de eliminar conteúdos negativos surge o conflito entre direito ao esquecimento, em uma magnitude, e liberdade de expressão, de outra. Conseqüentemente, fica a cargo do Poder Judiciário encontrar uma solução. Diante disso, a pesquisa visa analisar o intitulado direito ao esquecimento na internet conforme os julgados do STJ em busca de delimitar os principais critérios utilizados. Para isto, busca-se discriminar sobre os direitos da personalidade, caracterizar liberdade de expressão, pormenorizar direito ao esquecimento, e finalmente, analisar criticamente alguns julgados do STJ buscando apontar os principais parâmetros utilizados para enquadrar um caso como direito ao esquecimento na internet. Assim, embora os critérios não sejam devidamente indicados, pode-se observar os mais comuns em todos os julgados, quais sejam, inexistência de interesse público, caracterização de dano, veracidade do conteúdo desabonador e ausência de evento histórico. Destarte, faz-se uso do método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e o uso de procedimento bibliográfico assim como documental, por meio de análise jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Internet. Critérios. Jurisprudência. STJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos da Personalidade. 2.1. Conceito, Breve Histórico e Características. 2.2. Direitos da Personalidade com Previsão Constitucional 3. Liberdade de Expressão. 3.1. Conceitos e Principais Diferenciações. 3.2. Limites à Liberdade de Expressão. 4. Direito ao Esquecimento. 4.1 Conceitos, Origem e Precedentes Internacionais. 4.2. Peculiaridades do Direito ao Esquecimento na Internet. 5. Direito ao Esquecimento na Internet na Jurisprudência do STJ. 5.1. Principais Casos Envolvendo Direito ao Esquecimento na Internet no STJ. 5.2 Análise Crítica dos Casos Citados. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que atualmente as pessoas se conectam mais, necessitando da internet para quase tudo. No caso brasileiro, mesmo precisando de mais incrementos e avanços, constata-se que três em cada quatro pessoas acessam continuamente a internet. Dessa proporção, pelo menos 90% usam todos os dias (VALENTE, 2020).

Por sua vez, constatou-se em recente pesquisa a mesma proporção acima, qual seja, três em cada quatro pessoas querem remover algum dado ou informação pretérita da rede. Além disso, verificou-se que 24% dos brasileiros são capazes de proceder na remoção dos referidos dados (TRINDADE, 2020).

Sendo assim, informações ou fatos pretéritos são resgatados, fazendo com que as pessoas pretendam a remoção desses conteúdos desfavoráveis. Surge, dessa maneira, o conflito de direitos opostos: os direitos da personalidade, conflitando-os com os direitos atinentes à liberdade de expressão.

Dessa forma, o atrito destes direitos no meio digital é paulatinamente mais constante no judiciário, chegando aos tribunais superiores, em particular no âmbito do STJ.

Desta feita, investiga-se: quais os principais critérios usados no âmbito do STJ nos julgamentos alusivos ao direito ao esquecimento relativos à internet?

Assim, o objetivo geral delineado constitui em analisar os parâmetros e critérios utilizados pelo STJ nos julgados concernentes ao direito ao esquecimento virtual.

Ademais, os objetivos específicos consistem em discriminar os direitos da personalidade; caracterizar liberdade de expressão, além de apontar suas limitações; mostrar a divergência na aceitação de direito ao esquecimento, ilustrando alguns precedentes internacionais; e por último, analisar criticamente os principais casos sobre direito ao esquecimento relacionados à internet encarados pelo STJ.

Dessa feita, segue-se a seguinte hipótese: os critérios lidados pelo STJ no contexto online são equivalentes aos julgamentos envolvendo os casos tradicionais, como um grande lapso temporal, ausência de interesse público, caracterização de danos etc. Por sua vez, embora sejam utilizados embasamentos do direito comparado, muitas vezes são usados de forma distorcida, chega-se a resultados diversos e conflitantes. Suscitando, dessa maneira, pujante insegurança jurídica.

Dessa maneira, na presente pesquisa utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e o uso de procedimentos bibliográfico, assim como documental, mediante análise jurisprudencial.

Na primeira seção, discrimina-se os direitos da personalidade, apontando conceitos, características, classificações, bem como correlacionando-os com a previsão constitucional.

Na segunda seção, por oportuno, caracterizar-se-á liberdade de expressão, discernindo-a de outros direitos símiles, além de anunciar suas principais limitações.

Já na terceira seção, será mostrado a dificuldade de conceituar direito ao esquecimento, exemplificando alguns precedentes internacionais e destacar as peculiaridades quando se tratar de ambiente *web*.

Por derradeiro, na quarta sessão, depois da exposição dos principais julgados no STJ em relação direito ao esquecimento na *web*, analisar-se-á criticamente os referidos julgados, mostrando os requisitos e parâmetros utilizados.

Por tudo isso, depreende-se que os objetivos restam atendidos, e a problemática respondida por meio da confirmação da hipótese levantada. Portanto, os critérios aplicados pelo STJ nas decisões de casos abarcando direito ao esquecimento na *web* são os mesmos dos demais casos, variando em cada caso concreto, não havendo critérios pré-ajustados visando causar menos insegurança jurídica.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 Conceito, Breve Histórico e Características

Conforme Pereira (2017), direitos ditos da personalidade se referem aos direitos despidos de acepção patrimonial, estando diretamente ligados ao ser humano, ocupando, por isso, posição de relevo em numerosos ordenamentos jurídicos. Assim, mesmo que desprovido de feições econômicas, os direitos ditos da personalidade integram a própria natureza do ser humano, ganhando destaque.

Outrossim, Maria Helena Diniz (2012), além de destacar que personalidade faz parte integridade de todos os homens, faz, ainda, uma distribuição entre direitos de conotação patrimonial, pessoal, e destacando-se, os direitos da personalidade.

Dessa forma, as definições de direitos ditos da personalidade são símiles, conquanto haja muitos pontos divergentes que se seguem.

Nesse contexto, Diniz (2012) elabora uma importante abordagem cronológica sobre a materialização dos direitos da personalidade. Destaca-se que existe desde a Antiguidade, passando na era do Cristianismo e até mesmo na era medieval haviam tutelas pontuais. No entanto, foi depois da Declaração de Direitos de 1789, e mais

ainda, após as perversidades da Segunda Guerra Mundial que os designados direitos da personalidade ganharam a devida importância, originando várias convenções, pactos internacionais e codificações internas em diferentes países.

Na conjuntura brasileira, critica-se os poucos dispositivos legais sobre direitos ditos da personalidade no atual Código Civil, designando-se como favorável, porém, a positivação de vários direitos da personalidade no texto constitucional (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014).

Por outro lado, Paulo Nader (2016) considera o Código Civil vigente como inovador, já que no código anterior não haviam disposições sobre esses direitos.

Ao se referir aos fundamentos dos direitos citados, Carlos Alberto Gonçalves (2016) os divide em direitos inatos e adquiridos. De outro modo, pode-se argumentar que os inatos são aqueles que nascem e fazem parte do ser humano, enquanto os adquiridos são aqueles que só existem e são reconhecidos com a devida positivação.

Por conseguinte, ao comentar sobre os aspectos característicos dos direitos da personalidade, Pereira (2017, p. 203) afirma que eles são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis e imprescritíveis. Além desses, Gonçalves (2016, p. 191-194) acrescenta que eles são ilimitados, vitalícios e não estão sujeitos a desapropriação.

Por outro lado, Diniz (2012) realiza a distribuição dos direitos ditos da personalidade em integridade física, intelectual e relativos à moral. Conforme será visto, será dado ênfase à última classificação, já que nela estão incluídos os direitos da personalidade relacionados ao direito ao esquecimento, embora não seja unânime de que este direito é autônomo ou não.

Assim, feitas essas considerações iniciais, em seguida serão examinados os direitos da personalidade inclusos no Código Civil (BRASIL, 2002) e os refreados na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

2.2 Direitos da Personalidade com Previsão Constitucional

Os direitos ditos de personalidade são reputados como direitos fundamentais, concluindo-se que o uso da locução direitos da personalidade, embora frequente no direito civil, é incomum na seara constitucional. Ademais, os direitos da personalidade nomeados no Código Civil vigente já estão expressamente destacados na Constituição Federal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Por conseguinte, serão abordados direitos da personalidade explanados na Constituição Federal (BRASIL, 1988) que possuem ligações relacionadas com direito ao esquecimento.

Deveras, Uadi Lammêgo Bulos (2014) afirma que privacidade se molda aos aspectos sociais da pessoa. A intimidade, contudo, é mais restrita e diz respeito às relações mais afetivas e seletivas do indivíduo. Do mesmo modo, esta é a mesma classificação usada por Mendes e Branco (2017) ao fazerem comentários sobre os referidos direitos.

De outro lado, quantos aos direitos à imagem e honra, existe a distribuição entre dois tipos de honra, objetiva e subjetiva. Resumidamente, Flávio Martins (2019) considera como honra objetiva as opiniões que as pessoas têm sobre um indivíduo, enquanto a honra subjetiva corresponde aquilo que a pessoa acha dela própria.

No que corresponde o direito à imagem, entretanto, Bulos (2014) o divide em imagem social, retrato e autoral. Assim sendo, aduz que imagem social, corresponde aquilo que a pessoa repassa à coletividade, estando disciplinado no art. 5, V, da Constituição Federal. Sob outra perspectiva, imagem-retrato remete aos aspectos físicos da pessoa, conforme estatuído no art. 5º, X, do texto constitucional. Por último, a imagem autoral está contida no art. 5º, XXVII, da Carta Política, e condiz com a participação em obras coletivas.

Tarefa difícil é englobar direito ao esquecimento como direitos da personalidade ou considerá-lo autônomo.

Ferriani (2016) enquadra direito ao esquecimento como direito à integridade moral. Salaria a supracitada autora que o direito em questão é dotado de características peculiares, o que faz dele ser independente quando comparados aos demais direitos de personalidade.

Trata-se de uma questão cercada de debates e discussões, pois, ver-se-á que a incumbência de conceptualizar direito ao esquecimento é complexa, e não raras vezes há equívocos na sua aplicação, inclusive pelos tribunais.

3 LIBERDADES DE EXPRESSÃO

3.1 Conceitos e Principais Diferenciações

Ao analisar liberdade de expressão com enfoque constitucional, percebe-se uma grande quantidade de conceitos, mesmo se tratando de institutos semelhantes ou que se relacionam, provocando, assim, dificuldades em saber quais devem prevalecer.

Corolário com as explicações acima, André Ramos Tavares (2020) salienta que essas imprecisões de conceitos envolvendo liberdade de expressão se dar em consequência do próprio texto da constituição por utilizar demasiadamente os termos liberdade de expressão em várias passagens. Assim, a supradita liberdade deve ser compreendida de maneira ampla, englobando outras liberdades, como manifestação do pensamento, de comunicação e informação.

Por seu turno, Ferreira Filho (2012) ensina que liberdade de pensando se segmenta em liberdade de consciência, de um lado, e liberdade de expressão, do oposto. Dessa feita, para o referido jurista esses dois últimos conceitos são tidos como análogos.

Semelhantemente, mas com maior precisão, Silva (2005, p. 243) apresenta outras classificações e nomenclaturas, todas tendo como referência o texto constitucional. Para o citado autor “a liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, expressão e difusão do pensamento e da informação”. Percebe-se, pois, que é um conceito muito vasto e que inclui vários direitos e liberdades de conotações constitucionais.

Nesse sentido, destacam-se as subdivisões de liberdade de expressão usadas por André Ramos Tavares (2020). Trata-se das dimensões substanciais e instrumentais. Na dimensão substancial ocorre vinculação com a dita dignidade da pessoa humana, materializando-se quando o indivíduo tem necessidade de exteriorizar aspectos íntimos, tais como sentimentos, pensamentos, conhecimentos etc. Na dimensão instrumental, por outro lado, é o meio empregado para divulgação da dimensão substancial.

Isto posto, liberdade de expressão é, pois, um direito fundamental de denotar opiniões, informações, sentimentos etc., de forma livre, seja de forma despretensiosa, seja através dos meios de comunicação formais.

Por conseguinte, far-se-á uma abordagem das principais restrições condizentes à liberdade de expressão.

3.1 Limites à Liberdade de Expressão

Alexandre de Moraes (2018), referindo-se à liberdade de expressão, salienta que estas liberdades não são absolutas, haja vista que outros direitos fundamentais podem restringi-la.

Além disso, Mendes e Branco (2017) se utilizam de argumentação semelhante ao destacarem que os principais limitadores da liberdade predita estão enumerados

no próprio texto constitucional, bem como existem direitos diversos capazes de confrontá-los em um caso concreto.

Dessa feita, o art. 220, da Carta Magna (BRASIL, 1988), traz importantes ponderações à liberdade de expressão. Destarte, a disposição normativa supracitada garante veemente a liberdade de expressão, apesar disso, admite redução visando o direito de resposta. Além disso, obsta o anonimato, designa o acatamento ao exercício profissional e possibilita o direito de reunião.

Assim, conforme referenciado pelo art. 5º, X, da Carta Magna (BRASIL, 1988, p. 2), “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”. Acrescenta-se que a contenda entre os caracterizados direitos da personalidade, em uma extremidade, com liberdade de expressão, em outra, ocorre corriqueiramente, seja na doutrina, e mais agudamente, na jurisprudência.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO

4.1 Conceitos, origem e Precedentes Internacionais

Conceituar direito ao esquecimento é difícil, pois dependendo dos ângulos e enquadramentos utilizados, surgem diferentes definições. Faz-se necessário, contudo, transcorrer inicialmente sobre alguns precedentes internacionais.

Assim, conforme Dias Neto (2019), a inauguração do direito ao esquecimento transfigura-se divergente na doutrina. Alega que dois casos de origem americana são referenciados como precursores do referido direito. Tratam-se dos casos *Melvin vs. Reid*, de 1931, e *Sidis vs. F-R Publishing Corporation*, de 1937.

No primeiro caso, *Grabielle Darley*, uma ex-prostituta e com acusações de homicídio, fora exposta em um filme com detalhes do seu passado. Embora os fatos retratados no filme fossem verdadeiros, o tribunal deu-lhe ganho de causa, pois tais acontecimentos não mais correspondiam a vida de Gabrielle, provocando, assim, danos.

No segundo caso, *Sidis*, que fora considerado uma criança prodígio e superdotada, ficando famosa por isso, foi alvo, porém, de uma reportagem quando adulto que o considerou derrotado e fracassado. Neste caso, contudo, foi dado ganho de causa à imprensa, dentre outros motivos, pela alegação de que *Sidis* já tinha se tornando conhecido, causando ainda interesse do público.

Já na França, Luiz Fernando Marrey Moncau (2020) faz menção ao caso envolvendo a atriz *Marlene Dietrich* e a uma revista semanal. A revista fazia publicações como se fosse de autoria da atriz, por isso fora condenada a pagar

indenização. Destaca-se que este caso é usado expressamente em alguns julgados do STJ para fundamentar algumas decisões, contudo, de acordo com Moncau (2020), erradamente, pois a confrontação central desta ação trata de aspectos íntimos e sobre direito de autoria da atriz, e não obrigatoriamente direito ao esquecimento.

Isabella Zalcborg Franjhof (2018), por sua vez, menciona outro caso francês bem difundido no ano de 1967: *DelleSecret vs. Soc Rome Filme*, ou simplesmente caso *Landru*. Tratou-se de uma ação promovida por uma ex-amante do *serial killer Landru* contra uma produtora de filmes que retratava fatos ocorridos no passado sem a devida autorização. Contudo, os fatos já tinham sido retratados anteriormente pela própria autora, contribuindo para que perdesse a causa.

Por fim, na Alemanha há dois casos conhecidos, mas com desfechos diferentes. Trata-se dos casos *Lebach I e Lebach II*, conforme corroborado por Franjhof (2018). O primeiro caso, inclusive, foi utilizado para embasar algumas decisões do STJ, ao passo que o último, sequer foi mencionado.

Conforme resumido por Moncau (2018), o primeiro caso se refere a um crime na cidade alemã de *Lebach*, onde quatro soldados foram assassinados. Passados alguns anos, um canal de televisão quis reproduzir os acontecimentos apontando nomes e fotos dos acusados, ao mesmo tempo que um deles estava prestes a deixar o cárcere. Com isso, sob os argumentos que o nome do acusado deveria ser preservado e que o documentário atrapalharia a ressocialização, o acusado saiu vencedor da ação judicial.

Outrossim, no caso *Lebach II* outro canal de televisão retratou o mesmo acontecimento, mas se absteve de expor fotos e nomes dos incriminados. Como resultado, o canal de televisão saiu vencedor.

Em suma, os casos citados acima são os mais comentados e discutidos no meio acadêmico e jurisprudencial. Embora existam muitos outros casos e com diferentes desfechos, os casos narrados, de forma breve, servem como suporte para buscar definir direito ao esquecimento.

Com efeito, Denise Pinheiro (2016, p. 37-38), com maestria, utiliza-se da seguinte argumentação para conceituar direito ao esquecimento:

O direito ao esquecimento deve ser compreendido como o direito de não ter lembrado, em uma comunicação atual, ou mesmo em uma informação pretérita (acessível por intermédio da internet), um fato do passado, ainda que reputado como verdadeiro e tornado público, à época, de forma lícita, em

função da perturbação causada à vida presente da(s) pessoas(s) afetada(s) pela comunicação.

Do conceito pode-se extrair algumas características que são utilizadas por outros autores ou em decisões judiciais. Assim, o conceito analisado fala que deve ser uma informação ou fato verdadeiro do passado, que foi conhecido do público e que na contemporaneidade provoca danos.

Por sua vez, Marina Gionetti Lucena (2019) aponta alguns critérios com o objetivo de moldurar direito ao esquecimento. Desse modo, para a ocorrência do direito assinalado deve ter (i) havido um lapso temporal razoável, (ii) não tenha interesse público, (iii) tenha havido a ocorrência de dano, (iv) a informação preteada tenha sido de conhecimento público, (v) seja usado para preservar a memória, (vi) a informação deve ser verídica, (vii) examinar como a informação foi reapresentada, e por último, (viii) subsistir os direitos da personalidade envolvidos.

Denise Pinheiro (2018), após uma minuciosa explanação de diferentes conceitos, critica a subsistência do direito ao esquecimento, posto que restringe a liberdade de expressão desnecessariamente. Apesar disso, segunda a autora, há algumas correntes doutrinárias que amparam o direito ao esquecimento. Primeiramente, considera-se o direito referido como autônomo, ligando-o a designada dignidade da pessoa humana. Seguidamente, amolda-o como ligado à privacidade, e por fim, o considera como dotado de autonomia e baseado em fundamentações diversas, tais como prescrição, reabilitação criminal etc.

A título de exemplo, Luciana de Paula Assis (2016) considera o caracterizado direito ao esquecimento provido de autonomia. Embora o dito direito tenha exígua relação com alguns direitos da personalidade, classifica-o como independente, tendo em vista, dentre outros fatores, que estes não são listados de forma taxativa na legislação vigente.

Por certo, Maldonado (2017) demonstra que o lapso temporal ocasiona a perda de interesse público. Além disso, citando outros autores, afirma que o direito aludido se respalda no nominado dignidade da pessoa humana.

Sérgio Branco (2017), encerrando, enquadra o designado direito ao esquecimento nos intitulados direitos da personalidade. Após analisar algumas decisões do STJ, conclui quais critérios são lidados, citando o lapso temporal, ocorrência de dano, a veracidade da informação e interesse público.

4.2 Peculiaridades do Direito ao Esquecimento na Internet

Pinheiro (2018) elucida que o cognominado direito ao esquecimento logrou novos delineamentos com a internet. Assim, diante da rapidez da propagação das informações proporcionada com a *web*, os chamados direitos da personalidade tornam-se mais propícios a limitações. Soma-se ainda que os responsáveis pelas informações são grandes corporações, usufruindo vultuosos lucros. Não obstante, as informações na internet tendem a se tornarem eternizadas e deixam de ficar em evidência com o tempo, ocasionando em seu esquecimento.

Frajhof (2018) faz distinção do cognominado direito ao esquecimento, de um lado, com *droit à l'oubli*, de outro. Este refere-se à origem e aos casos clássicos e lançados à mídia convencional, aquele remete-se ao designado direito ao esquecimento na *web*, dotado de particularidades, com meios próprios de controle.

Por conseguinte, far-se-á uma distinção entre esquecimento, apagamento e a chamada desindexação.

Esquecimento, como já mostrado, é o direito de atravancar fatos ou informações desabonadoras do passado, que lhe causem danos, mesmo que verdadeiros e na época tenham sido públicas.

Apagamento, conforme proclama Dias Neto (2019), se associa a ideia de exclusão de informações desagradáveis. Assim, de maneira geral, o termo é utilizado de forma genérica, inclusive se confundindo, em algumas situações, com desindexação.

Desindexação, em alternativa, conforme as explicações de Lucena (2019, p. 84), trata-se da "desvinculação de palavras de um provedor de busca." Ou seja, as informações continuam existindo, mas diante da supressão dos termos usados na pesquisa a dificuldade em encontrá-las aumenta.

Outrossim, conforme frisado por Melina Ferracini de Moraes (2018), um caso amplamente difundido abarcando o designado direito ao esquecimento na *web* ocorreu na Espanha entre o provedor de buscas *Google*, a *AEPD* (agência competente pela proteção de dados no citado país) e *Mario Corteja González*.

Em síntese, Pinheiro (2018) explica que *Mario Corteja González*, um advogado espanhol, fez uma reclamação à *AEPD* contra um jornal e o conhecido provedor de pesquisas *Google* por conta da veiculação de informações pretéritas referente a alienação de imóveis usando hasta pública para quitar dívidas da segurança social espanhola. Ao examinar o caso, a *AEPD* não acatou o pedido para que o jornal alterasse ou suprimisse as informações do advogado, mas aceitou o pedido para que

o *Google* suprimisse dos resultados de uma busca que o associasse a notícias desabonadoras.

Por oportuno, o provedor de pesquisas apelou ao *TJUE* (tribunal europeu responsável por questão envolvendo interesses de todo o continente) com o intuito de proferir a decisão final. Conforme Moraes (2018), em 2014 restou decidido que os motores de busca como tratamento dos chamados dados pessoais. Decidindo-se, com isso, que deveria haver a supressão de *links* obtidos ao se fazer uma pesquisa no provedor de buscas, embaraçando, dessa forma, seu acesso. Trata-se, portanto, de uma desindexação.

Embora o caso *González* seja cercado de fortes críticas, Frajhof (2018) argumenta que ele trouxe grandes impactos em todo o mundo, pois não só aumentou o ajuizamento de demandas, como também serve como justificativa para o surgimento de variadas legislações sobre a temática supracitada. Salienta-se que o caso sob exame é muito usado para embasar decisões judiciais em diversos países. Variadas vezes, contudo, de forma equivocada, como será mostrado adiante.

5 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

5.1 Principais Casos Envolvendo Direito ao Esquecimento na Internet no STJ

Ao vasculhar por “direito ao esquecimento” usando o menu “Jurisprudência no STJ” no endereço eletrônico do tribunal (<https://scon.stjjus.br/SCON/>), percebe-se um amontoado de decisões judiciais. Assim, até o dia 8 de outubro de 2020 consistiam em 48 acórdãos e 1.265 decisões monocráticas.

Nada obstante, poucos vereditos realmente se debruçam em relação ao direito supramencionado, conquanto o termo é utilizado de forma equivocada, precipuamente em lides envolvendo direito consumerista e reabilitação penal.

Por isso, ao invés de seguir os julgados listados no site, optou-se por separar os casos indicados pela doutrina especializada, assim como diferentes trabalhos acadêmicos.

Assim, chegou-se à conclusão que os acórdãos abordando o sobredito direito na internet de forma central ou ao menos de forma secundária se resumem em cinco.

Por sua vez, antes de fazer uma análise de cada caso, importante se fazer algumas considerações sobre dois casos envolvendo a mídia televisiva: *Aída Curi* e o cognominado *Chacina da Candelária*. Ambos os casos são referenciados como reconhecimento do mencionado direito na jurisprudência brasileira.

Dessa feita, conforme o recurso especial de nº 1.335.153/RJ (BRASIL, 2013a), irmãos de Aída, inconformados com a veiculação do programa intitulado Linha Direta Justiça da Rede Globo em 2008 que retratou detalhes da vida e do assassinato em 1958, ajuizaram ação judicial com pedido indenizatório alegando uso impertinente de imagem, violação de direito à privacidade e fruição econômica do ocorrido.

Extrai-se, resumidamente, as seguintes considerações do recurso posto (BRASIL, 2013a):

i) direito ao esquecimento nasce da incongruência entre liberdade de informação, em uma ponta, e os intitulados direitos da personalidade, em outra ponta, e o seu reconhecimento não tem necessariamente o dever de indenizar. Além disso, não é possível fazer a desvinculação do caso sem usar o nome da vítima e pelo grande transcurso do tempo não há configuração de abalo moral. Ademais, trata-se de um episódio histórico, descaracterizando censura;

ii) o uso de casos do direito comparado e institutos como prescrição, reabilitação penal e disposições do direito consumerista para embasar a subsistência do direito ao esquecimento;

iii) o caso se divide em pedido de indenização e uso incongruente de imagem; e

iv) para a primeira demanda, ao se fazer uma ponderação entre o designado direito ao esquecimento com pedido de indenização vs. liberdade de imprensa, anuir aquela seria estropiado. Sem embargo, a imagem foi usada secundariamente, sendo o foco principal a explanação do crime, portando, o seu uso foi devido.

Sob outra perspectiva, o caso designado Chacina da Candelária é profetizado no recurso especial de nº 1.334.097/RJ (BRASIL, 2013b). Novamente o mesmo programa e canal de televisão lembrou a ocorrência da chacina de 1993. Embora fora inocentado da acusação de assassinato, o autor teve nome e imagem disseminados nacionalmente com reflexos negativos em vários aspectos.

Por conta do exposto, o autor ajuizou ação judicial indenizatória que por sua vez, de forma resumida, apresenta as considerações em destaque (BRASIL, 2013b):

i) há propensão referentes a valores humanos, pois a intitulada dignidade da pessoa humana designa a base da República, observando o caso concreto. Por sua vez, replica-se que se os condenados retêm direito ao esquecimento, com maior razão os absolvidos o possuem muito mais;

ii) houve divulgação do nome, e ainda, da imagem do indiciado que fora absolvido, provocando-lhe danos; e

iii) embora inocentado, não foi dada a devida ênfase a este aspecto, havendo, assim, uma segunda ofensa. E por medo de sofrer violência e para proteger familiares, o autor foi obrigado a mudar de residência e perdeu oportunidades de trabalho devido a divulgação das informações negativas sobre seu passado.

Assim, enquanto no caso Aída haja sido reconhecido o intitulado direito ao esquecimento, fora denegado, contudo, o pleito indenizatório. Por outro lado, no segundo caso houve reconhecimento do direito referido, bem como o acatamento do pedido indenizatório. Portanto, embora as fundamentações tenham sido semelhantes, os desfechos foram diferentes.

Desta forma, com as devidas considerações sobre os casos já expostos, mesmo resumidamente, faz-se necessário tecer explicações envolvendo especificamente os julgados de direito ao esquecimento abarcando o meio virtual, conforme jurisprudência do STJ.

No primeiro caso se trata do episódio Xuxa Meneghel, deliberado pelo STJ em 2012, no recurso especial 1.316.921/RJ (BRASIL, 2012). Pretendia-se, no caso, excluir qualquer termo, imagem ou expressão associando o nome da artista com conteúdo de cunho pedófilo obtido nas pesquisas do *Google*. Conforme explica Moncau (2020), trata-se de uma ação que relacionada a um filme interpretado pela atriz supracitada antes de ser famosa, aonde protagonizava cenas eróticas com menor de idade, difundindo-se nos últimos anos, entretanto, com a popularização da internet.

Há discordância se a lide se ocupa de direito ao esquecimento, como asseverado por Frajhof (2018), ou se diz respeito a outros direitos, como a tutela de direitos autorais, acolhida por Moncau (2020). Trata-se de um caso pioneiro envolvendo desindexação, e como se verá, muito utilizado para embasar outras decisões do STJ. Sendo assim, conforme o acórdão (BRASIL, 2012):

i) o encargo dos provedores de busca é organizar os resultados da pesquisa realizada, não sendo detentores do conteúdo e nem podem ser responsabilizados por isso. Dessa forma, não são obrigados a excluir imagens ou quaisquer conteúdos oriundos da pesquisa, mesmo com indicação da *URL* (cuja abreviatura no inglês significa *Uniform Resource Locator*);

ii) caso seja identificado a *URL* objeto de exclusão, contra esta deve ser procedida medida judicial, sendo tecnicamente impossível tal responsabilidade ao provedor de buscas;

iii) caso os motores de busca façam alguma filtragem antecipada de conteúdo acabaria com sua função principal, qual seja, resultados em espaço de tempo exageradamente curto, pois milhares de páginas são criadas, atualizadas e indexadas constantemente. Além disso, embora algumas possam ter conteúdo ilegal, impossível haver um controle prévio pelos provedores;

iv) a proibição de resultados com determinadas expressões não tem efetividade, pois pode-se usar outras expressões parecidas para obter o mesmo resultado. Ademais, o direito à informação restaria restrito e atingiria situações adversas sem nenhuma ligação com o caso; e

v) conclui-se que os provedores não são obrigados a abolir termos ou expressões, desobrigando-se, assim, de responsabilidade.

O segundo caso é retratado no recurso especial 1.582.981/RJ, julgado pelo STJ (BRASIL, 2016a). Conforme se extrai do acórdão, atribuiu-se a Marco Alvim, que é advogado, comentário difamatório em um determinado site. Contrariado, notificou o buscador *Google* visando desvincular seu nome ao comentário supracitado. Apesar de ter seu requerimento atendido, ao se fazer uma pesquisa no motor de buscas, o resultado ainda permanecia atrelado ao seu nome.

Contudo, há críticas de que o caso está mais relacionado com a responsabilização do que direito ao esquecimento (MONCAU, 2020). Outrossim, conforme decisão do STJ (BRASIL, 2016a), conclui-se que:

i) não obstante, por mais que o provedor de pesquisa implemente um serviço gratuito, há confluência da legislação consumerista. Dessa maneira, o caso em baila se trata de uma falha na execução dos serviços, em consonância com disposições consumeristas, quando o resultado da pesquisa apresentar os mesmos *links* mesmo diante da atualização posterior da página com conteúdo danoso. Porém, não há dano moral mesmo diante dos resultados ofensivos apresentados;

ii) embora o provedor de buscas continuasse exibindo na lista de resultados o *link* que remete ao conteúdo que associa o nome do Sr. Alvim a um comentário que na verdade foi feito por terceiro, o tribunal segue o precedente, enfatizando que o provedor em questão continua desobrigado a excluir na sua lista de resultados remetendo a termos ou expressões, não se responsabilizando, assim, por conteúdo de terceiros;

iii) o serviço de busca em questão cuida apenas de exibir os resultados de uma dada pesquisa, sendo impossível a retirada de algum resultado, embora possa eliminar inusitadamente resultados incorretos ou inadequados;

iv) salienta-se que a falha referida nas linhas anteriores ocorre por conta de milhares de páginas que são indexadas cotidianamente, havendo, por vezes, falhas no sistema de atualização. Além disso, o provedor deve se atualizar quando avisado pelo consumidor; e

v) cita-se o caso decidido pelo *TJUE* que sentenciou ao provedor de pesquisa que eliminasse os dados que associavam a páginas indesejadas. Assim, o entendimento do caso europeu se coaduna com o intitulado Marco Civil da Internet, determinando-se que provedor de pesquisa se torna responsável pelo conteúdo gerado de uma busca caso não acate uma deliberação judicial.

Por conseguinte, o terceiro caso se trata do recurso especial nº 1.593.873/SP, julgado pelo STJ (BRASIL, 2016b). Conforme alarde de Frajhof (2018), este é primeiro julgado contornando responsabilidade dos designados provedores de pesquisa oriundo de terceiros.

No caso referenciado, cuida-se originalmente de uma obrigação de fazer objetivando suprimir imagens de nudez ao se fazer pesquisas no provedor de buscas usando nome da recorrida. Por seu turno, o *Google*, na qualidade de recorrente, alegou impossibilidade de bloqueio a partir de termos e expressões, pois se exige que o conteúdo ofensivo deve ser devidamente especificado (BRASIL, 2016b).

Assim, constata-se que no acórdão (BRASIL, 2016b):

i) os chamados provedores de busca não são obrigados a realizar filtragem prévia e nem a suprimir termos e expressões em uma pesquisa, mesmo com indicação expressa da página com o conteúdo pernicioso, pois inexistente fundamento na legislação brasileira;

ii) o designado direito ao esquecimento é admitido no ordenamento jurídico local, haja visto a existência de enunciados que o citam expressamente. Além disso, há vários precedentes do STJ que o reconhecem, a exemplo do caso Chacina da Candelária, bem como alguns dispositivos da legislação civil e consumerista;

iii) devido à inexistência de precedentes nos tribunais locais, cita-se o caso ocorrido na Espanha, aonde foi outorgado que os cognominados dados pessoais não mais poderiam aparecer nos resultados da busca. A solução do caso europeu, porém, não poderia ser usada no Brasil, por inexistência de lei sobre o assunto;

iv) ademais, embora alguns dispositivos do evocado Marco Civil da Internet prevejam retirar dados pessoais, impossível sua aplicabilidade no caso sob análise;

v) reiteração de precedentes anteriores, especialmente o caso Xuxa, para explicar como funcionam os provedores de busca, afirmando que estes apenas indicam os resultados inseridos, não se responsabilizando, assim, pelos *links* apontados. Ainda assim, cabe à vítima, depois de identificar a *URL* da página com conteúdo ofensivo, demandar diretamente contra esta; e

vi) os nominados provedores de busca não têm autoridade para retirar quaisquer conteúdos, pois não há determinação legislativa tratando sobre isso no contexto brasileiro.

No quarto caso, cuida-se do recurso especial nº 1.599.054/RJ, julgado no STJ sob relatoria do Ministro Moura Vieira (BRASIL, 2017b). Embora liste como direito ao esquecimento, Lucena (2019), considera-o como insulto ao direito à honra.

Por certo, cuidou-se na ação originária do pedido de dano moral e a exclusão, por parte do chamado provedor de buscas, de páginas com conteúdo ofensivo, sendo julgada procedente na primeira instância. Destarte, ainda que haja um tópico específico sobre direito ao esquecimento, explora-o de forma muito restrita. Ainda assim, conforme leitura do acórdão (2017b), pode-se constatar:

i) ao recorrer, o provedor de pesquisas alegou que cumpriu a determinação judicial, excluindo as páginas indicadas, não havendo, com isso, necessidade de punição, o que foi dado provimento;

ii) menção a precedentes anteriores, especialmente o caso Alvim, já analisado, conformando-se que os designados provedores de pesquisa são desobrigados a banir termos ou expressões de forma ampla; e

iii) por fim, houve condenação por considerar o agravo em questão protelatório.

Por derradeiro, o quinto caso se trata do recurso especial nº 1.660.168/RJ, julgado pela quarta turma do STJ, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2018). É considerado um dos principais imbróglis jurídicos envolvendo direito ao esquecimento por apresentar densa discussão sobre quais critérios necessitam ser incessantes na implantação do referido direito no ambiente digital (MONCAU, 2020).

Por isso, visando destacar os argumentos divergentes no acórdão, será este dividido em duas partes, quais sejam, a parte vencida e logo depois a parte vencedora.

Isto posto, pode-se resumir o caso em tela da seguinte forma (BRASIL, 2018):

i) três provedores de pesquisa demandaram um recurso especial contra uma ação protocolada por uma candidata do concurso público da magistratura carioca suspeita no envolvimento de fraude;

ii) a recorrida objetivava que os recorrentes colocassem filtros nos resultados das buscas que fruem seu nome a fim de se desvincular de diversas reportagens negativas resultantes;

iii) ao apelar na segunda instância, o TJ/RJ acatou o recurso, obrigando os recorrentes, provedores de pesquisa, a providenciarem a filtragem dos resultados contendo menção ao nome da recorrida; e

iv) ao interpor recurso especial, os provedores alegaram a existência de ampla jurisprudência no STJ que rechaça a decisão da segunda instância, impossibilidade técnica em desfazer o vínculo pretendido e necessidade de indicação específica dos *links* a serem excluídos.

Por conseguinte, faz-se necessário trazer os principais pontos dos votos dos dois ministros vencidos: Nancy Andrichi bem como Ricardo Villas Bôas Cueva. Percebe-se a defesa pela conservação dos precedentes até então vigentes. Por oportuno, conforme votos no acórdão supracitado (BRASIL, 20018), eles:

i) exemplificam vários precedentes do STJ que atesta o designado direito ao esquecimento como realidade no contexto brasileiro, mesmo com definição vinculada a seara penal. Além disso, consideram alguns institutos como reconhecimento ao direito ao esquecimento, v. g., prescrição, anistia, coisa julgada;

ii) concluem, no entanto, que o caso decido pelo *TJUE* é inaplicável ao caso analisado por ausência no âmbito brasileiro de lei sobre proteção dos denominados dados pessoais. Não se adotando o nomeado Marco Civil da Internet, pois somente as informações fornecidas pelos usuários voluntariamente podem ser excluídas;

iii) reafirmam que a filtragem de conteúdo não é uma atividade intrínseca dos ditos provedores de busca, isentando-os de responsabilizações pelos resultados gerados, além de considerar inviável qualquer controle prévio nos resultados previstos por cada usuário;

iv) reafirmam que não há fundamentação jurídica na realidade brasileira referentes aos pedidos pretendidos, por isso a obrigação deveria ser sobre a real detentora do conteúdo, com indicação expressa da *URL*;

v) salientam que permitir um provedor de pesquisa retire conteúdo como se pretende, tornar-se-ia um precedente perigoso, além disso, falta previsão legal;

vi) afirmam que não houve demonstração de dano com a divulgação dos conteúdos refutados e muito menos prejuízo, pois foi constatada aprovação posterior da recorrida para promotora de justiça. Destarte, o caso em nada

difere dos casos já analisados. Soma-se que o conteúdo, apesar de desabonador, é lícito;

vii) advertem sobre o *Efeito Streisand*, pretendendo que um acontecimento seja esquecido, mas pode ocorrer o contrário, com a bisbilhotice das pessoas;

viii) há outros provedores de pesquisa possuindo idênticos conteúdos que se pretende excluir, o que torna a pretensão com pouca utilidade; e

ix) fundamental indicar do *URL* abarcando o conteúdo desabonador.

Por sua vez, três ministros divergiram da relatora, tendo-os como vencedores, quais sejam, Aurélio Belize, Moura Ribeiro, e por fim, Paulo de Tarso Severiano.

Dessa forma, reunindo as explanações acolhidas no acórdão (BRASIL, 2018), têm-se as seguintes conclusões:

i) encaixam direito ao esquecimento como designado direito fundamental implícito, sequente do cognome dignidade da pessoa humana, gozando de ampla proteção no ordenamento jurídico;

ii) refutam a falta de fundamentação legal tencionando exclusão de conteúdo oriundo de uma dada pesquisa, v.g., Marco Civil da Internet. Assim, embora tenham vários precedentes que negaram a retirada de resultados de uma dada pesquisa, o caso retratado difere, pois se pretende apenas evitar que os provedores prossigam na exibição de notícias inconvenientes como relevante;

iii) dessa forma, no julgado no *TJUE* possuía legislação escassa a respeito, situação semelhante vivenciada no caso brasileiro, porém, a impossibilidade técnica alegada pelos assim intitulados provedores de buscas não se sustenta, inclusive há documentação anexada comprovando que há meios de excluir os resultados;

iv) sustentam que há a demonstração de vestígios de danos. Embora tenham decorridos dez anos do fato repulsado, os resultados nos provedores de busca os indicam como relevantes;

v) a melhor solução seria a sugerida pela Corte italiana, qual seja, atualização das informações. Não sendo possível, pois não foi requerida no momento oportuno. Portanto, deve-se promover a desindexação das notícias resultantes na pesquisa em nome da recorrente; e

vi) reafirmam, portanto, que a providência requerida é possível tanto juridicamente quanto tecnicamente, salientando que no caso europeu a desindexação foi atendida em situação semelhante.

Assim, conforme destaca Sarlet (2018), este acórdão exprime a ruptura de precedentes no STJ, havendo uma mudança drástica. Cuida-se, aqui, de uma decisão de grande impacto referente ao direito ao esquecimento, pois conforme visto nos casos anteriores, o STJ não admitia a desindexação de conteúdo desabonador. Contudo, passou-se a admitir essa possibilidade como indicativo de ruptura com as decisões antigas.

5.2 Análise Crítica dos Casos Citados

Perfaz-se tecer algumas ponderações sobre os critérios empregados pelo STJ para enquadrar um caso como direito ao esquecimento, bem como averiguar como tais critérios foram usados em cada contexto. Reportando-se, contudo, a explanação dos principais critérios que já foram devidamente feitas nas linhas anteriores.

Assim, no caso Xuxa, malgrado tenha demorado entre o fato e rememoração, trata-se de uma pessoa pública. Assim, como foi frisado anteriormente, alguns direitos da personalidade são mais passíveis de restrição. Ademais, por mais que o objeto de refutação da ação judicial seja plausível, não ficou configurado a ocorrência de danos. Contudo, verifica-se que há ausência de interesse público por ser algo eminentemente privado. Desta feita, não se trata de fato histórico.

No caso SMS, por sua vez, não há menção clara sobre o lapso temporal do acontecimento dos fatos, todavia, constata-se que não eram novos. Trata-se de um evento privado, sem qualquer interesse público. Houve a ocorrência de dano, inclusive com perda do vínculo empregatício. Por consequência, embora fosse verídico, o caso não tem identificação com um evento histórico.

No caso Alvim, percebe-se que não houve um lapso temporal razoável, assim como o fato desabonador não era verídico. Contudo, por ser advogado, presume-se tratar de uma pessoa pública, além disso, embora tenha sido feita a alegação de abalos à sua imagem não houve caracterização de danos. Trata-se, ainda, de um caso privado, sem elo com um evento histórico.

No quarto caso analisado, embora o acórdão faça expressa menção ao direito ao esquecimento, fica evidente a dificuldade do STJ em aplicar critérios e conceitos adequados, pois o referido caso se trata muito mais com a inobediência de outros direitos da personalidade, mormente o direito à honra.

Por fim, o último caso se aproxima mais intrinsecamente com o nominado direito ao esquecimento. O grande período entre a difusão dos fatos e a rememoração transpassaram dez anos. Soma-se, ainda, que a pessoa em questão logrou aprovação no concurso para promotora de justiça posteriormente, não

havendo perquirir, com isso, a ocorrência de dano. Contudo, assim como nos casos anteriores, não há aproximação com eventos históricos.

Percebe-se, pois, que não há utilização racional dos critérios, ajustando-os de acordo com cada caso concreto, ou, como parece ser o mais evidente, há uma confusão de definições e de parâmetros.

Nota-se que os critérios não são enfatizados, embora nem sempre seja possível precisá-los. Além disso, processa-se que a designação direito ao esquecimento se mostra limitada nos casos tradicionais, concernente a um evento criminoso do passado, o que se distancia dos casos analisados.

Contudo, é possível fazer um paralelo dos principais critérios dos casos analisados. Destaca-se o lapso temporal, presente em quase todos eles, a indagação de dano, embora nem sempre comprovados, e a busca, em todos eles, pela manutenção dos direitos da personalidade. Outrossim, constatou-se, com uma ressalva, que os fatos desabonadores eram verídicos. Soma-se ainda que os casos representam fatos privados, sem conotação histórica, embora em alguns casos se tratem de pessoas públicas.

Por sua vez, mesmo usando alguns critérios típicos do direito ao esquecimento, algumas lacunas se encontram evidentes. Assim, não precisar quanto deve ser o lapso temporal mínimo, quais danos, falta de um conceito mais completo, dentre outros aspectos.

Dessa maneira, destacando-se que a problemática do presente estudo foi o questionamento de quais os principais critérios utilizados no STJ envolvendo o nominado direito ao esquecimento na *web*, conclui-se que são os seguintes: (i) grande lapso temporal, (ii) ocorrência de dano, (iii) fatos ou notícias devem ser verídicos, (iv) inexistência de interesse público, (v) fato sem conotação histórica e (vi) busca pelo resguardo dos nominados direitos da personalidade.

Isto posto, a problemática resta devidamente respondida, confirmando a hipótese levantada, qual seja, os critérios aproveitados para o reconhecimento desses direitos são os mesmos envolvendo as demais mídias, com pequenas adaptações. O que muda, verdadeiramente, são as formas de como tais direitos serão implementados na prática, que no caso envolvendo a internet, se dar, via de regra, por meio da desindexação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciar a pesquisa constatou-se que com o alargamento do uso da internet mais pessoas sentem necessidade de excluir fatos ou informações desabonadoras do passado por trazer consequências negativas em suas vidas. Buscou-se conhecer quais instrumentos existem para concedê-los. Examinou-se que é o cognominado do direito ao esquecimento, particularmente seja no STJ o tribunal que atualmente concentra os casos mais importantes. Por isso adveio o tema em questão: direito ao esquecimento na *web* cônsona jurisprudência do STJ.

O objetivo geral era analisar os parâmetros e critérios utilizados pelo STJ nos julgados atinentes ao chamado direito ao esquecimento na *web*. Verifica-se que o objetivo geral foi atingido, pois, conseguiu-se mostrar os julgados preponderantes sobre o direito referido.

O primeiro objetivo específico consistiu em discriminar os denominados direitos da personalidade. Destarte, conseguiu-se por meio da explanação de doutrina especializada.

O segundo objetivo específico era caracterizar liberdade de expressão, apontando suas limitações. Para isso que fosse concretizado, fez-se uso de doutrinadores constitucionalistas. Além disso, comprovou-se que um dos seus limitadores são os nominados direitos da personalidade.

No que lhe toca, o terceiro objetivo específico era mostrar a dificuldade na conceituação do cognominado de direito ao esquecimento na *web*, recolhendo alguns casos conexos ao tema. Embora seja um objetivo audacioso, pôde-se demonstrar alguns conceitos, assim como diferentes critérios utilizados para evidenciar se um caso configura como o cognominado direito ao esquecimento. Soma-se, ainda, a importância de tornar patente alguns precedentes internacionais, tendo em vista seus constantes usos em julgados do STJ.

Por fim, o quarto objetivo era analisar criticamente os principais casos sobre o cognominado direito ao esquecimento na *web* julgados pelo STJ. Para atendê-lo, faz-se necessário selecionar e em seguida analisar cada julgado envolvendo o tema. Para selecionar os julgados pertinentes ao tema visando analisá-los em seguida, além de pesquisa no site do STJ, buscou-se averiguar quais julgados eram apontados pela doutrina especializada.

A pesquisa partiu-se da hipótese de que os principais critérios empregados para situar um caso como o cognominado direito ao esquecimento na *web* eram análogos aos empregados na mídia tradicional. Assim, fez-se o teste da hipótese, confirmando-a, pois após análise dos julgados supracitados, verificou-se que os principais critérios

são assemelhados em comparação ao direito ao esquecimento comum, variando conforme o caso concreto.

Desta forma, a problemática restou completamente respondida. Assim, diante da perquirição dos principais critérios aproveitados no cognominado direito ao esquecimento na *web*, verificaram-se: grande lapso temporal, configuração de dano, veracidade dos fatos, ausência de interesse público, fato sem conotação histórica e busca pelo resguardo dos direitos da personalidade.

Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, incluindo estudos acadêmicos já encerrados, doutrina geral e específica, como também o uso de jurisprudência, especificamente do STJ.

Reparou-se a dificuldade em se saber quais casos jurisprudenciais realmente se relacionavam com a pesquisa. A solução encontrada, para economia de tempo e trabalho, foi averiguar os casos já apontados pelos estudos até então publicados, principalmente trabalhos acadêmicos recentes ou doutrina específica atualizada.

Sugere-se, contudo, embora possa levar um tempo relativamente longo, analisar individualmente cada acórdão, assim como as incontáveis decisões monocráticas. Embora, frise-se novamente, leve demasiadamente um tempo longo para averiguar e catalogá-los.

Por fim, reconhece-se que é um assunto muito dinâmico e conforme novas tecnologias surjam há necessidade de novas respostas. Soma-se que há alguns julgados pendentes que poderão mudar vários parâmetros analisados.

7 REFÊNCIAS

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1593873/SP**. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: SMS. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 10 de novembro de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600796181&dt_publicacao=17/11/2016. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1599054/RJ**. Agravante: José Roberto Portugal Compasso. Agravado: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Min. Moura Ribeiro, 25 de abril de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601204955&dt_publicacao=11/05/2017. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1316921/RJ**. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 26 de junho de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1582981/RJ**. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Marcio Alvim de Almeida. Relator: Min Marco Aurélio Bellizze, 10 de maio de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502238660&dt_publicacao=19/05/2016. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**. Recorrente: Yahoo! do Brasil Internet Ltda., Google Brasil Internet Ltda e Microsoft Informática Ltda. Recorrida: DPN. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018. Acesso em: 13 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1335153/RJ**. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Nelson Curi e Outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 maio 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial 1334097/RJ**. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 maio 2013. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 10 jul. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. **A teoria dos precedentes judiciais na modernidade líquida**: reflexões sobre os direitos da personalidade e liberdade de expressão à luz do direito ao esquecimento na era digital no Brasil. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/40387>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **O direito ao esquecimento como um direito da personalidade**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18867>. Acesso em: 21 jul. 2020.

FRAJHOF, Isabella Zalberg. **O “direito ao esquecimento” na internet**: conceito, aplicação e controvérsias. 2018. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/36944/36944.PDF>. Acesso em: 22 jul. 2020.

GONÇAVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. **Direito ao esquecimento**: conceito e critérios na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo: Novo Século, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao esquecimento**: entre liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Melina Ferracini de. **Direito ao esquecimento na internet**: das decisões judiciais no Brasil. Curitiba: Juruá, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. 2016. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/169667>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção da personalidade no ambiente digital**: uma análise à luz do caso do assim chamado Direito ao Esquecimento no Brasil. 2018. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 19(2), 491-530. Disponível em: [tps://doi.org/10.18593/ejll.v19i2.17557](https://doi.org/10.18593/ejll.v19i2.17557). Acesso em: 28 ago. 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TRINDADE, Rodrigo. Três de cada quatro brasileiros tentaram apagar dados pessoais da internet. **Tilt UOL**, 14 de maio de 2020. Disponível em:

<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/05/14/relatorio-de-privacidade-global-2020-kaspersky.htm>. Acesso em: 19 ago. 2020.

VALENTE, Jonas. Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa. **Agência Brasil**, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa#:~:text=A%20maioria%20acessa%20a%20internet%20pelo%20celular&text=Tr%C3%AAs%20em%20cada%20quatro%20brasileiros,%2C%20g%C3%AAnero%2C%20ra%C3%A7a%20e%20regi%C3%B5es>. Acesso em: 21 ago. 2020.

[1] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (2009). *E-mail*: marcus_n_lima@hotmail.com

EMBARGOS DE TERCEIRO E A (IM)POSSIBILIDADE DO TRASLATIO IUDUCCI

EDUARDO DE ALENCAR ARARIPE DINIZ:
Mestrando em Direito Pela PUC/SP.
Advogado em Brasília, sócio do escritório
Ararape Diniz e Advogados Associados.

LEONARDO FERNANDES RAÑNA[1]

(coautor)

RESUMO: Este presente artigo analisa o procedimento especial dos Embargos de Terceiro a partir da sua previsão nos arts. 674 a 681 do CPC/15. O foco principal do presente ensaio é demonstrar a (im)possibilidade de aplicação dos efeitos do *Traslattio Iuducci* perante a competência da Justiça Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de Terceiro; *Traslattio Iuducci*; Competência; Justiça Estadual e Justiça Federal;

ABSTRACT: This article analyzes the special procedure for third party embargoes based on its provision in arts. 674 to 681 of CPC / 15. The main focus of this essay is show the (im) possibility of applying the effects of the *Traslattio Iuducci* in front the jurisdiction of the Federal Justice,

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de Terceiro; *Traslattio Iuducci*; Competence; State Justice and Federal Justice;

Sumário: 1. Introdução – 2 Cabimento e Legitimidade para os Embargos de Terceiros – 2.1. A Competência para o julgamento dos embargos de terceiro e o *Traslattio Iuducci*– 3. Conclusão - 4. Referências

1.Introdução

Os embargos de terceiro constituem ação acessória e têm por essência a proteção da posse, propriedade ou domínio do bem de determinada pessoa que venha a sofrer constrição, advinda de um processo judicial do qual não faz parte. A sua previsão legal está nos artigos 674 a 686 do CPC/2015. Esta ação, que pertence ao rol dos procedimentos especiais, não se presta para desconstituir ou invalidar aquela sentença ou decisão interlocutória que foi proferida em processo de terceiros, mas apenas para impedir que a eficácia das mesmas atinja patrimônio que não pode ser responsabilizado pelo eventual débito discutido naquele processo.[2]

Percebe-se, então, que os embargos de terceiros são acessórios em relação a uma ação principal de onde adveio a constrição, pois só existe por causa de outra ação já preexistente. Partindo dessa premissa, tem-se uma competência de natureza funcional dos embargos de terceiro, ou seja, em regra, a competência para julgamento desta ação é do juiz da causa principal.

Porém, a questão que surge e que se procura investigar por meio do presente ensaio é como o judiciário deve se comportar quando eventual constrição surgir em processo que tramita perante a Justiça Estadual, mas acaba por constriuir bem que a União se diz proprietária por direito?

Assim, o que se pretende verificar é qual regra de competência deve prevalecer quando a ação principal, que tramita perante a Justiça Estadual, enseja uma constrição, ou apenas ameace, de imóvel do qual a União se diz proprietária.

2. Cabimento e Legitimidade para os Embargos de Terceiros

Os efeitos da atividade jurisdicional são, em regra, *inter partes*, ou seja, afetam somente aqueles que compõe aquela determinada lide (Autor e Réu). Contudo, em certas ocasiões nos deparamos com situações em que o patrimônio de terceiro que não figura em nenhum dos polos de determinada ação, acaba sofrendo constrição do seu patrimônio decorrente de decisão judicial nela proferida para satisfação de certas obrigações. Surge, então, a responsabilidade patrimonial de terceiros.[3]

Diante dessa possibilidade, o *caput* do art. 674 do CPC/2015 previu o cabimento dos embargos de terceiro dispondo que quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro. Confira-se:

“Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.”

A constrição ou ameaça de constrição ao patrimônio de terceiro, claramente extrapola os limites legais de uma ação que deveria gerar efeitos *inter partes*. [4] Ocorre que, pelo simples fato de o terceiro, dono do bem atingido pela constrição, não ser parte no processo principal, não há possibilidade processual de se manifestar naquele feito, uma vez que o faltaria legitimidade *ad causum* para figurar em um dos polos da ação. [5] Eis que o legislador surge com o instrumento

próprio para estas situações. Marinoni, Arenhat e Mitidiero apresentam importante colocação para tal instrumento:

“Por isso, a lei lhes confere um instrumento próprio, habilitando-as a mover uma ação ‘contra o processo’ de onde provém a decisão judicial que as atinge, a fim de verem protegidos os seus interesses e liberados os seus bens. Essa medida é a ação de embargos de terceiro.”^[6]

Ainda nesse sentido, Elpídio Donizetti exemplifica o cabimento dos embargos de terceiro:

“Um exemplo ajuda a ilustrar o cabimento dos embargos de terceiro: terceiro que não seja responsável pelo cumprimento da obrigação e não sendo parte no processo de execução sofre os efeitos da penhora. Nesse caso, pode valer-se dos embargos de terceiro, posto que sofreu os efeitos do ato judicial. Se a ofensa à posse fosse decorrente de ato de particular, a ação adequada seria a possessória.”^[7]

Percebe-se que os embargos de terceiro são empregados sempre que haja uma situação que configure a constrição judicial indevida de bens de terceiro estranho à ação principal. Dentre todos aqueles que não figuram como parte em determinado processo, havia de se verificar qual terceiro seria possuidor de legitimidade para opor os embargos de terceiro. O art. 674 do CPC/2015 cuidou de delimitar dentre aqueles que, além de ostentar a qualidade de terceiro, ainda deteriam legitimidade para os embargos de terceiro.

Como se vê do referido dispositivo, além da condição de terceiro, vale dizer, que não é parte no processo, tem legitimidade para opor os embargos de terceiro aquele também que for senhor ou possuidor de coisa ou direito que tenha sofrido constrição judicial e que poderia ter sido parte, mas não o foi (v.g., litisconsorte facultativo, assistente litisconsorcial).^[8] Confira-se a literalidade do artigo:

“Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843 ;

II - o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;

III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

IV - o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.”

Estabelecidas tais premissas, vê-se que o legitimado ativo para opor os embargos de terceiro é aquele que, por não ser parte no processo, sofreu constrição ou está em vias de sofrer, sobre bens que possua ou os quais tenha direito incompatível contra ato constritivo – art. 674 CPC/15. Destaca-se que a terminologia de “proprietário” é entendida, inclusive, aquele fiduciário,[9] ou até mesmo possuidor.[10]

Neste sentido, o terceiro legitimado para opor os embargos de terceiro é, de acordo com os ensinamentos de Eduardo de Avelar Lamy, “o sujeito que não poderia ter tido o seu bem ou direito afetado juridicamente pela constrição judicial de feito cujo objeto lhe é estranho.[11]

Ademais, o § 1º do artigo em questão atribui legitimidade, expressamente, ao proprietário fiduciário. Trata-se de inovação trazida pelo legislador do CPC de 2015 que positivou entendimento que já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência, tanto com relação a bens móveis como imóveis. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - PENHORA - IMPOSSIBILIDADE - PROPRIEDADE DO CREDOR FIDUCIÁRIO - EMBARGOS DE TERCEIRO - LEGITIMIDADE ATIVA DO DEVEDOR-EXECUTADO - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

1. "A alienação fiduciária em garantia expressa negócio jurídico em que o adquirente de um bem móvel transfere - sob condição resolutiva - ao credor que financia a dívida, o domínio do bem adquirido.

Permanece, apenas, com a posse direta. Em ocorrendo inadimplência do financiado, consolida-se a propriedade resolúvel" (REsp 47.047-1/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

2. O bem objeto de alienação fiduciária, que passa a pertencer à esfera patrimonial do credor fiduciário, não pode ser objeto de penhora no processo de execução, porquanto o domínio da coisa já não pertence ao executado, mas a um terceiro, alheio à relação jurídica.

3. Por força da expressa previsão do art. 1.046, § 2º, do CPC, é possível a equiparação a terceiro, do devedor que figura no polo passivo da execução, quando este defende bens que pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela penhora, como é o caso daqueles alienados fiduciariamente.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 916.782/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 21/10/2008)"

Importante destacar, também, algumas exceções à regra. A jurisprudência tende a considerar que aquele que possui bem litigioso, mesmo que configurado como terceiro, não tem prerrogativa para defender seus interesses por meio dos embargos de terceiro. Isso porque, ao adquirir um bem que notoriamente era objeto de litígio, sujeita-se ao disposto do art. 109 do CPC/2015 que assim dispõe:

"Art. 109. A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º O adquirente ou cessionário poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial do alienante ou cedente.

§ 3º Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário.”

Nesse sentido, também merece atenção a regra disposta no inciso III, do § 2º, do artigo 674 do CPC/2015, na qual o legislador atribui legitimidade para propositura dos embargos de terceiro para aqueles que sofrem constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte.[12]

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui dois entendimentos sumulados sobre o instituto (Súmulas nº 84 e 134) no sentido de que é admissível (i) a oposição de embargos de terceiro de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel e (ii) do cônjuge executado que queira defender a sua meação. Confira-se:

“Súmula 84 do STJ: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse

advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.

Súmula 134 do STJ: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

Quanto ao polo passivo, muito embora o ato alvo da demanda seja o ato praticado pelo juiz, quem deverá nele figurar é aquele que se beneficiou da referida decisão. Em regra, será o réu na ação de embargos de terceiros e o autor da ação em que tenha sido proferida a decisão que desembocou na constrição judicial ou ameaça dela.[13]

Contudo, vale destacar a novidade trazida pelo CPC/15, que é o § 4º do art. 677. Confira-se:

Art. 677. Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas.

[...]

§ 4º Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.

O que o § 4ª indica é que além do beneficiário da decisão judicial do processo que ensejou a constrição ou a ameaça dela, caso tenha sido o executado (em caso de uma execução) que tenha indicado o bem a penhora, este também deverá constar no polo passivo dos embargos de terceiro, juntamente com o beneficiário direto.

Essa previsão trazida pelo CPC/15 é, também, a posituação do entendimento jurisprudencial consolidada com base na corrente majoritária da doutrina. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, ALÍNEAS A E C DA CRFB). DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. NÃO CONHECIMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.

EMBARGOS DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CREDOR. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE ESTE E O DEVEDOR. PRECEDENTE: 3a. TURMA, RESP. 282.674/SP, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, DJU 07.05.2001. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, PROVIDO PARA AFASTAR A NULIDADE RECONHECIDA NO ACÓRDÃO E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM, PARA QUE PROSSIGA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL.

(...)

3. Discute-se na doutrina a respeito da composição do pólo passivo nos Embargos de Terceiro. Segundo Araken de Assis, porém, parece mais razoável a tese de que só o credor, a quem aproveita o processo executivo, encontra-se legitimado passivamente, ressalvadas duas hipóteses: a) cumulação de outra ação (p.ex., negatória) contra o executado; e b) efetiva participação do devedor no ato ilegal (Manual do Processo de Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6a. Ed., p. 1.147/1.148).

4. Ressalvadas as louváveis opiniões em contrário, essa parece ser a melhor conclusão, mormente porque a indicação do bem imóvel foi realizada pela exequente, ora recorrida, cabendo apenas a esta a contestação da pretensão deduzida pela embargante, ora recorrente, tal como efetivamente ocorreu. Inexistente, portanto, o litisconsórcio passivo necessário entre credor e devedor, também porque este decorre apenas da lei ou da natureza jurídica da relação de direito material acaso existente entre exequente e executado, circunstâncias que não se verificam no âmbito dos Embargos de Terceiro (CPC, art. 47). Precedente: 3a. Turma, REsp. 282.674/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJU 07.05.2001, p. 140.

5. A propósito, curiosa é a observação de que o art. 1.050, § 3o. do CPC se refere ao embargado no singular, o que sugeriria a existência de apenas um deles (exequente ou executado) no pólo passivo da ação de Embargos de Terceiro, tudo a depender de quem terá realizado a indicação do bem à penhora.

6. Recurso Especial de ÂNGELA BEATRIZ CEZIMBRA conhecido em parte e, nessa parte, provido para afastar a nulidade reconhecida no acórdão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que prossiga no julgamento da Apelação da União Federal.

(REsp 1033611/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 05/03/2012)

Segundo o acórdão cuja ementa acima colacionou-se, o entendimento era, há época, que, em regra, somente o exequente (credor) teria legitimidade para figurar no polo passivo, salvo duas exceções, quais sejam: a) cumulação de outra ação (p.ex., negatória) contra o executado; e b) efetiva participação do devedor no ato ilegal.

Também nesse sentido, Antonio Carlos Marcato leciona:

“Exemplificando: (i) no cumprimento de sentença, o exequente indica o bem a ser penhorado (NCPC, art. 534, VII) e, concretizada a constrição, ele figurará como réu (embargado) nos embargos opostos pelo terceiro que se intitule possuidor

ou proprietário do bem constricto; (ii) executado o espólio, a penhora recai sobre bem de terceiro indicado pelo inventariante (v. art. 646), hipótese em que deverão figurar como embargados, em litisconsórcio necessário, o espólio executado e o exequente, pois, acolhidos os embargos, ambos serão prejudicados pela exclusão do bem que garantia a execução[14]”

Temos, então, como legítimos para figurar no polo passivo aquele que é beneficiário da decisão judicial do processo principal que ensejou a constrição do bem de terceiro, ou a ameaça dela, e, quando o réu da ação principal tiver indicado o bem para o ato de constrição, este também deverá constar no polo passivo.

2.1 A competência para julgamento dos Embargos de Terceiro e o *Traslatio Iudicii*.

Vale lembrar que no âmbito do processo civil a competência jurisdicional, de um modo geral, pode ser absoluta[15] ou relativa.[16] O disposto no art. 62 do CPC/2015 trata da competência absoluta, uma vez que dispõe no sentido de que quando a competência é determinada em razão da matéria, pessoa ou função é inderrogável por convenção das partes. Ou seja, o texto legal afirma que quando a competência for instaurada com base nesses três elementos, tratar-se-á de competência absoluta, o que significa dizer que não há o que se falar em reunião de ações em virtude de conexão ou continência.

Diferente não é o sedimentado entendimento do egrégio STJ. Confira-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DAS RAZÕES DO ACÓRDÃO ESTADUAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE N° 283/STF. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. CONEXÃO. REUNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

SÚMULA N° 83/STJ. PRECEDENTES. 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.

2. Ante a deficiência na motivação e a ausência de impugnação de fundamento autônomo, aplica-se, por analogia, o óbice da Súmula n° 283, do STF.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a reunião de ações, em virtude de conexão, não se mostra possível quando implicar alteração de competência absoluta" (CC 142.849/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/3/2017, DJe 11/4/2017).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1214911/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 01/08/2018) (destaque nosso)

Cumpram-se, também, as hipóteses nas quais há previsão de modificação de competência. Para tanto, o art. 54 do CPC/2015 assevera que "*a competência relativa poderá modificar-se pela conexão[17] ou pela continência[18], observado o disposto nesta Seção*".

Ou seja, quando se tratar de competência relativa e verificada a presença de conexão ou continência, acarretará o *trahitio iudicii*, que nada mais é do que a transferência do processo do juízo incompetente para o juízo competente. Assim, configurado um desses institutos, será realizada a remessa dos autos ao juízo competente para o julgamento conjunto das ações.

Dito isso, cumpre esclarecer, agora, os aspectos concernentes à competência para julgamento dos embargos de terceiro. O art. 676 do CPC/15 traz as disposições acerca do assunto. Confira-se:

Art. 676. Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado.

Parágrafo único. Nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta.

O *caput* do artigo acima colacionado é muito claro e, em um primeiro momento, não gera divergência alguma sobre o assunto. Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e correrá em autos apartados. Com efeito, para iniciar as tratativas concernentes à competência, cumpre destacar os ensinamentos do professor Donaldo Armerlin, que discorre "*a competência como pressuposto processual que é, não diz respeito à pessoa do juiz, reportando ao órgão judicante que ele ocupa*." [19]

Em outras palavras, a competência não está ligada à pessoa física do juiz, mas sim ao órgão que ele ocupa. Ou seja, a competência para julgamento da ação de embargos de terceiros está ligada competência funcional.

Ademais, como já registrado, os embargos de terceiro constituem ação acessória e, assim sendo, conforme previsto no art. 61 do CPC/2015, será proposta no juízo competente para a ação principal. Confira-se:

“Art. 61. A ação acessória será proposta no juízo competente para a ação principal.”

Contudo, há situações, e é esse o ponto investigado no presente ensaio, em que uma constrição, ou ameaça dê, vem de um processo que tramita na Justiça comum Estadual, mas desemboca em um imóvel que a União – e aqui leia-se União, autarquias e empresas públicas federais – se diz proprietária.

Da leitura do *caput* do artigo 676 em conjunto com o artigo 61, ambos do CPC/2015, poderíamos concluir que a competência é da Justiça Estadual, onde tramita a ação principal de onde surgiu originalmente a constrição, uma vez que, conforme salientado acima, em regra, a competência para julgamento dos embargos de terceiro é funcional.

Contudo, tal premissa não nos parece correta. Sobre o assunto discorre Pontes de Miranda, no sentido de que o art. 108 do CPC/73 – atual art. 61 do CPC/15 – não se aplica quando não se tratar de competência em razão do território[20].

Ademais, insta lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 109, I, fixa a competência da Justiça Federal, *ratione personae*[21]. Confira-se:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

Percebe-se da leitura do artigo constitucional acima colacionado que é competência dos juízes federais o julgamento de causas que a União tenha interesse, de modo que a competência federal se sobrepõe perante a competência da Justiça Estadual.

Neste sentido, o simples ingresso da União em processo já iniciado provoca alteração da competência. A propositura da ação (no caso a União teria que propor os embargos de terceiro), com maior razão, deve atrair a competência da Justiça Federal, ainda que o ato que ensejou a constrição, ou ameaça dê, venha da Justiça Estadual.^[22]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se mostra sedimentada no mesmo sentido. Veja que no julgamento do conflito de competência 35.972/SP, ocorrido na da Primeira Seção do STJ, restou decidido que o critério definidor da competência da Justiça Federal é o *ratione personae*, ou seja, considera-se a natureza das pessoas envolvidas na relação processual. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM MOVIDA POR ALUNO CONTRA INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, a), mesmo que a controvérsia diga respeito a matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal for excluída da relação processual.
2. Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito a matéria que possa lhes interessar. Nesse último caso, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, até porque "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas" (Súmula 150/STJ).
3. No que se refere a mandado de segurança, compete à Justiça Federal processá-lo e julgá-lo quando a autoridade apontada como coatora for autoridade federal, considerando-se como tal

também o agente de entidade particular investido de delegação pela União.

Nesse último caso, é logicamente inconcebível hipótese de competência estadual, já que, de duas uma: ou o ato é de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou o ato é de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível), e só quem pode decidir a respeito é o juiz federal (Súmula 60/TFR).

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Santos/SP, o suscitado.

(CC 35.972/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2003, DJ 07/06/2004, p. 152)

Salutar afirmar que apenas os embargos de terceiro serão remetidos à Justiça Federal, de modo que a ação principal continuará sob os cuidados da Justiça Estadual, mas será sobrestada enquanto os embargos de terceiros forem julgados na Justiça Federal. Isso porque a competência da justiça federal é absoluta e, por isso, não se prorroga por conexão. Este é o entendimento do STJ:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS PELA UNIÃO. EXAME PELA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. PROCESSO EXECUTÓRIO QUE, CONTUDO, DEVE PERMANECER NA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL, ONDE FOI PROFERIDA A SENTENÇA DE MÉRITO OBJETO DE EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL POR CONEXÃO.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA PAULISTA PARA O EXAME DA EXECUÇÃO.

SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ O JULGAMENTO FINAL DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.

1. A União ajuizou embargos de terceiro contra decisão proferida pelo juízo comum estadual, que determinou, nos autos de execução de título judicial movida por pensionistas de ex-ferroviários, a penhora de créditos da Rede Ferroviária

Federal S/A, sucessora da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A, que entende lhes pertencer.

2. Nos termos do art. 109, I, da CF/88, compete à justiça comum federal o exame dos embargos de terceiro, pois presente a União no polo ativo da demanda.

3. Todavia, apenas os embargos de terceiro se deslocam para a justiça federal, devendo o processo executório em curso na justiça comum estadual lá permanecer. Isso porque a competência da justiça federal é absoluta e, por isso, não se prorroga por conexão. Além disso, a execução tem por objeto sentença de mérito transitada em julgado proferida pelo judiciário paulista, o que atrai a incidência da regra contida no art. 575, II, do Diploma Processual Civil.

4. Impõe-se, de outra parte, o sobrestamento da execução em curso na justiça comum estadual até o julgamento final dos embargos de terceiro pela justiça federal, a fim de se evitar a prolação de decisões conflitantes ou irreversíveis 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo/SP, ora suscitado, para o exame da demanda executória.

(CC 83.326/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 14/03/2008)

3. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, baseado no posicionamento da doutrina e do Superior Tribunal de Justiça, que, ainda que os embargos de terceiros tenham natureza de ação acessória e tenham como regra para seu julgamento a competência funcional, na hipótese de uma constrição advir de um processo que tramite na Justiça Estadual e tal constrição recair sobre um bem da União, a competência para o julgamento dos embargos de terceiro será da Justiça Federal, pois esta competência é em razão da pessoa e é absoluta.

Com efeito, o presente ensaio conclui que uma ação tipicamente acessória, que possui competência funcional, será e deverá ser oposta em juízo distinto àquele da ação principal, porém não sofrerá os efeitos do *Traslatio Iudicii*, uma vez que a

competência da Justiça Federal é absoluta e, por esta razão, não se prorroga por conexão.

4. REFÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda, **CONCEIÇÃO**, Mari Lúcia Lins, **RIBEIRO** Leonardo Ferres da Silva e **MELLO** Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. 2ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais. Pg.136-137/139/143

ARMELIM, Donaldo. *Embargos de Terceiros*. – atualizações de João Paulo Hecker da Silva... [et al] – São Paulo , Ed Saraiva, 2017. Pg 154

ASSIS, Araken. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6a. Ed., p. 1.147/1.148.

BEDAQUE, Roberto dos Santos. *Prorrogação legal da competência: aspectos teóricos e práticos*”. Revista do Advogado, (88): 128-144. São Paulo, 2005. Pg. 141

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. Pgs. 737

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Atlas LTDA, 2017, pg. 835

FIUZA, César. *Direito Civil curso completo*. São Paulo. 18ª Edição, Revista dos Tribunais. Pg. 1.052 e 1.085

LAMY, Eduardo de Avelar. *Dos Embargos de Terceiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1753

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 226.

MARINONI, Guilherme Luiz; **ARENHAT**, Sérgio Cruz; **MITIDIERO**, Daniel. *Curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pg. 169

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 627

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado/Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery*. – 18. ed. ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense 1959, t. II, pg 400*

THEODORO, Humberto Jr. Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos especiais – vol III, 42ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pg. 286.

NOTAS:

[1] Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Presidente da Comissão da Advocacia nos Tribunais Superiores da OAB/DF. Membro da Comissão de Integração com os Tribunais Superiores do Conselho Federal da OAB. Advogado em Brasília, sócio do escritório Leonardo Ranña e Advogados Associados.

[2] DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Atlas LTDA, 2017, pg. 835/836

[3] MARINONI, Guilherme Luiz; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA. Pg.164

[4] IDEM, pg. 164/165

[5] MARINONI, Guilherme Luiz; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA. Pg.164

[6] IDEM. Pg. 164

[7] DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Atlas LTDA, 2017, pg. 835/836.

[8] NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado/Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. – 18. ed. ver., atual. e ampl. –São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 1540.

[9] Ensina César Fiuza que a “propriedade fiduciária é espécie de propriedade resolúvel, em que uma pessoa, o fiduciante, transfere a propriedade de um ou mais bens a outra pessoa, o fiduciário, seja como garantia de dívida, seja para que o fiduciário administre-o(s) em favor de um beneficiário. É propriedade resolúvel, uma vez que dura determinado tempo, restituindo-se às mãos do fiduciante ou do terceiro” em Direito Civil curso completo. São Paulo. 18ª Edição, Revista dos Tribunais. Pg. 1.052

[10] César fiuza ainda ensina que “posse é a situação, em que uma pessoa tem um bem em seu poder, ou seja, um bem se acha subordinado à esfera de atuação de uma pessoa. E essa situação de coisas, denomina-se posse. Op. Cit. Pg.1.085

[11] LAMY, Eduardo de Avelar. Dos Embargos de Terceiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.753.

[12] BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. Pg. 737.

[13] MARINONI, Guilherme Luiz; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pg. 166.

[14] MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 226.

[15] “A competência do órgão jurisdicional, se fundada em critério material ou funcional, tem natureza absoluta. Se a regra leva em conta, portanto, a relação jurídica de direito material (família, registro civil, acidente do trabalho) ou natureza da função desenvolvida pelo juiz (julgamento de recursos), juízo diverso daquele indicado pelo legislador será absolutamente incompetente para conhecer e julgar a pretensão.” Roberto dos Santos Bedaque, *Prorrogação legal da competência: aspectos teóricos e práticos*”. Revista do Advogado, (88): 128-144. São Paulo, 2005. Pg. 141.

[16] Ensinam Teresa Arruda Alvim, Mari Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello que “As normas de competência relativa(em razão do valor e do território) são, como dissemos acima, de natureza disponível, isto é, admitem manejo pelas partes de modo a se modificar o que estabelecido *a priori* pelo direito positivo. Em outras palavras, as partes podem contratar a eleição de foro para que sejam dirimidas questões decorrentes do negócio jurídico que estabelecera,, foro distinto daquele que legalmente seria competente em razão do valor ou território [...]” em Primeiros comentários ao novo código de processo civil. 2ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais. Pg.143.

[17] Ensinam Teresa Arruda Alvim, Mari Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello que “ A conexão opera-se quando duas ações têm elementos comuns entre si, seja a causa de pedir, seja o pedido, e o principal efeito da conexão, uma vez reconhecida, é a necessidade de reunião das ações conexas para fins de julgamento conjunto. Esta comunhão de elementos da

ação para fins de caracterização da conexão manifesta-se da seguinte forma: para serem conexas, ou as ações têm em comum a causa de pedir ou o pedido. Esta é a definição legal [...]” em Primeiros comentários ao novo código de processo civil. 2ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais. Pgs. 136-137.

[18] “O fenômeno da continência é caracterizado pelas seguintes circunstâncias, que devem estar presentes em caráter cumulativo: (i) entre duas ou mais ações, verifica-se identidade quanto às partes litigantes (as ações, em suma, têm as mesmas partes, ainda que ocupando polos distintos em cada uma destas ações, ora sendo réis, ora sendo autoas), (ii) identidade quanto à causa de pedir (ou seja, o circunstantial fático que conduziu as partes à Justiça é o mesmo, decorrente da mesma relação jurídica), e (iii) o pedido de uma das ações, em virtude de sua maior amplitude, engloba o pedido da outra ação, ou das demais ações.[...]” Op. Cit. Pg. 139.

[19] ARMELIM, Donaldo. *Embargos de Terceiros*. – atualizações de João Paulo Hecker da Silva... [et al] – São Paulo , Ed Saraiva, 2017. Pg 154.

[20] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense 1959, t. II, pg 400

[21] “O critério definidor da competência, como se percebe, é *ratione personae*, isto é, leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas no processo. É irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionadas no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido postos na demanda. Ao lado desse requisito subjetivo (a qualidade da pessoa jurídica interessada) a Constituição agrega um requisito objetivo: a efetiva presença dessa pessoa na relação processual, que deverá, necessariamente, nela ser figurante na condição de autor, ou de réu, ou como assistente ou como oponente.” voto-vista do Conflito de Competência nº 35.972/SP.

[22] ARMELIM, Donaldo. *Embargos de Terceiros*. – atualizações de João Paulo Hecker da Silva... [et al] – São Paulo , Ed Saraiva, 2017. Pg 155

OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS E O DIREITO RESGUARDADO AO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO LEGAL

BIANCA LEAL DA SILVEIRA:

Bacharelada pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA.

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de elucidar o conceito de serviço público essencial, analisar o direito garantido ao consumidor na legislação vigente e informar quais são os princípios que fazem parte da relação de consumo existente entre o Estado ou empresas delegadas a prestar o serviço público essencial ao consumidor.

Palavras-chave: Serviços Públicos Essências. Princípios Norteadores. Código de Defesa do Consumidor. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: This article aims to elucidate the concept of essential public service, analyze the right guaranteed to the consumer in the current legislation and inform which are the principles that are part of the consumption relationship existing between the State or companies delegated to provide the essential public service to the consumer.

Keywords: Essential Public Service. Guiding Principles. Consumer Protection Code. Federal Constitution of 1988.

Sumário: 1. Introdução. 2. Serviço Público Essencial. 3. O Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos. 4. Princípio da Regularidade. 5. Princípio da Eficiência. 6. Princípio da Efetividade. 7. Princípio da Segurança. 8. Princípio da Transparência. 9. Princípio da Generalidade. 10. Princípio da Cortesia. 11. Considerações Finais. 12. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O vigente artigo tem por propósito expender os princípios basilares que norteiam os serviços públicos essenciais e sua relação com o consumidor, conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

Os serviços essenciais são aqueles prestados pelo Estado, de forma direta ou indireta, através de concessões e/ou permissões, com o intuito de satisfazer o coletivo.

Ademais, será esclarecida a repercussão jurídica acerca da possibilidade se interrupção de serviço público essencial e se tal interrupção não violaria o princípio da continuidade.

Bem como, será explanada, de forma sucinta, a distinção do princípio da eficiência, efetividade e eficácia.

Da mesma maneira, será elucidado a respeito dos princípios da regularidade, segurança, transparência, generalidade e cortesia, todos com o fim de que o consumidor receba o serviço público essencial com a qualidade que todo cidadão merece e com a transparência nas ações de seus prestadores.

2. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

O serviço público essencial é prestado pelo Estado e por empresas concessionárias ou permissionárias delegadas a prestar o serviço, conforme o artigo 21, incisos XI e XII e o artigo 175 da Constituição Federal de 1988.

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

(...)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

São serviços indispensáveis à população, sob fiscalização do Estado, cuja interrupção ameaça a segurança, a saúde e a integridade física do usuário por colocar o mesmo em perigo iminente.

Os serviços públicos denominados essenciais estão elencados nos incisos do artigo 10 da Lei Nº 7.783/89.

3. O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos essenciais devem ser prestados de forma contínua, ou seja, ininterrupta, já que eles atendem a necessidade essencial para a manutenção da vida da população.

Em consonância com tal princípio o Código de Defesa do Consumidor prevê que os órgãos públicos ou suas delegadas, que prestam serviços ditos como essenciais, são obrigados a prestar serviços contínuos.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Entretanto, em situações emergências ou quando houver aviso prévio pode haver interrupções, conforme preceitua o art. 6º, §3º, inciso II da Lei nº 8.987/95.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A Lei nº 14.015/2020 alterou a Lei nº 13.460/2017 e incluiu na respectiva lei que as concessionárias de serviços públicos essenciais devem comunicar o consumidor que o serviço será desligado, devendo conter na comunicação o dia a partir do qual será realizado o desligamento e o corte deve ocorrer durante o horário comercial.

Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes:

(...)

XVI – comunicação prévia ao consumidor de que o serviço será desligado em virtude de inadimplemento, bem como do dia a partir do qual será realizado o desligamento, necessariamente durante horário comercial.

Bem como incluiu no art. 5º Parágrafo único da Lei nº 14.015/2020, que se caso o consumidor não for devidamente comunicado do corte do serviço, o mesmo poderá ter o serviço religado sem que haja o pagamento da taxa de religação.

Parágrafo único. A taxa de religação de serviços não será devida se houver descumprimento da exigência de notificação prévia ao consumidor prevista no inciso XVI do caput deste artigo, o que ensejará a aplicação de multa à concessionária, conforme regulamentação

O art. 6º da Lei nº 14.015/2020 dispõe que é direito básico do consumidor a prévia comunicação da suspensão do serviço, não devendo o mesmo ocorrer as sextas, sábados, domingos, feriados e vésperas de feriados.

Art. 6º São direitos básicos do usuário:

(...)

VII – comunicação prévia da suspensão da prestação de serviço.

Parágrafo único. É vedada a suspensão da prestação de serviço em virtude de inadimplemento por parte do usuário que se inicie na sexta-feira, no sábado ou no domingo, bem como em feriado ou no dia anterior a feriado.

Além do mais, a Resolução 414/2010 estabelece que o consumidor deve ser notificado, de forma escrita, com antecedência mínima de 03 (três) dias por razões de segurança ou ordem técnica e 15 (quinze) dias em relação à suspensão, ora vejamos:

Art. 173. Para a notificação de suspensão do fornecimento à unidade consumidora, prevista na seção III deste Capítulo, a distribuidora deve observar as seguintes condições:

I – a notificação seja escrita, específica e com entrega comprovada ou, alternativamente, impressa em destaque na fatura, com antecedência mínima de

- a) 3 (três) dias, por razões de ordem técnica ou de segurança; ou
- b) 15 (quinze) dias, nos casos de inadimplemento.

Por outro lado, tem aqueles que defendam que os serviços públicos essenciais deveriam ser ininterruptos, pois violaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes, um dos doutrinadores que defende a continuidade do serviço público essencial, diz que:

“Infelizmente alguns juristas, de forma equivocada, têm-se manifestado no sentido contrário à norma (e mesmo contra sua clara letra expressa), admitindo que o prestador do serviço público corte o fornecimento do serviço essencial em caso de inadimplemento. (...) A Carta Constitucional proíbe terminantemente que isso ocorra: a) O meio ambiente no qual vive o cidadão — sua residência, seu local de trabalho, sua cidade etc. — deve ser equilibrado e sadio. É verdade que é difícil obter um adequado meio ambiente no que respeita ao ar atmosférico numa grande cidade. Mas não é, de forma alguma, numa casa. E esse direito já está garantido com plena eficácia. b) É desse meio ambiente que decorre, em larga medida, a saúde da pessoa e conseqüentemente sua vida sadia, tudo garantido constitucionalmente. c) Se para a manutenção desse meio ambiente e da saúde e vida sadia do indivíduo têm de ser fornecidos serviços públicos essenciais, eles só podem ser ininterruptos. d) O corte do serviço gera uma violação direta

ao direito do cidadão e indiretamente à própria sociedade.”
(NUNES, 2018, p. 108 e 111).

4. PRINCÍPIO DA REGULARIDADE

O princípio da regularidade complementa o princípio da continuidade, já que o serviço público essencial deve ser prestado de forma adequada e permanente.

Tal princípio versa que é dever do Estado prestar o serviço público regularmente, de maneira direta ou indireta, sendo que a ausência de sua prestação pode causar danos ao consumidor, e por consequência, o dever de indenizar.

5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O serviço público deve ser prestado efetivamente a atender as necessidades da população, sendo o mesmo prestado com o menor gasto possível. Logo, é preciso que o serviço público alcance os resultados esperados com o menor gasto possível, bem como, tal princípio “é que deve gerir a administração pública e a noção de que o administrador é também um gestor da coisa pública, sem que se confunda com o particular, o qual tem como meta final o lucro” (WURSTER, 2006).

Tal princípio está elucidado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, ora vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

6. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Primeiramente é necessário esclarecer que o princípio da efetividade não se confunde com o princípio da eficiência, tampouco com o da eficácia, já que o princípio da eficiência diz respeito à conduta atribuída ao agente da administração pública, para que o mesmo realize a sua atividade laboral da melhor forma possível e com o menor custo, isso nada mais é do que o dever da boa administração pública, e o princípio da eficácia diz respeito ao resultado, tanto econômico quanto social, obtido com as ações eficientes dos agentes, que utilizaram todos os recursos que estavam disponíveis para realizar o melhor trabalho possível. Por outro lado, o princípio da efetividade diz respeito ao impacto alcançado com a ação do agente público.

Ou seja, eficiência está ligada a otimizar recurso, eficácia está ligado a atingir resultado e efetividade está ligado a produzir um impacto de curto, médio ou longo prazo.

É importante ressaltar que é possível que uma ação administrativa seja produzida com eficiência, mas que não seja efetiva, bem como pode a ação não ser eficiente mas acabar sendo efetiva em razão da eficácia dos meios.

Ressalta-se também que a CF/88 prevê a avaliação de resultados quanto à eficácia no seu artigo 74, inciso II.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

7. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA

O princípio da segurança impõe que o serviço deve ser prestado dentro das normas de segurança e que não deve colocar o usuário ou terceiros em risco ou causar-lhes prejuízos.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece que é um dos direitos básicos do consumidor o direito a segurança, direito esse elencado no artigo 6º inciso I, ora vejamos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Além do mais, os artigos elencados no capítulo IV, seção I, do respectivo código, estabelece que os riscos devem ser claramente advertidos, inclusive, com orientações seguras de como minimizá-los.

Ou seja, os agentes da administração pública devem prestar um serviço público essencial de maneira a não ofender a integridade física e até mesmo a integridade moral do consumidor.

8. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da transparência é um subprincípio da publicidade, visto que ambos discorrem que os atos da administração pública devem ser cristalinos, para que os cidadãos tenham total conhecimento de suas ações.

A Lei nº 12.527/2011, conhecida como a lei do acesso a informação, regulamentou o inciso XXXIII do art. 5º e o inciso II do §3º do art. 37 da CF/88, que versa que:

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:

(...)

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

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

Aplica-se a lei nº 12.527/2011 a toda a administração pública direta e indireta, das esferas federais, distritais, estaduais e municipais e dos poderes executivos, legislativos e judiciários, bem como aos órgãos independentes.

Logo, a lei do acesso a informação veio para que o cidadão consiga a informação que deseja de maneira ágil e clara, com uma linguagem de fácil compreensão a todos.

9. PRINCÍPIO DA GENERALIDADE

O princípio supramencionado também é conhecido como princípio da impessoalidade ou princípio da universalidade, dispõe que o serviço deve ser acessível a maior quantidade de pessoas que necessitem do mesmo, sem que haja privilégios ou discriminações no serviço prestado.

No entanto, na Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece que tarifas diferenciadas são admitidas, ora vejamos:

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

10. PRINCÍPIO DA CORTESIA

O princípio da cortesia versa que os agentes da administração pública devem realizar um atendimento cordial e educado ao consumidor, ou seja, de qualidade.

É necessário que o funcionário público tenha empatia, para Carlos Navas Rondón (2017) o agente deve colocar-se no lugar do outro e imaginar como pensa e sente o administrado, para que seja realizado um tratamento justo.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro ponto abordado no presente trabalho diz respeito a definição de serviço público essencial, que é um serviço prestado pelo Estado ou por suas delegadas, através de remunerações denominadas de tarifas, havendo uma relação consumerista entre o consumidor final e prestador desses serviços.

Em virtude dessa relação existente é aplicado o Código de Defesa do Consumidor, que é considerado uma lei principiológica, isto é, é constituído de uma série de princípios que conferem direitos ao consumidor por ser a parte mais vulnerável da relação, vulnerabilidade essa que pode ser técnica, jurídica ou fática.

Além do mais, a Constituição Federal de 1988, que é a lei máxima, possui princípios basilares que conduzem a interpretação do CDC e de outras leis específicas.

Ante todo o exposto, é possível observar que os serviços públicos essenciais devem ser prestados com primazia e obedecendo princípios essenciais, sendo eles: o princípio da continuidade dos serviços públicos, princípio da regularidade, princípio da eficiência, princípio da efetividade, princípio da segurança, princípio da transparência, princípio da generalidade e princípio da cortesia, para um atendimento de qualidade e para a manutenção de uma vida digna de seus consumidores.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/>. Acessado dia 25 de setembro de 2020.

PLANALTO. **Lei Nº 7.778/89**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm/>. Acessado dia 27 de setembro de 2020.

PLANALTO. **Lei Nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm/>. Acessado dia 27 de setembro de 2020.

DIREITOCOM. **Código de Defesa do Consumidor Comentada**. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/codigo-de-defesa-do-consumidor-comentado/titulo-i-dos-direitos-do-consumidor/>>. Acessado dia 27 de setembro de 2020.

PLANALTO. **Lei Nº 14.015/2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14015.htm/>. Acessado dia 28 de setembro de 2020.

PLANALTO. **Lei Nº 13.460/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm/>. Acessado dia 28 de setembro de 2020.

ANEEL. **Resolução Normativa nº414, de 9 de setembro de 2010.** Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bren2010414.pdf/>>. Acessado dia 02 de outubro de 2020.

NUNES, L. A. R. **Curso de Direito do Consumidor.** Ed. 12, p. 108 e 111.

REVISTA DOCTRINA. **Os serviços públicos e Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Tani_Wurster.htm/>. Acessado em 11 de outubro de 2020.

PLANALTO. **Lei nº 12.527/2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm/>. Acessado dia 21 de outubro de 2020.

PLANALTO. **Lei nº 8.987/95.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm/>. Acessado dia 21 de outubro de 2020.

Navas Rondón, C. (2017). **La responsabilidad ética de los funcionarios y servidores del Estado.** Lima, Perú: Universidad Nacional Federico Villarreal.

OS EFEITOS PRAGMÁTICOS DA LEI 10.826 ALTERADA PELO DECRETO 9847/19

MIRIA DA SILVA BRAGA: Bacharelanda em Direito em Manaus.

Projeto de pesquisa apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso I, no Centro Universitário Luterano de Manaus. Orientador: Professor. Me. RUBENS ALVES DA SILVA.

RESUMO: Este trabalho tem o intuito de analisar e evidenciar as consequências jurídicas ocasionadas pelo efeito atual do decreto 9847/19 do então presidente da república Jair Messias Bolsonaro. Para sanar dúvidas e buscar esclarecer quais efeitos jurídicos podem passar a existir ou sucumbir, será elaborada uma pesquisa bibliográfica através de julgados, de jurisprudências, letra da lei e artigos pois tal tema ainda é recente e necessita de um debruçar cauteloso e atento para evidenciar as mudanças deste novo cenário. A pesquisa será desenvolvida no primeiro semestre de 2020, como supracitado a pesquisa é bibliográfica, logo será desenvolvida a priori no campus universitário da Ulbra, situado na cidade de Manaus e a posteriori em minha residência haja vista o quadro atual da saúde mundial que nos limita ao isolamento social, gerando uma metodologia diferenciado do vivenciado cotidianamente. Será abordado os efeitos da lei 10.826, após a alteração do decreto 9847/19, falar-se-á também sobre a *novatio legis in melius*, sobre os crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo.

Palavras chave: decreto 9847/19; efeitos jurídicos; *novatio legis in melius*; porte de arma de fogo; posse de arma de fogo.

INTRODUÇÃO

O decreto 9847/19, trouxe alterações significativas na lei 10.826, conhecida como estatuto do desarmamento, fazendo mudanças em alguns artigos e por consequência em seus efeitos jurídicos, tais alterações podem acarretar a retroatividade e a ultratividade da lei mais benéfica, podendo ser aplicada nos crimes praticados na sua vigência ou também pode retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência. Por tanto é importante compreender quais os efeitos pragmáticos da lei 10.826 alterada pelo decreto 9847/19.

O Brasil em meados de 1980 a 2003 teve um alto índice nos registros de homicídios sendo um percentual alarmante, essas mortes estavam relacionadas com

armas de fogo. Ao analisar os dados e, com o intuito de minimizar tal percentual, durante um determinado período foi discutido como ocorreria a minimização dos homicídios e o controle maior do Estado. Entrando assim em pauta o assunto desarmamento, pois se os homicídios com arma de fogo haviam crescido, o mais viável seria controlar o instrumento gerador do problema. Foi então que surgiu o projeto de lei número 1555, proposto pelo Senado Federal, através de Gerson Camata - PMDB/ES e apresentado em 24/07/2003. essa proposta atualmente encontra-se aprovada, onde constituiu-se a lei ordinária 10.826/2003, conhecida como o estatuto do desarmamento.

Vale salientar que em 2005 houve um referendo, onde a população votaria sim ou não para o Art. 35 da lei 10.826/2003, haja vista, seus parágrafos diziam “§1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005” e “§2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral”. Pois tal lei já estava elaborada desde 2003.

Ocorre que a população votou pelo não, onde seu percentual atingiu cerca de 63% contra o **art. 35** - É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei. Todavia, como a lei já estava pronta desde 2003, sendo assim apenas foi excluído tal art. mantendo o restante da lei inalterada.

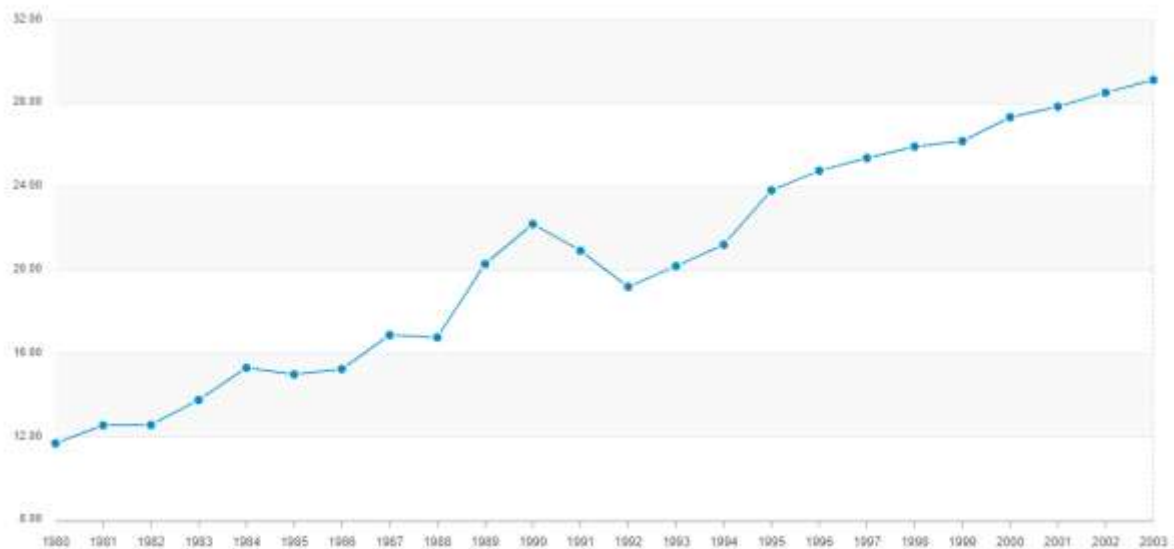
Atualmente, o então presidente da república Jair Messias Bolsonaro, realizou alterações no estatuto do desarmamento, através de decretos, porém como é sabido, um decreto não pode legislar sobre matéria de lei ordinária sem passar sobre as formalidades do Congresso Nacional, uma vez que, o decreto presidencial não é lei, logo, a competência é Legislativa, sendo tais decretos declarados inconstitucionais por serem contrários a lei. Atualmente o decreto que vigorou foi o de número 9847/19, que não confrontou a lei, mas sim complementou. Todavia esta complementação trouxe algumas alterações no ordenamento jurídico, no que diz respeito seus efeitos frente ao processo penal. Neste artigo analisar-se-á os efeitos que este decreto traz frente ao que consiste em *novatio legis in melius* que concerne aos crimes de posse e porte de arma de fogo.

REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 O estatuto do desarmamento e seus ideais de mudança.

Segundo a Constituição Federal do Brasil (CRFB) em seu artigo 5º o direito a vida é inviolável, sendo este um direito fundamental, com isso, é garantido também

a segurança, haja vista, fazendo-se necessária para garantir a ordem social. No entanto, em um dado momento o Brasil, se viu diante de um quadro deplorável, pois os índices de homicídios por arma de fogo alavancaram, causando insegurança e até pavor na população, tal fato ocorria em meados de 1980 a 2003, quando segundo dados do instituto de pesquisas econômicas aplicadas, apresentavam o alto índice de homicídio chegando a cerca de 46 casos por 100 mil habitantes. Abaixo segue gráfico de crescimento.



Fonte: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/20>

Desta feita entrou em pauta a necessidade do Estado reger o controle das armas de fogo, com isso a lei 10.826/03 ganhou mais força, assim, em 2005 foi realizado um referendo sobre o art. 35 da referida lei, todavia a população votou contra o texto que pretendia proibir a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, com exceção das entidades previstas no art. 6º da referida lei. Contudo, o projeto já estava pronto, não ocorrendo novas alterações, com exceção da exclusão do artigo supramencionado.

Com a entrada em vigor do Estatuto do desarmamento, consequentemente enrijeceram-se as leis, com isso, a posse e porte de arma e de munições, pois, acreditava-se em uma mudança expressiva e uma elevada diminuição dos homicídios praticados com arma de fogo, de fato a mitigação do problema durou pouco tempo. Conforme as leis e as penalidades estavam mais severas e restritas, tanto a aquisição quanto poder ter a posse de arma no Brasil. Com a lei 10.826/03, via de regra, a população civil eram proibidas ter e portar arma de fogo, salvo se houvesse comprovação de que vivesse em condições de risco e sem condições de acionar a polícia, sendo assim, o agente poderia aderir legalmente à posse, mas não o porte

devido imposição de lei, pois, ao adquirir arma de fogo, essa teria que ficar em casa ou no local do trabalho, não podendo portar para outros locais fora do previsto legalmente por exigência de norma estatal.

1.2 O mercado negro das armas x estatuto do desarmamento.

O que não é permitido na comercialização do chamado mercado branco é geralmente encontrado no mercado negro. Com as armas não é diferente, após o estatuto do desarmamento as armas dispararam seus valores no mercado negro e como já citado a compra para civis era proibida, com poucas exceções para tanto. Desta maneira, buscou-se nova forma de acessar as armas quando se pretendia cometer algum delito, gerando assim vantajosos lucros para o tráfico de armas, seja através da venda ilegal, seja através da locação de arma. Como já era de se prevê, os crimes cometidos com arma de fogo logo voltaram a aumentar, uma vez que, apenas o cidadão de bem haviam sido desarmados, e a estrutura de segurança até hoje não conseguiu e nem consegue controlar o mercado ilegal. De acordo com Carpez. (2019, p.582)

A alegação de que o agente portava arma devido ao medo de ser vítima de crimes, uma vez que é obrigado a transitar por locais perigosos, não justifica a falta do porte, nem exclui a ilicitude da conduta. Se assim não fosse, o tipo penal quase nunca teria aplicação, ficando ao talante do subjetivismo das alegações do agente.

Vale frisar que quando um criminoso pretende cometer delitos ele não se importa com penas leves previstas entre 3 a 6 anos de reclusão por portar arma de fogo ilegalmente, uma vez que, o delito que pretende cometer geralmente tem um peso mais gravoso que o porte de arma, logo, leva ao entendimento de que o estatuto inclinou-se de alguma forma desarmar o homem de bem, visto que tal agente não pretende usar da máquina para cometer delitos, mas sim para se defender ou defender sua propriedade, se assim o for necessário.

1.3 Alteração na lei 10.826/03 pelo decreto 9847/19.

Com a entrada em vigor de um novo decreto que alterou alguns artigos do Estatuto do desarmamento, tornou-se possível adquirir armas que anteriormente tinham senso restrito, a qual classificava sua posse ou porte como crime, vejamos o Art. 16. "Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena –

reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.” Ocorre que com as alterações, vários modelos que anteriormente eram de uso restrito tiveram mudanças de categorias, passando assim a ser de uso permitido. Quando há mudança na legislação surgem novos efeitos, o que gerou consequências jurídicas penais de grandes proporções, tanto nas ações penais que estão em curso, quanto nos casos em que já houve condenação voltadas para o trânsito em julgado, ou seja, na fase de execução criminal.

Para tanto, tais efeitos atingiram as condutas delitivas praticadas com armas de fogo que haviam sido classificadas como proibidas passando a tornar-se permitidas como exemplo a .40 e .45, amoldando-se agora ao art. 12 que versa da posse ou ao art. 14 da lei 10.826, que trata do porte ilegal, para o caso das armas agora permitidas afasta-se ainda a majorante do art. 19.

1.4 Hipótese de *novatios legis in mellius*.

Com o advento do decreto 9847/19, alterando alguns artigos do estatuto do desarmamento, ocorreram efeitos jurídicos, ocasionando a conhecida *novatios legis in mellius*, onde a lei retroage para beneficiar o agente conforme disposto na carta magna em seu art.5º XL da CRFB/88.

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:

XL - A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Tal artigo encontra-se pautado também no Código Penal (CP) onde em seu art. 2º diz que:

Art. 2º CP - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

A alteração ocasionada pelo decreto 9847/19 acarretara a retroatividade e a ultratividade da lei mais benéfica, sendo aplicada aos crimes praticados na sua

vigência e também retroagirá para alcançar fatos anteriores a sua vigência. Importa ressaltar que tais alterações por serem mais benéficas já estão produzindo efeitos, fundamentando revisões criminais, com o objetivo de desqualificar as condutas antes vistas como posse ou porte de arma de fogo de uso restrito, tornando-as agora como uso permitido. Vejamos em julgado abaixo:

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de Execução Penal n. 0011798-49.2019.8.24.0033

Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO APENADO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 16, "CAPUT", DA LEI N. 10.826/2003. EDIÇÃO DO DECRETO N. 9.847/2019. RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INDEFERIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DO ALUDIDO DECRETO RECONHECIDA PELO JUÍZO. VÍCIO NÃO DETECTADO. APLICAÇÃO DO NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. PISTOLA E MUNIÇÃO CALIBRE 9MM. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ULTRATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA APLICADA. DECISÃO REFORMADA.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, "em razão da alteração legislativa (Decreto 9.847/19, atualizado pela Portaria 1.222/19), que modificou o parâmetro da munição calibre 9mm de uso restrito para permitido, é de rigor a aplicação da novatio legis in mellius, devendo-se reclassificar a conduta pela qual o apenado foi condenado para o crime descrito no art. 12 da Lei 10.826/03" (Agravo de Execução Penal n. 0011241-62.2019.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 19-11-2019).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. APENAMENTO. NADA A MODIFICAR QUANTO AO ESTABELECIDO NA DECISÃO SINGULAR. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS

CAUSADOS À COLETIVIDADE. INVIABILIDADE, EIS AUSENTE VÍTIMA ESPECÍFICA. DECRETO Nº 9.847/2019. CALIBRE 9MM QUE PASSOU A SER DE USO PERMITIDO. AFASTADA DA TIPIFICAÇÃO DO CONDENAR A REFERÊNCIA AO CAPUT DO ARTIGO 16 DA LEI DE ARMAS. POR SE TRATAR DE ARMA COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, A CONDUTA PERPETRADA RESTA TIPIFICADA APENAS NO INCISO IV, DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ARTIGO 16, DA LEI DE ARMAS. INVIÁVEL, POIS, DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. APELOS DEFENSIVO E MINISTERIAL IMPROVIDOS. (TJ-RS; Apelação Criminal, Nº 70080843964, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em: 17-10-2019)

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU DENUNCIADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ARTIGO 16, DA LEI Nº 10.826/03 DA LEI 10.826/03. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.1. Trata-se de Ação Penal proposta pelo Ministério Público em face de (...) TOMELIM, pela prática do delito descrito no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03.2. O Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Angra dos Reis julgou procedente a pretensão punitiva estatal e CONDENOU o Réu pela prática do delito descrito no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03, em 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, em regime semiaberto para início do cumprimento da pena (indexador 000165).3. Irresignada, a defesa recorre e, em suas razões, busca a declaração incidental de inconstitucionalidade do crime descrito no artigo 16 da Lei de Armas e, conseqüentemente, sua absolvição. Subsidiariamente, a absolvição por fragilidade probatória, aplicando-se o princípio do in dubio pro reo. Não sendo este o entendimento, pela desclassificação do delito para a do artigo 14 da referida Lei e o abrandamento do regime prisional. Por fim, requereu o direito de apelar em liberdade e prequestionou (indexador 000211). 4. a Materialidade Delitiva restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (indexador 000010); Registro de Ocorrência (indexador 000016); Auto de Apreensão (indexador 000018) e Laudo de Exame em Arma de Fogo e Munição (indexador 000137). Os policiais militares (...) e VITOR (...), que realizaram a prisão do Acusado, apresentaram, em sede policial e em Juízo, a mesma versão dos fatos. A Denúncia, por sua vez,

narra os fatos tal como relatados pelos policiais (indexadores 000012/13 e mídia eletrônica). Releva consignar que a jurisprudência majoritária é no sentido de que os policiais, em seus relatos, em tese, merecem a mesma credibilidade dada aos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. A propósito, confirmam-se os termos da Súmula nº 70 deste Tribunal. No caso vertente o depoimento do policial, prestado sob o crivo do contraditório, apresenta-se coerente, o que se dá desde a fase inquisitorial, frisando-se não haver notícia nos autos de que tivesse qualquer motivo para prejudicar o réu com a acusação e que, para tanto, ainda tenham se defeito de valiosa pistola e munições. E, após minuciosa análise destes autos, tem-se que autoria e materialidade do crime restaram cabalmente demonstradas. Assim, conforme consoante dos autos, dúvidas não há sobre a apreensão realizada pelas testemunhas, quando em patrulhamento de rotina no local dos fatos, de uma pistola, marca Taurus, cal. 9 mm, numeração THN98408, com um carregador municiado com dezessete munições intactas que se encontravam em poder do Acusado. O Réu, por sua vez, não apresentou sua versão dos fatos, mantendo-se em silêncio tanto em sede policial como em Juízo (indexador 000010 e 127), e a Defesa, em contrapartida, não produziu qualquer prova hábil que confronte o que consta dos autos. Portanto, não há que se falar em absolvição pela ausência de provas acerca da autoria do delito.⁵ Relativamente aos argumentos de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato e de ausência de potencialidade lesiva da conduta, razão não assiste à defesa. Não há falar em inconstitucionalidade e/ou atipicidade da conduta por ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado, independentemente de a arma estar ou não municuada, não se exigindo aqui a efetiva lesão ou ameaça à lesão, por se tratar de crime de perigo abstrato, estando pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da possibilidade de tipificação de condutas independentemente da produção de um resultado lesivo, dando ensejo aos denominados tipos penais de perigo, seja abstrato, seja concreto (HC 81.057/SP). Destaco que o delito em análise efetivamente se trata de crime de perigo abstrato, cuja norma objetiva prevenir a ocorrência de outros ilícitos. O tipo penal em tela não exige que o agente pretenda

praticar algum crime com a arma, bastando que incorra numa das condutas tipificadas no dispositivo denunciado. Por isso, tal crime é considerado como de mera conduta, ou seja, não necessita de nenhum resultado fático para sua consumação. Aliás, o escopo do legislador, ao tipificar as condutas relativas às armas de fogo, foi o de garantir proteção contra ofensa à incolumidade pública, a qual, nos termos da lei, é presumida. Nesses crimes, o legislador tipifica um agir que, por si só, representa alta potencialidade danosa à sociedade, e o reprovava, não exigindo qualquer resultado para sua configuração. Outrossim, de acordo com a Súmula Vinculante nº 10 do STF, não seria possível a esta Câmara Criminal declarar a inconstitucionalidade do referido artigo, por descaber a um órgão fracionário dos Tribunais afastar a incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo: "Súmula Vinculante nº 10, STF: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte". Além disso, vale lembrar que o STF, ao julgar a ADIN nº 3.112-1, relativa à Lei de Armas, declarou como inconstitucionais, tão-somente, os parágrafos únicos dos seus artigos 14 e 15, bem como seu artigo 21. Não há, assim, qualquer inconstitucionalidade a ser declarada.⁶ No que tange ao pleito de desclassificação para o delito do art. 14 da mesma Lei, razão assiste à Defesa, porém por argumentos diversos daquele que sustenta. A Lei nº 10.826/2003 traz dispositivos que fazem menção a armas e munições de uso permitido e de uso restrito. Trata-se de norma penal em branco, ou seja, de norma que possui sanções previstas, mas cuja incriminação depende da existência de outra norma que a complementa. Na vigência do Decreto nº 3665 de 20 de novembro de 2000, considerava-se arma de uso restrito aquelas que produzem energia cinética superior a 300 libras-pés ou 407 Joules, isto segundo dicção do art. 16, IV, do referido ato presidencial. Com a edição do Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019, houve alteração nos critérios técnicos de classificação de armas de uso permitido e de uso restrito, ficando estabelecido que, a partir de sua edição, as armas de uso restrito passaram a ser assim definidas como aquelas que produzem energia cinética

superior 1200 libras-pés ou 1620 Joules, segundo se infere do art. 2^a, II, "b", do aludido ato presencial. Confirmam-se os termos do artigo 2^o e incisos do aludido Decreto. Por sua vez, a Portaria nº 1.222, de 12 de agosto de 2019, do Comando do Exército, publicada no Diário Oficial da União do dia 15/08/2019, ao estabelecer os parâmetros de aferição e a listagem dos calibres nominais com suas respectivas energias incluiu o calibre do armamento e das munições citados na denúncia no seu Anexo A, classificando-o como de uso permitido (art. 3^o). Assim, conclui-se que o armamento e munições em questão eram, até então, considerados de uso restrito/privativo, e passaram a ser de uso permitido. De acordo com a doutrina mais abalizada e o Supremo Tribunal Federal, o complemento da norma penal em branco, quando mais benéfico ao Réu, deve retroagir. Sendo assim, a conduta imputada ao Acusado deve ser desclassificada para o tipo penal previsto no artigo 14 da Lei 10.826/2003. Confirmam-se os termos da ementa do didático acórdão destacada no corpo do Voto, de relatoria do Excelentíssimo Desembargador integrante desta Câmara Criminal, doutor Gilmar Augusto Teixeira, 0037027-49.2013.8.19.0004 – APELAÇÃO Julgamento: 28/08/2019 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL .7. Desta forma, impõe-se a desclassificação para crime descrito no artigo 14 da Lei 10.826/03 e, por consequência, o ajuste das penas. O magistrado, na 1^a fase, por inexistir quaisquer circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, fixou a reprimenda no mínimo. Desta forma, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Na 2^a fase reconheceu a atenuante da menoridade. Entretanto, já estando a sanção fixada no mínimo legal, não há reflexos sobre a pena, em conformidade com orientação sumulada sob o número 231 pelo STJ, mantendo-se a reprimenda em 02 (dois) anos e apagamento de 10 (dez) dias-multa, a qual se torna definitiva na ausência de outras causas modificadoras. No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou a suspensão condicional da execução da pena, previstos nos artigos 44 e 77 do Código Penal, entendeu o Magistrado não ser possível, ao argumento de que o Recorrente não atende aos requisitos objetivos e subjetivos desses benefícios legais, considerando a condenação anterior apontada na FAC e no esclarecimento do index 164. Embora tal

condenação não tenha transitado em julgado, refere-se a prisão em flagrante ocorrida apenas oito meses antes da prisão pelos fatos aqui tratados. Assim, penso que, de fato, as peculiaridades não recomendam qualquer dos benefícios. No entanto, considerando o quantum de pena aplicado, estabeleço o Regime Aberto. E, considerando o quantum de pena aplicado, considerando que o Réu foi preso em flagrante em 23/7/2017 e o tempo decorrido até a presente data, impõe-se expedir o competente Alvará de Soltura, cabendo a verificação de cumprimento integral da pena ao Juízo da Execução, eis que o Réu se encontra cumprindo provisoriamente a pena aplicada em sentença.⁸ Por fim, no que tange às alegações de prequestionamento para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial arguido, as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses itemizadas no inciso III, letras "a", "b", "c" e "d" do art. 102 e inciso III, letras "a", "b" e "c" do art. 105 da C.R.F.B. e por consequência nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral.⁹ **DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO**, para desclassificar a conduta imputada ao Réu para a prevista no artigo 14 da Lei 10.826/03 e, conseqüentemente, reduzir sua pena para 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, bem como para estabelecer o Regime Aberto, devendo-se expedir o competente **ALVARÁ DE SOLTURA**, ante o tempo decorrido desde a prisão em flagrante, mantendo-se, no mais, a Sentença vergastada. **Conclusões: DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO. UNÂNIME.** (TJ-RJ, APELAÇÃO 0006641-97.2017.8.19.0003, Relator(a): DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO DAUDT D'OLIVEIRA, Publicado em: 21/01/2020)

Observa-se que, além de desclassificar a conduta, pode ocorrer a alteração de regime, é crucial salientarmos que o decreto 9847/19, não veio com o intuito de beneficiar criminosos que atuam nas mais variadas áreas do crime, mas sim flexibilizar o estatuto para o cidadão que busca o direito a defesa, minimizar as burocracias impostas aos cidadãos que preenchem os requisitos para a posse e, também para dobrar o prazo de validade do registro de posse de arma, pois para o indivíduo que

não se enquadra nos moldes da lei, geralmente adquire armas de fogo pelo mercado negro.

A pena por porte ou posse ilegal de arma em muitos casos é menor que seus delitos cometidos com tal instrumento, o que não os causam temor, uma vez que, a pretensão maior é em inúmeras vezes cometer crimes onde à pena pela posse ou porte de arma de fogo não se equipara com a dos delitos pretendidos, assim, como a lei é para todos, sendo que, os maus intencionados também se beneficiaram, pois à lei retroagi para beneficiar o réu.

METODOLOGIA

Quanto a natureza, esta pesquisa tem o objetivo de analisar, identificar e compreender os efeitos pragmáticos da lei 10.826/2003 e a alteração do decreto 9847/19, pode-se afirmar que é uma pesquisa de uso qualitativo.

Portanto, por ser uma pesquisa qualitativa o método utilizado é a dialética, uma vez que, a mesma procura sempre conhecer e interpretar a realidade de seu objeto de pesquisa. "A dialética fornece as bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade, já que estabelece que os fatos sociais não podem ser entendidos quando analisados isoladamente, abstraídos de suas influencias práticas, econômicas e culturais". (GIL, 1999)

REFERÊNCIAS

BLUME, Bruno André. O estatuto do desarmamento deve ser revisto?. Politize, 2016. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/o-estatuto-do-desarmamento-deve-ser-revisto/>>. Acesso em: 26/03/2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 13/04/2020.

DECRETO Nº 9.847, DE 25 DE JUNHO DE 2019. PLANALTO.2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm>. Acesso em 13/04/2020

ESTRADA. Sylvio Henrique Lorena Duque. O porte e a posse ilegais de arma de fogo à luz do Decreto Presidencial n.º 9847/19. Conteudo Juridico.2020. Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54175/o-porte-e-a-posse-ilegais-de-arma-de-fogo-luz-do-decreto-presidencial-n-9-847-2019>>. Acesso em 18/05/2020.

FERNANDES. Marcio Jorio. As mudanças na legislação penal. Jusbrasil. 2019. Disponível em <<https://marciojorio.jusbrasil.com.br/artigos/716220354/as-mudancas-na-legislacao-penal>>. Acesso em 27/04/2020.

GIL. Antonio Carlos. Metodos e técnicas de pesquisa social. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003. Planalto.2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em 05/04/2020.

PORTE DE ARMA NO BRASIL: COMO FUNCIONA?. Politize.2019. Disponível em <<https://www.politize.com.br/porte-de-arma-no-brasil/#toggle-id-1>>. Acesso em 05/04/2020.

PROJETO DE LEI 1555/2003. Câmara dos deputados.2003. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=125878>>. Acesso em 05/04/2020.

RIO DE JANEIRO. D'OLIVEIRA. Revisão criminal 0057877-29.2019.8.19.0000. Relator: Adriana Lopes Moutinho Dautt D'Oliveira. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em <<https://modeloinicial.com.br/lei/DEC-9847-2019/decreto-9847/art-16>> Acesso em: 28/05/2020

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Criminal, Nº 70080843964. Relator: Newton Brasil de Leão. Porto Alegre. 2019. Disponível em <[SANTA CATARINA. Agravo de Apelação Penal, n.º 0011241-62.2019.8.24.0033. Relator: Sergio Rizelo. Itajaí.2019. Disponível em <\[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SC/attachments/TJ-SC_EP_00117984920198240033_12378.pdf?Signature=61GfOLSz9v5t4gj48%2FWmVsZjmhk%3D&Expires=1590977911&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c3cade2082ca01df661f52cc423f6a66\]\(https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SC/attachments/TJ-SC_EP_00117984920198240033_12378.pdf?Signature=61GfOLSz9v5t4gj48%2FWmVsZjmhk%3D&Expires=1590977911&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c3cade2082ca01df661f52cc423f6a66\)> Acesso em: 30/05/2020.](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_reduzido=N%C2%BA70080843964&nr_themis=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=> Aceso em: 30/05/2020.</p></div><div data-bbox=)

TAXA HOMICÍDIOS. Atlas da violência. 2018. Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/20>>. Acesso em 18/05/2020

O IMPACTO DO CONTRATO DE TRABALHO TERCEIRIZADO NO SETOR PÚBLICO

GRAZIELE VALENTE DA SILVA

RUBENS ALVES DA SILVA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo os impactos que a contratação de empresas para trabalhos terceirizados tem causado em órgãos governamentais. A metodologia aplicada é do tipo bibliográfica, utilizando-se como fontes artigos, periódicos, doutrinas e lei sobre o tema. A terceirização surgiu com a ideia de proporcionar um desenvolvimento operacional nas empresas, com o objetivo de reduzir os custos, aumentando a qualidade da atividade desempenhada. Na Administração Pública, a terceirização não pode ser usada com o intuito de burlar concurso público para contratação direta de pessoal para cargo/emprego público de carreira, pois, configurará nulidade contratual. As leis n. 13.429/17 e 13.467/17 trouxeram significativas inovações quanto a terceirização.

Palavras-chave: Contrato; Trabalho; Terceirizado; Público.

ABSTRACT: This article aims at the impacts that the hiring of companies for outsourced work has caused in government agencies. The applied methodology is of bibliographic type, using as sources articles, periodicals, doctrines and law on the theme. Outsourcing came up with the idea of providing operational development in companies, with the aim of reducing costs, increasing the quality of the activity performed. In Public Administration, outsourcing cannot be used in order to circumvent a public tender for direct hiring of personnel for public positions / career jobs, as this will constitute contractual nullity. Laws n. 13.429/17 and 13.467/17 brought significant innovations regarding outsourcing.

Keywords: Contract; Job; Outsourced; Public.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL. 2. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3. VANTAGENS E RISCOS DA TERCEIRIZAÇÃO. 4. UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA LEI N. 13.429/2017. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Reforma Trabalhista, o tema sobre a terceirização ganhou novos questionamentos, pois trouxe alterações em vários dispositivos da legislação trabalhista ou, como se refere a lei, a “prestação de serviços a terceiros”.

Antes da Reforma, a Súmula n. 331 do TST, limitava-se em prevê terceirização apenas relacionada com às atividades-meio, agora, com a inserção do art. 4º-A à Lei do Trabalho Temporário, a terceirização passou a abranger as atividades fim das empresas.

Tanto as empresas privadas quanto a Administração Pública poderão utilizar-se da terceirização como forma de contratação. No entanto, o setor público deve observar a legislação para que não seja responsabilizado de forma subsidiária.

Para ter acesso ao serviço público, deve ser por meio de concurso público, tanto para a Administração Pública Direta como para a Indireta, inclusive em todas as esferas políticas (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal). Caso, ocorra o ingresso de trabalhadores sem uma aprovação em concurso público, resultará em nulidade do ato e punição da autoridade responsável.

Dessa forma, a pesquisa torna-se relevante por trazer a discussão sobre a terceirização no setor público, sua abrangência e normas atuais sobre o tema.

1. TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

O processo de terceirização é um processo entre duas empresas, em que uma deixa de executar certas tarefas diretamente por seus trabalhadores contratados e as transfere para outra empresa.

De acordo com Justen Filho (2014, p. 852), "terceirização consiste em um contrato de prestação de serviços por meio do qual um sujeito transfere a outrem o dever de executar uma atividade determinada, necessária à satisfação de um dever".

A expressão terceirização trata-se de um neologismo oriundo da palavra terceiro e que foi construída pela área de administração de empresas, em que tinha como finalidade descentralizar determinadas atividades que antes eram realizadas pela empresa, passando para outra empresa (que se chama terceiro) (DELGADO, 2016, p. 487).

No Brasil, esse processo de terceirização restou de forma mais evidente na década de 1940, em razão da Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto, os apontamentos de Girardi (2006, p. 16) se fundamentam, que fora justamente quando os Estados Unidos se aliaram aos países europeus para combater as forças nazistas e, posteriormente, o Japão, que se origina o instituto da terceirização. Durante a Segunda Guerra Mundial, as indústrias bélicas americanas com a finalidade de melhorar sua capacidade produtiva, transferiram as atividades para terceiros, sendo uma prática que se concretizando ao longo dos anos.

De acordo com Robert Castel (*apud*, Carelli, 2014, p. 58):

Que na Europa, entre os séculos XVI e XVII, praticava-se o “putting-out system”, sistema de subcontratação onde o comerciante fornecia a lã, o tecido de lã ou o metal, e às vezes até as ferramentas, a trabalhadores habitantes no meio rural, retornando estes o material acabado ou semi-acabado. E que a subcontratação teve como móvel contornar as regras da organização tradicional das profissões (Corporações de Ofício), já que os subcontratados (ou terceirizado da época) eram camponeses, fora do âmbito da estruturação urbana dos ofícios.

Segundo Pereira (1998, p. 107), esse sistema de subcontratação tende a ser uma tenência de todas as empresas mundiais nos diversos ramos de produção industrial. Durante esse processo, a empresa tem implantado um tipo de produção descentralizada, “caracterizado pela fabricação de mercadorias não padronizadas, pela manutenção de baixos estoques de matérias-primas e pela substituição de máquinas e equipamentos de maior porte por outros de porte menor”.

O processo de terceirização pode ser chamado por alguns autores como subcontratação, focalização, descentralização, parceria, horizontalização, externalização de atividades, *outsourcing* (que significa contratação de uma empresa para a realização de tarefas antes eram realizadas internamente), entre outras.

Quanto as relações jurídicas na terceirização as relações jurídicas, há as figuras do trabalhador, da empresa terceirizante e da empresa tomadora de serviços. Neste processo, a empresa terceirizante contrata o trabalhador, aquele quem irá realizar os serviços, com um contrato de trabalho com base na CLT, e a empresa tomadora de serviços receberá a prestação de serviços do trabalhador, porém sem desempenhar a posição de empregadora.

Portanto, a terceirização surgiu com a ideia de proporcionar um desenvolvimento operacional nas empresas, com o objetivo de reduzir os custos, aumentando a qualidade da atividade desempenhada.

Nesse processo, transfere-se a atividade meio da empresa para outra, que realizará o trabalho transferido como sua atividade principal, sendo realizada tanto pelo setor privado como pela Administração Pública.

Martins (2010, p.11) considera que “a terceirização trata-se de uma forma de contratação que, por meio de serviços atinentes à atividade-meio, visa agregar a

atividade-fim de uma empresa”, considerada assim, como uma forma de administrar as empresas.

Por conseguinte, ressalta-se que durante muito tempo a terceirização não tinha sido regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, e essa ausência de previsão ocasionou muitas dúvidas sobre o assunto, até que o Supremo Tribunal do Trabalho editou a Súmula 331, vejamos:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Portanto, na história da terceirização no Brasil, tal previsão foi caracterizada como um marco, que antes da sanção da lei 13.429/17, era a principal previsão sobre a terceirização, que tinha como objetivo proteger o trabalhador na efetividade de garantias por seus direitos.

2. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em 1967, o Decreto Lei 2007, instituiu uma ampla reforma administrativa, a qual estabeleceu, no âmbito da esfera governamental, uma descentralização das atividades, de forma que se transferisse para empresas privadas tarefas executivas, para que assim dessa forma, o Estado se concentrasse as atividades na área de planejamento, coordenação, supervisão e controle (DIEESE, 2007, p. 26).

Portanto, o referido dispositivo foi o primeiro diploma normativo a tratar sobre a questão no que se refere ao âmbito da Administração Pública no Brasil, regulando a matéria no seu art. 10, §1º, alínea c, c/c § 7º, conforme abaixo:

Art. 10 A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º. A descentralização será posta em prática em três planos principais: c) dá Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Posteriormente, outras previsões surgiram, como: Lei Federal n. 5.645 de 1970, que exemplificou as atividades passíveis de terceirização pela Administração Federal, sendo atualizado esta lista no §1º do art. 1º do Decreto n. 2.271/97. Por conseguinte, a Lei n. 8.666, de 1993 (Lei de Licitações), que "regulamenta o art. 37,

inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”. Além do estabelecimento da Súmula 331 do TST, conforme já mencionado.

A Súmula 331 do TST, esclareceu questões sobre licitações lícitas e as ilícitas. As lícitas referem-se aquelas que desempenham um serviço é especializado, ligado a atividade-meio do tomador, em que não se pode relacionar com personalidade e a subordinação direta. Por outro lado, a terceirização ilícita trata-se daquela em que se oculta a relação empregatícia entre as partes.

O quarto item da Súmula 331 TST prevê a consequência para a terceirização praticada de forma lícita. Trata-se da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo pagamento dos trabalhadores não pagos pela empresa terceirizante (CASSAR, 2014).

Conforme já mencionado, a terceirização pode ocorrer no âmbito privado e público, porém, de formas diferentes. No que se refere à Administração Pública, far-se-á necessário que de forma precedente seja realizada uma licitação, estabelecendo condições para que a empresa vencedora do certame cumpra todas os requisitos que estejam no edital. Por outro lado, no setor privado, a empresa será escolhida por seu melhor e/ou menor custo/benefício (OLIVEIRA, 2013, p. 02).

O processo licitatório é relevante para que contrate aquela empresa que reúna as melhores condições necessárias para executar as funções estabelecidas no contrato.

A utilização da terceirização no setor público torna-se relevante por ser uma forma de se utilizar uma determinada “mão-de-obra especializada para realizar determinados serviços, os quais não estão relacionados às suas atividades principais” (DUTKEVICZ, 2004, p. 04).

Segundo Miranda (2015), “há previsões do uso da terceirização no âmbito da Administração Pública em artigos esparsos na legislação brasileira e em súmulas, porém, com cada um comportando entendimentos em todos os seus sentidos e formas”.

Destaca-se que a atual Constituição, referente ao que dispõe em seu artigo 37, Inciso XXI, permite a contratação de serviços de terceiros por parte da administração pública, no entanto, com a ressalva de que lei específica prevendo a licitação. Ainda, no seu artigo 175 resta autorizado que o Estado preste serviços, de forma direta ou por meio de terceiros, mediante concessão ou permissão, sempre com a observância de processo licitatório (BRASIL, 1988).

Caso haja caracterizado a ocorrência de uma ilicitude nos serviços terceirizados, será apurado sobre a responsabilidade dos contratos, que pode ser de forma solidária ou subsidiária. A responsabilidade solidária trata-se daquela que não pode ser presumida, diferente da reponsabilidade subsidiária em que uma pessoa tem a dívida originária e outra se responsabiliza em pagar a dívida, caso a outra parte não cumpra.

Por consequência, um trabalhador terceirizado de forma ilícita, pode sofrer a subtração dos seus direitos, se comparado se fosse contratado diretamente, contribuindo também para uma fragmentação da classe trabalhadora, além da falta de atenção quanto ao meio ambiente do trabalho, com maior probabilidade de desatenção quanto a proteção de riscos.

3. VANTAGENS E RISCOS DA TERCEIRIZAÇÃO

Ao longo de toda a história, estruturação do direito do trabalho, temos o trabalho como um direito fundamental, relacionado diretamente com a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento saudável do indivíduo.

De acordo com Giorgi e Loguercio (*apud*, Cut, 2014, p.40), “para a classe trabalhadora, a terceirização implica reestruturar todo o sistema de relações do trabalho (direitos e garantias individuais e coletivos), de modo a viabilizar um equilíbrio mínimo entre capital e trabalho e, portanto, justiça social”.

As empresas optam por realizar a terceirização tendo como o foco principal, o econômico, pois, quando contrata-se uma empresa para realizar determinada atividade, contrata-se pelo motivo de sua especialização, e assim, o valor de sua mão de obra é mais barata ou mesmo mais qualificada para o desempenho daquelas atribuições que se projeta.

Dessa forma, a terceirização possui algumas vantagens, que de acordo com Queiroz (*apud* Borges *et al*, 1999, p. 115) menciona:

- a) Desburocratização; Alívio para a estrutura organizacional;
- b) Maior eficácia organizacional;
- c) Mais qualidade para serviço delegado e produto final da organização;
- d) Mais flexibilidade para a organização enfrentar adversidades ambientais;
- e) Mais agilidade decisória e administrativa;
- f) Simplificação na produção;

- g) Economia (redução) de recursos humanos, matérias, instrumental, equipamentos financeiros e;
- h) Incremento da produção baseado no momento que a organização pode se dedicar às suas atividades principais.

Sob o aspecto econômico, a empresa diminui os encargos trabalhistas e previdenciários, gera novos empregos e a empresa que se utiliza por contratar uma outra empresa especializada, poderá investir seus recursos na área que é especializada de fato. Outro risco sobre a redução de custos, pois caso não seja alcançado esse objetivo, a onerosidade será mais alta, pois se for configurado o vínculo de emprego entre o trabalhador e a terceirizante, serão devidas as verbas trabalhistas, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e contribuições previdenciárias (MARTINS, 2003, p. 47).

A forma encontrada até hoje para suprir as necessidades de serviços, pela contratação de mão-de-obra terceirizada constitui uma ameaça à boa gestão pública, tanto pela ausência de garantias de qualidade dos serviços quanto pela baixa eficiência dos métodos de contratação dos empregados. Um dos grandes problemas sobre o assunto no setor público brasileiro, é a contratação de “cabeças” e homens-hora, modalidades que não proporcionam ao administrador público a melhor gestão dos serviços executados, desvirtuando completamente a finalidade da terceirização (SILVA, *et.al.*, 2012, p. 10).

Na Administração Pública, a terceirização não pode ser usada com o intuito de burlar concurso público para contratação direta de pessoal para cargo/emprego público de carreira, pois, configurará nulidade contratual, ensejando uma responsabilização do gestor público. “Tampouco pode-se utilizar o critério de custo com despesa de pessoal entre um funcionário terceirizado amparado pela CLT e um servidor público estatutário para justificar uma contratação de serviço terceirizado, temporário ou continuado, para exercer atividades consideradas principais do órgão público” (SCHERCH, 2016).

Um dos riscos que a contratação de terceirizados pode apresentar é na falta de valorização deste profissional, pois, ao realizar um comparativo com os trabalhadores contratados na relação contratual clássica, apura-se que este recebe uma remuneração média de R\$ 2361,15, ao passo que aquele possui remuneração média de R\$ 1776,78. Além disso, enquanto o terceirizado possui jornada semanal de 43 horas semanais em média, o trabalhador tipicamente contratado perfaz a jornada semanal de 40 horas. Quanto ao tempo de contrato de trabalho, o trabalhador contratado permanece 5,8 anos em média no mesmo emprego, enquanto que o trabalhador terceirizado mantém o emprego por 2,7 anos, ou seja, menos da metade do tempo (CUT. 2014, p. 14).

Sobre o recebimento do salário é outra questão que gera uma nocividade ao trabalhador terceirizado, pois, o atraso de seus pagamentos são frequentes, ocasionado pela contratação de empresas sem capacidade financeira, quando o Estado atrasa o pagamento das empresas contratadas, estas, por consequência, atrasam o pagamento de seus trabalhadores.

Contudo, a terceirização trata-se de um processo que deve ser utilizado pelas empresas e pela Administração Pública observando os ditames das leis, para que as vantagens estejam mais presentes do que as desvantagens e riscos em sua utilização.

4. UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA LEI N. 13.429/2017 E DA LEI N. 13.467/2017

A lei n. 13.429 de 31 de março de 2017, alterou dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispunha sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

A referida Lei, ao tratar da terceirização geral, estabeleceu que: "Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

De acordo com o doutrinador Cassar (2014) destaca que "o legislador não autorizou a terceirização geral para as atividades-fim da empresa, mas tão somente para as atividades-meio desta, pois, quando quis ser expresso na autorização de terceirização de atividade-fim, o fez, como foi o caso do trabalho temporário".

O art. 5º - A da mesma lei determina que:

"Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.”

Percebe-se que diversas inovações o legislador trouxe em relação a proteção do trabalhador quanto ao desvio de função, autorização para que o trabalho seja realizado em localização diversa do local da empresa, responsabilidade subsidiária da empresa tomadora e meio para diminuir discriminação e preconceito em relação aos trabalhadores terceirizados.

Quanto a esta última inovação, destaca-se o artigo 4º-C da Lei 6.019/1974, com alterações realizadas pela Lei n. 13.467/2017, o qual dispõe que se os serviços forem executados no estabelecimento da tomadora devem ser garantidas aos empregados terceirizados condições equivalentes quanto à alimentação; serviços de transporte; atendimento médico; treinamento; e, proteção à saúde, segurança e instalações adequadas à prestação do serviço (BRASIL, 1974).

Enquanto que até a entrada em vigor da Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, era autorizado terceirizar apenas as atividades-meio (por exemplo serviços de segurança e de limpeza), e nunca as atividades-fim (aquela relacionadas diretamente ao produto final da empresa), conforme estabelecia o inciso III da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, já mencionado anteriormente.

A Reforma Trabalhista possibilitou a terceirização tanto de atividades meio quanto de atividades fim da empresa, mesmo que consideradas essenciais.

Nesse sentido, o Recurso Especial nº 958.252, decidido no Supremo Tribunal Federal, e de forma semelhante na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324, firmada a seguinte tese:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Destaca-se o art. 4º A da Lei n. 6.019/1974, o qual prevê que: “Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (BRASIL, 1974).

Portanto, verifica-se que a capacidade econômica da empresa prestadora de serviços deve ser compatível com a execução do trabalho, pois, na ausência deste requisito a empresa contratante poderá ser responsabilizada, por ter o reconhecimento de vínculo trabalhista.

Ressalta-se que a capacidade econômica, não se confunde com o capital social da empresa. Apenas o patrimônio empresarial, e não a contribuição dos sócios, deve ser compatível com os compromissos da execução de cada contrato. Com isso, a transferência de atividade para empresa inidônea, sem capacidade econômica para executá-la, faz-se presumir a mera intermediação de mão de obra (SOUZA, *et al.*, 2017, p. 27).

A reforma trabalhista, estabeleceu dois requisitos para terceirização lícita, os quais são: ausência de pessoalidade e subordinação entre terceirizado e empresa contratante (tomadora); e capacidade econômica da empresa prestadora de serviços a terceiros (CORREA, 2018).

Desse modo, se a empresa prestadora de serviços não pagar aos trabalhadores, restará à tomadora os pagamentos dos encargos trabalhistas, que segundo com a nova legislação, assim dispõe:

Art. 5º-A, § 5º, lei 6.019/74. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da lei 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela lei 13.429, de 2017).

Sobre a responsabilidade subsidiária, a Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET), apresenta algumas orientações, o qual cita-se a n. 21 que apresenta que, na hipótese de inadimplemento de direitos trabalhistas pela empresa prestadora, em terceirização considerada lícita, a empresa contratante é responsável subsidiariamente, independentemente da aferição de sua conduta culposa. A subsidiariedade da responsabilidade está atrelada à legalidade da terceirização, ou seja, caso ela seja reputada ilícita, à empresa contratante é

atribuída a responsabilidade principal por todas as obrigações trabalhistas, por constituir ela a verdadeira empregadora (SOUZA, *et al.*, 2017, p. 33 e 34).

Contudo, a Lei n. 13.429/2017 ampliou as possibilidades de terceirização de serviços, porém, não tornou claro sobre a terceirização de atividades fim quanto à Administração Pública. E caso, essa situação ocorra, o procedimento será considerado será ilícito que apesar de não gerar vínculo empregatício, o trabalhador terá direito ao pagamento de todos os direitos que teria recebido caso fosse contratado diretamente, inteligência da Orientação Normativa (OJ) nº 383 da SDI-I do TST, o qual dispõe:

OJ-SDI1-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, A, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Dessa maneira, com a ampliação da terceirização para as atividades fim, deve-se analisar a legislação vigente e todos as suas inovações quanto a utilização da terceirização principalmente pela Administração Pública, para que não seja desviado a finalidade de sua contratação e conseqüentemente ocasionar uma responsabilização do Estado por contratações ilícitas.

CONCLUSÃO

Dentro da Administração Pública há a presença de dois tipos de trabalhadores, aqueles que são regidos pelo estatuto de Regime Jurídico, e que possuem estabilidade no serviço público e os regidos pela CLT, que nessa situação, não possuem estabilidade no serviço como, por exemplo, são os casos dos terceirizados.

A terceirização antes consistia em uma forma de contratação, em que uma determinada empresa contratava outra empresa para realizar as funções referentes à atividade-meio. Atualmente, a Reforma Trabalhista possibilitou a terceirização tanto

de atividades meio quanto de atividades fim da empresa, mesmo que consideradas essenciais.

O processo de terceirização pode ser chamado por alguns autores como subcontratação, focalização, descentralização, parceria, horizontalização, externalização de atividades, dentre outros, o qual surgiu com a ideia de proporcionar um desenvolvimento operacional nas empresas, com o objetivo de reduzir os custos, aumentando a qualidade da atividade desempenhada.

A Administração Pública pode utilizar-se da terceirização, porém, deve ser utilizada observando a legislação, para que não ocorra uma contratação ilícita e que seja atribuída a mesma uma responsabilidade subsidiária, pois, se a empresa prestadora de serviços não pagar aos trabalhadores, restará à tomadora os pagamentos dos encargos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Súmula 331 – TST**. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 31 out. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. 1988.

BRASIL. Orientação Normativa (OJ) nº 383 da SDI-I do TST. Disponível em < [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ SDI 1/n s1 381.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ%20SDI%20I/n%20s1%20381.html)>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.429, de 31 de Março de 2017. 2017. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm)>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de Julho de 2017. 2017. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 3 de Janeiro de 1974. 1974. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. Recurso Especial n. 958.252. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/processos/103472066/processo-n-958252-do-stf>>. Acesso em 02 nov. 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização como Intermediação de Mão de Obra. 2014. Disponível em < <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizacao-como-intermediacao-de-mao-de-obra.pdf>>. Acesso em 30 Out. 2020.

CASSAR, V. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed.. São Paulo: Mérito/Forense, 2014.

CORREA, Henrique. **Terceirização na atividade-fim: julgamento do STF de 30/8/18**. 2018. Disponível em < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/286807/terceirizacao-na-atividade-fim--julgamento-do-stf-de-30-8-18>>. Acesso em 02 nov. 2020.

CUT, **Terceirização e Desenvolvimento - Uma conta que não se fecha**, São Paulo, 2014. Disponível em < <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2696/1/TCC-%20TERCEIRIZA%20ADMINISTRA%C3%87O%20P%C3%9ABLICA.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIEESE – **O Processo de Terceirização e seus Efeitos sobre os Trabalhadores no Brasil**, dezembro de 2007 – Convênio SE/TEM nº. 04/2003, Processo nº 46010.001819/2003-27;. Disponível em < <https://www.dieese.org.br/relatoriotecnico/2007/terceirizacao.pdf>>. Acesso em 30 Out. 2020.

DUTKEVICZ, I. C.. **Contratação de serviços terceirizados na administração pública**. Local: Santa Catarina: UFSC, 2004.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Belo Horizonte: Atlas, 2014.

GIRARDI, Dante. **A Terceirização como estratégia Competitiva nas Organizações: Estudos**, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. – São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, João de Oliveira. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública no Brasil e as consequências ao trabalhador**: Artigo Publicado em 08/2015: Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/41816/a-terceirizacao-de-servicos-no-ambito-da-administracao-publica-no-brasil-e-as-consequencias-ao-trabalhador>>. Acesso em 30 out. 2020.

OLIVEIRA, J. C. **Curso de Aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública**, 2013. Disponível em < http://www.acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65958/1/a2_m04_s16_l19.pdf>. Acesso em 30 Out. 2020.

PEREIRA, J.M. **Desemprego e flexibilização do emprego**. In: Indicadores FEE, v.26, nº3, 1998.

SCHERCH, Vinicius Alves. **A terceirização no serviço público: aspectos gerais, limites e vedações**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016.

SILVA, Ricardo Margonari da; PREVITALI, Fabiane Santana. **A Terceirização no Setor Público Brasileiro: Um estudo acerca da terceirização na Universidade Federal de Uberlândia e seus impactos na qualidade do ensino**. 2012. Disponível em < http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/jornada/jornada11/artigos/3/artigo_simposi>. Acesso em 30 Out. 2020.

SOUZA, Geraldo Emediato et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação**. Brasília: Gráfica Movimento, 2017.

OS BENEFÍCIOS DA SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DO AMAZONAS

GABRIEL DO NASCIMENTO BATISTA:

Bacharelado de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: Este artigo apresenta uma discussão teórica que advém de constatações realizadas em uma pesquisa no âmbito jurídico defendida na área de Processo Penal, que teve como objetivo identificar os benefícios da existência de uma semana focada em conciliações em processos dos juzizados especiais criminais do estado do Amazonas, além de demonstrar a diminuição da sobrecarga desses processos criminais com a conciliação. A pesquisa realizada teve caráter exploratório e descritivo, tendo como base os dados coletados do Tribunal de Justiça do Amazonas referentes à Semana de Conciliação de 2019. É relevante que o Judiciário denote grande importância para essa fase do feito, a conciliação. O impacto que um período focalizado nesses acordos tem não incide somente nas vidas das partes, mas no sistema judicial como um todo. A semana de conciliação se faz necessária devido ao grande número de processos acumulados, tendo essa semana como um incentivo para um fim consensual entre as partes em um juzizado especial criminal. Uma hipótese que confirmaria esta questão é a verificação de que um número expressivo de tratos conciliatórios ocorre nessa semana específica, mediante informações explanadas às partes dos feitos judiciais, em comparação com uma semana comum.

PALAVRAS-CHAVE: Semana de conciliação. Juzizado especial criminal. Tribunal de Justiça do Amazonas.

ABSTRACT: This article presents a theoretical discussion that comes from findings carried out in a research in the legal field defended in the area of Criminal Procedure, which objective is identify the benefits of the existence of a week focused on reconciliations in cases of special criminal courts in the state of Amazonas and also demonstrate the decrease in the burden of these criminal proceedings with conciliation. The research had an exploratory and descriptive character based on the data collected from the Amazonas Court of Justice concerning the 2019 Conciliation Week. It is relevant that the Judiciary denotes great importance for this phase of the process, the conciliation. The impact that a period focused on these agreements has is not only on the lives of the parties but on the judicial system as a whole. The conciliation week is necessary because of the large number of accumulated cases, having this week as an incentive for a consensual end between the parties in a special criminal court. A hypothesis that would confirm this statement is that a significant number of conciliatory deals occur in this specific week, through information explained to the parties of the judicial proceeding, compared to a typical week.

KEYWORDS: Conciliation week. Special criminal court. Amazonas Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Penal e o Poder Punitivo do Estado. 3. Juizado Especial Criminal e a Conciliação. 4. O desempenho dos Juizados Especiais Criminais do Amazonas na Semana de Conciliação de 2019. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Um acordo de conciliação é um compromisso que as supostas vítimas e os supostos autores realizam, no qual assinam um empenho mútuo de não incorrerem nos atos infracionais descritos nos autos processuais. Homologado o trato, o processo é finalizado.

Em ordem a compreender a ferramenta jurídica conciliação e o seu papel em um processo criminal, é necessário obter uma noção maior sobre direito penal, a capacidade do Estado de punir, os princípios que precisam ser respeitados nessas punições e como isso torna o sistema social mais democrático juridicamente.

As punições do Estado para delitos individuais ou coletivos possuem um caráter disciplinar também, de forma que o indivíduo que sofra tais sanções possa aprender a não cometer delitos e venha a se tornar, através dessas punições, mais esclarecido do que quando praticou os atos infracionais.

Por isso, o Estado tem o dever de não somente aplicar uma pena a quem infringir a lei, mas resolver conflitos de forma benéfica para quem erra e quem sofre com o erro. Advêm desse conceito diversos institutos jurídicos, sendo essencial para este artigo um deles, a conciliação.

A Semana Nacional de Conciliação é um esforço do judiciário brasileiro para alcançar um número maior de casos judiciais resolvidos por conciliações, sendo tal objetivo também almejado pela Justiça do Amazonas, a qual participa dessa semana específica. Um setor jurídico agraciado por essa semana com foco especial e que tem como propósito obter ao máximo esse recomendado desfecho positivo para todas as partes de algum processo é um Juizado Especial Criminal.

Verifica-se comum que muitos processos tenham início toda semana em um Juizado Especial Criminal, tendo como o fim de alguns destes a prática de conciliação. Através de um plano em todo território nacional, uma época para focar nesses acordos, pode ser possível lograr êxito em aumentar o percentual de conciliações, resolver conflitos e garantir os direitos das partes.

2 DIREITO PENAL E O PODER PUNITIVO DO ESTADO

O direito penal é a parte do ornamento jurídico responsável por determinar crimes e suas equivalentes penas, regulando o poder punitivo do Estado sobre os indivíduos que cometem delitos. É um conceito de muita importância para a sociedade, pois serve para proteção de bens jurídicos fundamentais.

Bens jurídicos como a vida, no caso de crime de homicídio; o patrimônio, no caso de roubo ou furto; a honra, no caso de injúria ou calúnia ou difamação. Essa preocupação em resguardar tais direitos é o que norteia essa matéria jurídica.

Como ponto de equilíbrio e justiça, há princípios que este direito deve respeitar também ao exercer o poder punitivo do Estado. O princípio da dignidade humana ao lidar com pessoas suspeitas de crimes; o princípio da proporcionalidade, não punindo de forma excessiva e desequilibrada; o princípio da ampla e contraditória defesa, o indivíduo deve ser capaz de exercer sua defesa de forma plena; entre outros.

Pode-se destacar ainda mais o princípio da dignidade humana como um valor crucial para a relação Estado-sociedade, ou seja, "a Constituição, antes de qualquer medida protetiva, deve preocupar-se com os seres humanos. A dignidade da pessoa humana tem de ser o núcleo axiológico da tutela constitucional." (CAMBI, 2016, p. 38).

Portanto, o direito penal, atento à manutenção da ordem pública via controle social, é o instrumento do poder repressor do Estado, visando à tutela de bens jurídicos, a segurança de seus cidadãos e a preservação do próprio Estado. (DISPOSTI, 2011).

Após cometer algum delito, o indivíduo pode ser denunciado judicialmente e ser levado a juízo, respondendo um processo criminal. No atual processo penal brasileiro, caso o crime seja de menor potencial ofensivo, não tendo uma vara específica, o cidadão responderá em um juizado especial criminal.

3 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E A CONCILIAÇÃO

O Juizado Especial Criminal possui a competência dos processos de infrações criminais de menor potencial ofensivo, sendo elas as contravenções penais e os crimes que a legislação admita pena máxima não superior a dois anos, podendo ser aplicada também multa.

Ao abordar o tema de infrações de menor potencial ofensivo, entende-se que são praticadas por autores não tão perigosos para a sociedade, bem como são

crimes que não causam um dano grande como outros, por isso, havendo essa possibilidade de composição civil.

A Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, regulamentando como esses órgãos devem funcionar. Um fator importante é a tentativa de haver um fim pacífico para os litígios, o que fica claro quando a lei afirma “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. (BRASIL, 1995).

Podemos definir a conciliação, assim como a transação penal, como substitutivos penais, com o seguinte conceito:

Constituem estratégias de política criminal formuladas com o objetivo de evitar ou reduzir os efeitos negativos do processo de criminalização ou de execução penal, mediante substituição de mecanismos formais por mecanismos informais de controle social de fatos puníveis de leve ou média gravidade, realizados por autores considerados não perigosos, sob o fundamento de que a intervenção judicial produz maior dano do que utilidade (SANTOS, 2010, p. 563).

O artigo 72 da Lei nº 9.099/95 afirma que:

Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (BRASIL, 1995).

A conciliação tem esse papel de orientação e de pacificação, de dialogar com as partes sobre os fatos que ocorreram e de como elas podem resolver suas situações. “É possível que as partes em conflito se encontrem sob forte emoção e por isto encontrem dificuldade para encarar o mesmo fato sob a ótica da parte contrária.” (VANCIM e GONÇALVES, 2014, p. 320).

Ao verificar uma oportunidade de finalizar o feito de uma forma mais informal, havendo possibilidade da suposta vítima obter uma reparação e uma garantia de forma mais rápida, as partes tendem a se sentir mais leves e menos nervosas para discutir sobre os fatos em uma audiência preliminar.

É notório que um processo judicial é muito desgastante para as partes, não somente os criminais, mas todos os tipos de feito. Por isso, essa oportunidade de acordo tem o propósito de amenizar os efeitos negativos de seguir com esses litígios. Existe claramente uma estimulação de um consenso entre os conflitantes.

Tendo isso em vista, pode-se afirmar que é um avanço no direito penal brasileiro essa possibilidade de acordos, reparação de vítimas e aplicação de penas não privativas de liberdade nesses crimes de danos menores. Apoia uma despenalização que, em muitos casos, se faz necessária.

O artigo 74 da Lei nº 9.099/95 dispõe que a composição civil dos danos será escrita, devendo ser homologada pelo Juiz competente, através de sentença irrecorrível, e caso haja necessidade, ser cobrada na área civil correspondente ao que foi tratado. Importante ressaltar essa definição de que não é na área penal que um possível acordo quebrado com composição de dano civil será cobrado, mas na justiça cível.

Sendo assim, o acordo selado pelas partes e homologado pelo juízo torna finalizado o tema do processo, não podendo haver recursos para tratar dos fatos do feito. A vítima renuncia ao seu direito de representar ou prestar queixa-crime ao Ministério Público, fazendo assim com que este apresente Denúncia.

A audiência focada na conciliação das partes é chamada de audiência preliminar, ou seja, anterior ao processo propriamente instaurado. Por isso, define-se a conciliação como algo extraprocessual, algo anterior ao processo. No entanto, ao mesmo tempo é algo endoprocessual, pois ocorre sob a vista do Estado, homologado pela Justiça.

4 O DESEMPENHO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DO AMAZONAS NA SEMANA DE CONCILIAÇÃO DE 2019

A Semana Nacional de Conciliação é uma campanha que integra o Movimento Nacional de Conciliação, feita anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2006, que estimula esse acordo consensual. Seu objetivo é conciliar o maior número possível de processos em trâmite.

Os princípios que norteiam esse movimento são os da informalidade, simplicidade, celeridade, oralidade, economia processual e flexibilidade processual. As lides resolvidas na conciliação não necessitam obrigatoriamente de advogados, o juízo apenas homologa os acordos, priorizando a importância das partes na resolução dos conflitos.

Essa semana específica envolve os Tribunais de Justiça, Tribunais do Trabalho e Tribunais Federais. No âmbito federal, há os não criminais: processos que a União, suas autarquias ou empresas públicas fazem parte do processo; os criminais: crimes políticos, crimes contra interesses da União. Na área do Trabalho, causas trabalhistas. Na Justiça Estadual, as demais ações, menos as da Justiça Eleitoral e Justiça Militar.

A forma de participar da Semana de Conciliação, no caso do indivíduo ter interesse, é procurar com antecedência o tribunal do caso e manifestar o desejo. Os tribunais selecionam os processos com possibilidade de acordo e intimam as partes do processo. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Diferente do funcionamento de audiências preliminares, a Semana de Conciliação tem seu foco em processos que já estão tramitando na justiça, sendo conciliações processuais, de forma que a quantidade de feitos seja desinflada. Nada impede que exista também a extraprocessual, em que as partes pretendem entrar em consenso com o auxílio de conciliadores antes que o processo seja instaurado.

É importante ressaltar que a Semana de Conciliação não tem apenas o intuito de conciliar, mas também de orientar a população em seu entendimento sobre questões judiciais, mostrar que a conciliação é uma forma de evitar futuras sentenças, as quais poderiam ter sido resolvidas previamente, bem como uma melhor composição civil de danos, ao invés de ter somente um processo sentenciado.

Na edição do ano de 2019, o Conselho Nacional de Justiça adotou o seguinte tema da Semana de Conciliação: Conciliação – Todo Dia, Perto de Você. A escolha desse tema se deu para mostrar que a conciliação não está apenas disponível nessa semana específica de campanha, mas todos os dias na Justiça.

O Tribunal de Justiça do Amazonas participa desse esforço anual de incentivar a conciliação. Mais de 1,4 mil pessoas foram envolvidas no ano de 2019 para realizar o projeto no Estado, entre eles estão servidores do judiciário, advogados, acadêmicos de Direito, defensores públicos e promotores.

No ano de 2019, a Semana Nacional de Conciliação aconteceu do dia 4 ao dia 8 de novembro. Verificando o balanço apresentado pelo Tribunal de Justiça do Amazonas ao Conselho Nacional de Justiça, a campanha no Amazonas realizou mais de 10,9 mil audiências e firmou 2,4 mil acordos, entre processos cíveis e criminais. A Justiça do Estado atendeu mais de 27 mil pessoas. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS, 2019).

Reforçando o propósito da Semana de Conciliação de informar a população, no ano de 2019 o Tribunal de Justiça do Amazonas, em parceria com a Rede Diário de Comunicação, realizou o programa de rádio: ConciliAR. Todos os dias da semana específica de conciliação, pelo período de 30 minutos, magistrados esclareciam questões, dúvidas, e informavam sobre os objetivos e benefícios da Semana de Conciliação para as partes de um processo.

Durante o programa de rádio, restou indicado como o público em geral do Amazonas ainda carece de informações sobre o que é uma conciliação em um processo criminal, como uma composição civil é benéfica para a suposta vítima de um fato, e como a ausência de sentença punitiva e medidas educativas são positivas para supostos autores de delitos menores.

Em relação à edição do ano de 2018 dessa semana no Amazonas, houve um aumento de dois pontos percentuais nos índices de conciliação. Em 2019 foi possível verificar a diferença dos números de conciliação da semana específica para uma semana comum. Os números no mês de outubro de 2019 mostravam 93,02% de efetividade, em novembro, após a Semana de Conciliação, os números saltaram para 97,32%. O número de processos, que era de 2.087, foi pra 834. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS, 2019).

Grande parte desses processos conciliados no Amazonas se deu em Juizados Especiais Criminais, tendo resultados positivos para as partes, supostas vítimas com composições civis, supostos autores beneficiados com a despenalização e o desinchaço de feitos criminais em Juizados Especiais do Estado.

Um dado coletado da 15ª Vara do Juizado Especial Criminal do Amazonas, situada no Fórum Desembargador Mario Verçosa, rua Alexandre Amorim, 285, Aparecida - Manaus/AM, apontou que o aproveitamento nesta vara foi de 158,68% na meta 3 (estimular a conciliação) em novembro de 2019, mês do período da Semana de Conciliação, sendo ainda maior do que os números gerais mostrados anteriormente. Tal dado foi retirado do sistema Intranet do TJAM, fornecido diretamente de forma presencial pela vara.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não foi uma regra inicial ser possível firmar tratos conciliatórios em um processo penal no Brasil.

Dada a indisponibilidade dos interesses penais, a transação, forma de autocomposição, não era admitida em nosso sistema jurídico. A situação alterou-se no que concerne às infrações de

menor potencial ofensivo, esfera em que, agora, admite-se esta forma alternativa de pacificação social (Capez, 2011, p. 49).

A possibilidade de conciliação inovou o ordenamento jurídico brasileiro, alterando uma mentalidade de obrigatoriedade de ação penal, colocando a despenalização como alternativa. Tal fato traz vantagens ao judiciário, às supostas vítimas e aos supostos autores de um processo.

O judiciário criminal possui um elevado número de processos, grande parte de delitos de menor potencial ofensivo. Diminuir a quantidade de feitos processuais é primordial, sendo neste ponto que o judiciário se beneficia do instrumento jurídico da conciliação. Ao realizar o acordo, as partes finalizam o litígio e o sistema judicial adquire tempo e recursos para os demais processos.

A vítima é beneficiada com a conciliação, tendo seu processo maior celeridade para adquirir um fim. Além disto, verifica-se que a sua voz é mais ativa de forma prática, sendo a suposta vítima ouvida e podendo expor de forma clara o que lhe afligiu. A economia de recursos é um benefício claro para tal parte, pois na etapa de conciliação não precisa necessariamente eleger um patrono ou sofrer mais gastos para atender às demandas de um processo.

Aos supostos autores, a conciliação possibilita uma despenalização, podendo através da composição civil, reparar eventuais desentendimentos ou erros menores. Como já exposto, infratores de menor potencial ofensivo não são indivíduos de demasiado perigo para a sociedade, não são pessoas que ao permanecerem longe de cárcere público, apresentam risco social alarmante. Sendo assim, não há necessidade de punir tais indivíduos com extremo rigor, podendo a despenalização ser uma eficaz lição.

Todos os benefícios da conciliação descritos neste artigo são estendidos como benefícios de um período focado nesses acordos, sendo ainda potencializados por tal período. Uma semana em que é explanado às partes como funciona um trato conciliatório, quais seus pontos favoráveis, o que ocorre se os acordos não são respeitados, traz clareza jurídica à sociedade.

Vê-se, assim, que a Semana Nacional de Conciliação possui aspectos positivos no cenário jurídico criminal do Amazonas, que é justamente o incentivo a um acordo consensual benéfico em processos. Não somente isso, as informações disseminadas nesse período são essenciais para a mudança de ótica da população em relação às conciliações, aliviando mais o judiciário amazonense.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 22/08/2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; SILVA, Roberto da. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Semana Nacional de Conciliação**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/>>. Acesso em: 20/08/2020.

DIPOSTI, Vilson Aparecido. **Criminologia: transtornos neuropsíquicos e imputabilidade penal**. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 19, jun./dez 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1719/1333>>. Acesso em: 28/08/2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 4 ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS. **TJAM conclui XIV Semana Nacional de Conciliação com mais de 2,4 mil acordos**. Disponível em: <<https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/2133-tjam-conclui-xiv-semana-nacional-de-conciliacao-com-mais-de-2-4-mil-acordos>>. Acesso em 30/08/2020.

VANCIM, Adriano Roberto e GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. **Leis dos juizados especiais anotada e interpretada – cível, criminal e fazenda pública**. Leme-SP: Mundo Jurídico, 2014.

ESTABILIDADE, TUTELA PROVISÓRIA E O SIGNIFICADO DO TERMO “RESPECTIVO RECURSO” PRESENTE NO ART. 304 DO CPC/2015

SERGUE ALBERTO MARQUES BARROS:

Mestrando em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Editor Assistente da Revista Pensamento Jurídico (Estrato B1, Qualis Capes). Bolsista CAPES. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera/Uniderp-LFG. Professor de Processo Civil da FACSUL. Professor da Pós-Graduação em Processo Civil da UNIDERP

TIAGO NATARI VIEIRA^[1]

(coautor)

RESUMO: O presente texto tem por objetivo analisar, por meio de pesquisa bibliográfica, as técnicas de tutelas provisórias, de acordo com a Lei 13.105/2015 e, destacar a possibilidade de estabilização em uma das suas formas, qual seja, a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente e seguindo o estudo para a amplitude do significado do termo “respectivo recurso” constante no caput do art. 304, do Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Provisória; Urgência; Evidência; Estabilização; Coisa Julgada.

ABSTRACT: The present text aims to analyze, through bibliographic research, the techniques of provisional guardianships, according to Law 13.105 / 2015 and, to highlight the possibility of stabilization in one of its forms, that is, the provisional guardianship of anticipated urgency required in an antecedent character and following the study for the amplitude of the meaning of the term "respective resource" in the caput of art. 304 of the Code of Civil Procedure of 2015.

KEUWORDS: Provisional Protection; Urgency; Evidence; Stabilization; Thing Judge

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS. 3. TRATAMENTO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC/15. 3.1. Da Tutela Provisória de Urgência Cautelar Requerida em Caráter Antecedente. 3.2. Da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente. 3.2.1 A Estabilização da Tutela Provisória de Urgência. 3.2.2 Estabilização da Tutela de

Urgência e a Decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1760966/SP).
3.3 Tutela Provisória de Evidência. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O processo civil, atualmente, passa por inúmeras mudanças se levado em consideração os aspectos e fundamentos clássicos. Essas alterações surgem, porquanto o sistema tradicional do processo ficou insuficiente ou, notadamente, moroso, para solucionar determinadas situações de conflitos de interesses pelo Estado-juiz.

Os casos mais latentes são aqueles relacionados ao acesso à justiça e à lentidão dos processos, bem como a distribuição dos ônus da justiça.

Dentre os diversos instrumentos que surgem nesse sentido, destaca-se a tutela dos interesses difusos e coletivos, os juizados especiais cíveis, o incentivo aos métodos de solução consensual dos conflitos (mediação, conciliação e arbitragem) e a tutela de provisória, esta, que, por sinal, ganhou um livro próprio no novo Código, Livro V, Título II.

A tutela provisória surge como um instituto que visa oferecer aos jurisdicionados a solução, de uma forma célere as suas pretensões resistidas frente ao custoso desencadear de um processo.

Sendo as tutelas provisórias medidas não definitivas, fundamentam-se na cognição sumária e podem ser fundadas na urgência, dividida em cautelar e satisfativa ou provisória de evidência (CÂMARA, 2017, p. 143).

A tutela sumária é aquela que é prestada mediante um procedimento em que apenas uma pessoa tem a oportunidade de se manifestar ou quando ainda será possível que o conjunto probatório até então existente é passível de complementação. Assim, essa tutela sumária se caracteriza pela incompleta formação da causa (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2015. p. 48).

Apesar das tutelas provisórias serem concedidas mediante cognição sumária, elas exigem certo juízo de probabilidade e bem como um risco de dano, seja ao resultado útil do processo ou ao direito material invocado.

Aliado a possibilidade de a prestação jurisdicional ser entregue em um menor lapso temporal do que aquele exigido para uma sentença final, aspecto presente nas tutelas de urgências, o novo código de processo civil na sua sistemática atual reforçou essa técnica de cognição sumária com a possibilidade de prática de atos

executivos, tudo como primado para tornar o processo civil mais efetivo, acessível e célere.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

O rumo do processo civil atual dirige-se para que a justiça se torne universal, fazendo com que o seu acesso seja facilitado, a divisão dos ônus processuais da demora do processo, além da tutela de interesses que estão pulverizados entre as pessoas da sociedade e que não eram protegidos (direitos difusos e coletivos).

Acrescenta-se a isso a tendência de enquadrar todos os ramos do direito em uma hierarquia onde a constituição seria o ápice das normas jurídicas. Os princípios fundamentais do processo estão presentes na Constituição e as normas processuais devem ser interpretadas sob o viés constitucional.

Desse modo, o estudo das tutelas provisórias sob o enfoque constitucional, teremos que o acesso à justiça é garantido inclusive quanto à ameaça de lesão a um direito. (CF, art. 5º, XXXV) (THAMAY, 2018, p.179). Determinados casos a ameaça de lesão somente podem ser evitada por meio da tutela de urgência seja na modalidade de antecipação de tutela e da tutela cautelar, espécie do gênero de tutela provisória de urgência.

A outra espécie, a tutela de evidência, também, encontra lastro na constituição, desta vez, no princípio da razoável duração do processo. (CF, art. 5º, LXXVIII).

Nesse sentido importante lição traz o Professor Eduardo Arruda Alvim:

A tutela provisória é, como anunciado, um instituto que visa assegurar um acesso efetivo ao Judiciário, quando haja o perigo de perecimento do direito, se não houver proteção pronta (na hipótese do art. 300 do CPC/2015, ao tratar do “perigo de dano”) ou ainda quando houver risco ao resultado útil da demanda (conforme o art. 300 do CPC/2015, ao tratar da tutela cautelar) e quando a subordinação do autor ao tempo se mostrar desnecessária, por se ínfima a probabilidade de não se ele vitorioso (na hipótese do art. 311 do CPC/2015). (ALVIM, 2017, p.26)

O legislador de 2015 optou em dividir a tutela provisória em urgência e evidência.

A concessão da tutela provisória na modalidade de urgência pode ser antecipando os efeitos do provimento final ou acautelado eventual risco ao resultado útil do processo. A tutela provisória de evidência tem como prioridade evitar que a parte que demonstra - de um ângulo maximizado, ser seu direito provável e se submeta ao ônus do tempo para ter a sua satisfação frente a crise de direito material que se encontra.

3. TRATAMENTO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O atual Código de Processo Civil criou uma sistematização clara e precisa para as tutelas provisórias, pois ela está presente em um único Livro V da Parte Geral: as tutelas provisórias de urgência antecipada de natureza satisfativa e a cautelar, fundadas na existência do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo e a tutela de evidência, que é possível nas hipóteses descritas nos incisos do artigo 311 do CPC/2015 e, que, independentemente, da existência de dano ou risco, importará em antecipação dos efeitos da decisão final (ALVIM, 2017, p. 151).

Em um aspecto geral, podemos estampar algumas características das tutelas provisórias presentes no novo Código de Processo Civil.

A primeira consiste na eficácia da tutela provisória e para isso prescreve o artigo 296 do CPC/2015 que a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo.

Outra é a possibilidade de execução, por meio do cumprimento provisório de sentença, da decisão de tutela provisória. Essa alternativa está presente no artigo 297, parágrafo único (ALVIM, 2017, p. 161).

Quanto ao momento de serem requeridas as tutelas provisórias podem ser antecedentes ou incidentais. Essa quando o requerimento da tutela provisória acontece durante o trâmite processual e aquela antes do início do processo, aplicando aquelas regras do momento de suas proposituras tanto para a espécie antecipada ou cautelar.

Quando a tutela provisória, seja na modalidade de tutela provisória de urgência antecipada ou cautelar forem requeridas incidentalmente, será competente para analisar o pedido o juízo onde tramita o feito. Admite-se que o pedido possa ser feito a qualquer tempo, não submetendo a preclusão temporal, nos termos do enunciado 496 do Fórum Permanente de Processualistas Civil. Nos casos de tutela provisória de urgência requeridas em caráter antecedente, ela será postulada no juízo que tenha competência para o julgamento do pedido principal, já nos processos de

competência dos tribunais e nos recursos, o pedido de tutela provisória será dirigido ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito da demanda, mas caberá ao relator decidir, monocraticamente (CÂMARA, 2017, p. 143).

Regra especial e que mereço o devido destaque é que, uma vez concedida à tutela de urgência ou evidência e confirmadas na sentença, o recurso de apelação em que se deu efeito suspensivo não atingirá a parte da sentença confirmatória da tutela provisória, conforme enuncia o inciso V do artigo 1.012, do CPC/2015 (ALVIM, 2017, p. 377)

3.1. Da tutela Provisória de Urgência Cautelar requerida em caráter antecedente

A tutela cautelar é aquela que se destina a garantir que no futuro o resultado útil do processo não seja abalado (LAMY, 2018, p. 64).

Requerida a tutela provisória de urgência cautelar de forma antecedente, ou seja, antes do pedido principal, o CPC/2015 estabelece no seu artigo 305 e seguintes alguns procedimentos. Vejamos.

O autor inaugura a medida em comente com uma petição inicial provisória, que indicará a lide e o fundamento, bem com uma exposição sumária do direito que se pretende assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A “probabilidade do direito” deve ser entendida, como um futuro êxito vencedor na demanda principal. A parte deve demonstrar que futuramente, após o aditamento da inicial provisória, o pedido principal será profundamente discutido e que provavelmente ser mostra juridicamente vencedora (ALVIM, 2017, p.188).

Ajuizada a petição inicial provisória, será determinado pelo magistrado a citação do réu para que querendo, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente sua contestação com as provas que eventualmente pretende produzir. Aqui cabem duas ressalvas que impedirão a citação nesse prazo. A primeira, quando, nos termos do parágrafo único do artigo 305, o magistrado entender que seja o pedido de natureza antecipatória e não cautelar e aplicar o princípio da fungibilidade, modificando o procedimento para aquele de natureza satisfativa e seguindo as regras dos artigos 303 a 304.

A segunda, se a tutela cautelar for decidida em liminar - *inaudita altera pars* - ou seja, sem a análise das razões da defesa especificadamente para o pedido

cautelar e postergando a apresentação da contestação para após a audiência de conciliação ou mediação.

O Professor Eduardo Arruda Alvim assim se manifesta sobre a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade e o respeito ao que se encontra esculpido no artigo 10, que determina a prévia manifestação da parte:

Cumpra assinalar, também, que, se o juiz entender pela fungibilidade nesses moldes, deve, como regra, ser dada à parte requerente da medida a oportunidade de se manifestar se ainda possui interesse na concessão da tutela, considerando, sobretudo, as consequências advindas da mudança de procedimento para o rito da tutela antecipada antecedente. (ALVIM, 2017, p.192).

Assim, não sendo o caso aquele que exija que tutela cautelar seja decidida liminarmente ou, então, de aplicação do princípio da fungibilidade, após a apresentação da resposta do réu – ressalta-se que neste ponto não existe impedimento que ele sustente todas as razões que, a respeito da pretensão principal iriam conduzir a improcedência, afim de que fragilize a consistência da probabilidade do direito alegado pelo autor, decidirá o magistrado após uma instrução (ALVIM, 2017, p. 193).

Deferida a tutela cautelar antecedente, o autor terá o prazo de 30 (trinta) dias para efetivar a medida e, após, efetivá-la outros 30 (trinta) dias para aditar o pedido inicial completando-o.

Indeferida a medida cautelar, o autor terá que fazer o seu pedido principal, salvo se o motivo de indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

A medida cautelar deferida perde a eficácia se não efetivada em 30 (trinta) dias da sua concessão, se não for formulado o pedido principal em 30 (trinta) dias da sua efetivação ou se julgado improcedente ou extinto sem resolução de mérito o pedido principal.

Ademias, o pedido de Tutela Provisória de Urgência Cautelar poderá ser repetido, desde que seja por novo fundamento (LAMY, 2018, p. 32-33).

3.2. Da tutela Provisória de Urgência Antecipada requerida em caráter antecedente

Objetiva que a parte demandante tenha antecipado os efeitos práticos do direito alegado, seja plenamente ou parcialmente em relação a totalidade do pedido, para que o juízo já antecipa uma posição inicial sobre o mérito (LAMY, 2018, p. 68).

A petição inicial deverá conter além dos requisitos do artigo 319 do CPC/2015, um pedido expresso para a concessão da tutela de urgência antecipada, bem como deverá indicar também o pedido da tutela principal.

O juiz competente para a apreciação do pedido de concessão de tutela antecipada requerida de forma antecedente, conforme noticiado acima, será aquele competente para o pedido principal.

Da decisão que deferir o pedido terá a parte autora o prazo de 15 (quinze) dias, não sendo outro maior a critério do magistrado, para aditar a inicial com o pedido principal. Realizado esse aditamento, o pedido seguirá o procedimento comum, sendo o réu citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, artigos 303, § 1º, inciso I e 334 do CPC/2015 (NEVES, 2016, p. 863).

Se o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional requerido em caráter antecedente for indeferido, o demandante deverá, no prazo de 5 (cinco) dias, aditar a inicial, sob pena e indeferimento da demanda, nos termos do art. 303, § 6º, do CPC/2015 (DONIZETTI, 2017, p. 414).

Sobre a utilização pelo código da palavra “emendar” entende o Professor Arruda Alvim que a não concessão da tutela antecipada nem sempre é justificada por algum vício na petição inicial, pelo contrário, na mais diversas vezes o indeferimento se dá em razão de o magistrado não vislumbra, sob cognição sumária, a probabilidade do direito ou risco de dano e, nesse sentido, a providência a ser tomada pela parte é o aditamento, trazendo para os autos novos elementos para reforçar a convicção do juiz para a concessão da medida.

Segue o nobre Professor:

Assim, não é de todo adequada a nomenclatura adotada pelo Código, ao afirmar, no § 6º do art. 303, que ao autor caberá a emenda da petição inicial, pois tal modalidade de manifestação presta-se a corrigir vícios, enquanto o aditamento acresce à petição inicial novo elemento de fato ou de direito, nada corrigindo. (ALVIM, 2017, p.186).

Concedida a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente e a parte contrária não interpondo o recurso contra a decisão, afirma o artigo 304 do CPC/2015, que a decisão se tornará estável (NEVES, 2016, p. 863).

3.2.1. A estabilização da tutela provisória de urgência requerida sob a forma antecedente

O Código de Processo Civil de 2015 traz uma técnica abreviada para a solução do direito material no mundo dos fatos.

Assim, o artigo 304 do CPC/2015, trouxe para a tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente uma autonomia maior que a presente no antigo Código de 1973, visto que o atual código prevê a possibilidade de sua estabilização.

Eduardo Arruda Alvim observa:

[...] por meio da qual uma tutela provisória passa a gozar de autonomia, permitindo às partes a fruição de seus efeitos práticos, independentemente da discussão de mérito, na expectativa de que isso sirva para diminuir a litigiosidade [...] (ALVIM, 2017, p.200).

Defendem a doutrina que a estabilização da decisão que concedeu a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente foi inspirada em dois grandes institutos do direito comparado, um do direito francês o *référé* que pela sua dinâmica tem dois juízos distintos, sendo um competente para apreciar a ordem de *référé*, e outro para apreciar o pedido principal (ALVIM, 2017, p.202).

A técnica processual brasileira em comento se aproxima ainda mais daquele francês, porquanto o *juge du référé*, pode solucionar o conflito no mundo dos fatos sem uma cognição exauriente como autorizado pelo nosso Código de Processo Civil de 2015 para os procedimentos das tutelas de urgências, notadamente a antecipada requerida em caráter antecedente (ALVIM, 2017, p.202).

Outro direito influência estrangeira que auxiliou a criação do procedimento brasileiro foi o do *provvedimenti d'urgenza* do direito italiano. Eles são semelhantes, porquanto no direito italiano presente a "urgência" em determinada demanda pode a parte requerer em juízo a concessão de uma medida capaz de garantir uma eventual decisão de mérito. E em, que pese o *Codice di Procedura Civile* italiano, afirmar que a parte em regra terá o prazo de 60 (sessenta) dias para formular o pedido de mérito, o autor não será submetido a obrigação de descrever o pedido fundamental da demanda, visto que não cessará a eficácia da medida realizada pelo

procedimento sumário com a não propositura da demanda que tenha por objetivo examinar o mérito (ALVIM, 2017, p.202).

Com a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente temos que a parte poderá se beneficiar dos efeitos práticos de uma decisão judicial que se daria após uma longa marcha processual.

Para a possibilidade de se exceder a regra de cognição exauriente e por fim a conflitos no mundo material a decisão que se estabilizará deverá respeitar alguns requisitos.

O primeiro, é que para ser possível a estabilização da tutela antecipada ela deve ser requerida sob a forma antecedente, visto que o artigo 304 está inserido no Capítulo II do Título II do Livro V da Parte Geral do CPC/2015. Outro é que ela não se adapta à tutela provisória de urgência cautelar, uma vez que tem natureza meramente conservativa (NEVES, 2016, p. 864).

Outro requisito, porém não se tem unanimidade na doutrina de sua presença é a necessidade de requerimento expresso da parte que se beneficiará da medida para a estabilização. Entende Eduardo Arruda Alvim que o requerimento nesse sentido é essencial para a aplicação do art. 304 do CPC/2015. E assim, afirma por que o autor precisa se contentar, ao menos de imediato, com a “mera”, resolução prática do problema, evitando, a princípio, a resolução jurídica do litígio (ALVIM, 2017, p.215).

Continua o Professor:

Diga-se, ademais, que a opção do autor do pedido de tutela antecipada já na petição inicial (art. 303, § 5º), com a sujeição à estabilização, caso não seja interposto recurso, não se destina unicamente a permitir que o magistrado possa, ao receber a petição inicial, analisar o pedido de tutela antecipada independentemente de qualquer providência (emenda da petição inicial, por exemplo), mas também para prestigiar o princípio da bilateralidade da audiência, pois dessa forma o réu poderá, desde logo, saber se o autor se satisfaz ou não com a estabilização, sobretudo para avaliar se interpõe ou não o respectivo recurso. (ALVIM, 2017, p.215).

Quanto ao foco do réu, para que a tutela antecipada requerida sob a forma antecedente se estabilize não deve esse sujeito processual interpor o recurso cabível (BUENO, 2017, p. 34).

Tormentosa se torna essa questão se levamos em consideração o alcance da referência a “recurso”, no caput do art. 304 do CPC/2015. Pois, pode ser compreendida de duas maneiras: em sentido estrito, ou seja, significando apenas afirmar que a estabilização se daria caso o réu não interpusesse agravo contra a decisão ou em um sentido mais amplo, que englobaria qualquer meio de impugnação (CÂMARA, 2017, p.149).

Diversas também são as opiniões dos doutrinadores, conforme a seguir expostas:

Eduardo Lamy defende que melhor seria a dicção pela redação inicial do projeto do NCCP, que apresentava vantagens ao prever qualquer forma de impugnação era suficiente para obstar a estabilização (LAMY, 2018, p. 85).

A mudança feita pelas comissões da expressão impugnação por respectivo recurso, foi proposital para que a aplicação da técnica da estabilização da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente se aplique ao maior número de processos possíveis (LAMY, 2018, p. 86).

Contudo ele defende que deve ser feita uma leitura constitucionalmente adequada, mesmo que contrária a própria disposição legal, para que não só o agravo de instrumento tenha o condão de evitar a estabilização da decisão que concede a tutela antecipada antecedente, mas qualquer forma de impugnação do requerido tendente a desconstituir dito pronunciamento judicial (LAMY, 2018, p. 87).

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Aranhart e Daniel Mitidiero defendem que a estabilização se acontece quando o réu não interpõe o recurso de agravo de instrumento. (art. 304, caput). Mas, ressaltam, que se o réu não interpõe o agravo de instrumento, contudo, desde logo oferece a contestação no mesmo prazo, ou, ainda, manifesta-se dentro do prazo do recurso de agravo no sentido de realização da audiência de conciliação ou de mediação, tem-se que essas manifestações do réu, no primeiro grau de jurisdição, também, possuem o condão de evitar a estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente. Isso se fundamenta, para economizar a propositura do recurso de agravo de instrumento e que em ambas as manifestações de vontade do réu são inequívocas no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento (MARINONI, ARENHART e MITIDEIRO, 2015, p. 216).

Daniel Amorim Assumpção Neves sustenta que, embora o legislador não tenha indicado expressamente no art. 304, caput, o recurso cabível seria o agravo de instrumento. No entanto, critica o legislador, para afirmar que onde se lê “recurso” deve entender “impugnação”, continua afirmando que há na doutrina entendimento

de que a contestação é meio hábil para afastar a estabilização da tutela antecipada. Defende, também, que simplesmente o petionar nos autos demonstrará a intenção do réu para a não estabilização e sim para que o procedimento siga o caminho comum. E, por fim, sustenta que possui um entendimento mais amplo, admitindo qualquer forma de inconformismo do réu, ainda que não voltado à impugnação da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente. Exemplificando que, pode o réu petionar para o juiz que concedeu a tutela antecipada e mencionar que embora não se oponha ao deferimento, não concorda com sua estabilização (NEVES, 2016, p. 867- 868).

Para Cassio Scarpinella Bueno, a tutela antecipada concedida nos moldes do art. 303 pode se tornar estável se não houver interposição de recurso da decisão respectiva (art. 304, caput) (BUENO, 2017, p. 34).

Para o Professor Misael Montenegro Filho, a técnica para não estabilização da tutela antecipada, interposição do recurso de agravo de instrumento, vem na contramão do desejo de reduzir a quantidade de recursos em todos os tribunais da federação. Por isso, sustenta a interpretação do dispositivo de forma sistemática e não meramente gramatical. Conclui que a decisão de concessão de tutela provisória de urgência requerida em caráter antecipado antecedente não se estabiliza se o réu interpuser recurso de agravo de instrumento ou se não contestar (MONTENEGRO FILHO, 2018, p.265).

Para Elpídio Donizetti, o recurso cabível para que não seja possível a estabilização da tutela provisória antecipada, conforme disposto no art. 304, do CPC/2015 é o agravo de instrumento. Para ele não basta a contestação. Segue suas palavras:

Ocorre que na ponderação dos princípios da amplitude do direito de ação/defesa e da celeridade, o legislador optou por este, de sorte que, não obstante a apresentação de contestação, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 304, § 1º), porquanto não houve cognição exauriente, tampouco declaração de prescrição ou decadência. O que prevalece é a vontade do demandante. Se este, embora requeira a tutela antecipada em caráter antecedente, não diz que pretende se valer do benefício da estabilização, o procedimento prossegue rumo à sentença com base em cognição exauriente. A vontade do demandado ao apresentar a contestação é irrelevante. A ele foi imposto o ônus de recorrer ou então de ajuizar ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação da decisão cujos

efeitos foram estabilizados (art. 304, § 2º). (DONIZETTI, 2017, p. 415).

O professor Rennan Thamay, lembra que, caso o réu não agrave ou não conteste, estabilizar-se-á a tutela provisória. Afirmo, ainda, que não se estabilizará caso o réu agrave ou conteste a ação (THAMAY, 2018, p. 191-192).

O Professor Eduardo Arruda Alvim ao estudar o histórico legislativo que culminou com a promulgação do CPC/2015 afirma que, o Projeto do Senado n. 166/2010 previa em caso de concessão de tutela provisória em procedimento antecedente, deveria constar no mandado de citação a advertência de que não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação do pedido principal pelo autor, conforme artigo 287, § 1º, do PLS 166/2010.

No entanto, no tramite legislativo do Projeto perante a Câmara dos Deputados, (PL n. 8.046/2010), apresentou-se substitutivo para que constasse apenas "recurso", e não mera "impugnação", como constava no PLS 166/2010, em sua redação original. Assim, restou demonstrado que o legislador de 2015 restringiu de forma sábia, tão somente, a recurso em sentido estrito do termo, ou seja, agravo, cuja o prazo para a interposição segue a regra geral de 15 (quinze) dias. (CPC/2015, art. 1.003, § 5º) (ALVIM, 2017, p.220-221).

Prevê o § 1º do artigo 304 do CPC/2015 que, uma vez estabilizada a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, o processo será extinto. Ressalta-se que, essa extinção não se trata de resolver o mérito da demanda, uma vez que não se tem na sentença que extinguiu a demanda, em razão da estabilização, força de coisa julgada.

Sobre a presença de *res judicata* nas tutelas provisórias, o Professor Rennan Thamay, demonstra lições sobre o tema:

Importante destacar que, na tutela provisória, seja cautelar ou antecipatória, a cognição é sumária, portanto não exauriente, não permitindo, por consectário, o contraditório efetivo, além de que certamente se poderia ter o risco de formação de coisa julgada sem a estrutura do processo justo, ou seja, melhor dizendo, do processo sem plena obediência ao devido processo legal.(THAMAY, 2018, p. 434).

Rennan Thamay continua:

Pensamos que, realmente, não há estrutura teórico-normativa para a formação da coisa julgada na tutela provisória, pois planejada para ter estabilidade da decisão, que, por vezes, por meio de preclusão, quer por trânsito em julgado, em outras situações, mas não por meio de coisa julgada, que, para a sua constituição, como imutabilidade e, conseqüentemente, indiscutibilidade da decisão de mérito, precisa ser um estrutura de processo justo, com devido processo legal, e também a ponto de, em cognição exauriente, ofertar o contraditório pleno e efetivo, o que nas tutelas provisórias parece não ocorrer nos moldes aqui afirmados. (THAMAY, 2018, p. 435)

Por fim, resta tecer alguns comentários acerca do prescrito no § 6º, segunda parte, do artigo 304 do CPC/2015 que autoriza uma ação autônoma com o intuito de qualquer das partes rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Entre os aspectos que surgem sobre essa ação autônoma devemos destacar que ela é capaz de afastar a estabilidade e, vindo a ser julgada, por decisão de mérito, acobertada estará pela coisa julgada, vez que percorrerá a cognição exauriente.

A competência do juízo será aquele em que tramitou a ação na qual foi requerida a tutela antecipada em caráter antecedente e possui um prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extingue o processo, ou seja da intimação da sentença.

Ultrapassado o prazo decadencial de 2 (dois) anos, Eduardo Arruda Alvim em completo acerto, apresenta uma ressalva:

Com isso, parece-nos ajustado dizer que o transcurso do prazo de 2 anos tornará impossível a rediscussão dos efeitos decorrentes da antecipação de tutela concedida anteriormente, em caráter antecedente, que tenham objeto de aplicação do art. 304, caput, do CPC/2015, ou seja, se tenha tornado estável, salvo os casos de direitos imprescritíveis, tendo em vista que estes, por sua natureza, não admitem a submissão de seu exercício a qualquer prazo. (ALVIM, 2017, p.238)

3.2.2. Decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no REsp 1760966/SP

Em decisão unânime proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no início do mês de dezembro de 2018, acordaram que, a despeito da ausência de

interposição do recurso de agravo de instrumento, não se estabilizará a tutela provisória de urgência antecipada requerida sob a forma antecedente em havendo apresentação de contestação em que, inclusive, se pleiteie a parte requerida a revogação da tutela provisória antecedente concedida.

Assentam na decisão que a ideia central do instituto é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, as partes não tenham interesse no prosseguimento do feito e que, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal – art.304, do CPC/2015, levando em consideração uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, aquela e somente se estabilizará se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária.

Importante trazer a ementa que estampa o entendimento já presente na doutrina específica:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno. 2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. 2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que

não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito. Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual. 3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015. 3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim. 3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento

contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. 5. Recurso especial desprovido. (REsp 1760966/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)

Significa dizer, então, que os primeiros visos decisórios do Superior Tribunal de Justiça não acolheu a teoria pura francesa da estabilização da tutela provisória, no que faz preponderar a italiana, sobre a qual somente se estabiliza a decisão proferida em cognição sumária.

Diz-se isto, porque a contestação evoca no liame processual a resistência, solvível apenas por decisão de mérito. Evidencia-se, assim, a precariedade da tutela provisória, na medida em que modificável por tutela em cognição exauriente.

Partimos a seguir para a análise da outra técnica de resolução de demandas pela cognição sumária, a Tutela Provisória de Evidência, presente no Título III Livro V da Parte Geral do CPC/2015.

3.3. Da tutela Provisória de Evidência

Trata-se de uma tutela, também, provisória de natureza satisfativa, no entanto, para a sua concessão não pressupõe que esteja presente qualquer urgência.

É uma técnica de “aceleração do resultado prático final do processo, criada para casos em que se figura evidente (isto é, datada de probabilidade máxima) a existência do direito material” (CÂMARA, 2017, p.154).

Essa técnica de eficiência para a solução de demanda judicial foi fortalecida pelo novo Código de Processo Civil e, muito influenciada pelas lições do Professor e Ministro Luiz Fux, que tem por norte o dever de combater o estado de injustiça que se instaura quando do decurso do tempo necessário a tramitação processual, pois beneficia aquela parte que provavelmente não tem razão, subordinando aquele que demonstra ter razão, ainda que em uma análise sumária, ao ônus do tempo (ALVIM, 2017, p. 315).

As hipóteses de tutela de evidência estão presentes no art. 311 do CPC/2015. O rol presente nesse artigo é exemplificativo, ou seja, podem surgir outras formas de concessão de tutela de evidência além daquelas presentes nos seus incisos I a IV (LAMY, 2018, p. 26).

A primeira situação que autoriza a concessão da tutela de evidência é quando em uma demanda “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”. (art. 311, I, do CPC/2015), como exemplos de atos processuais tendente a protelar o processo, temos aqueles com o intuito de furtrar de ser citado ou ocultar provas que seriam úteis a formarem a convicção do judicial.

A segunda diz respeito a pedidos cuja os fatos estejam demonstrados apenas documentalmente e somado a tese de julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. (art. 311, II, do CPC/2015).

Outra hipótese é a do pedido reipersecutório em contrato de depósito. Sobre o contrato de depósito leciona Arruda Alvim que ele é o negócio jurídico por meio do qual o depositante deixa sob a guarda do depositário coisa móvel infungível (depósito regular) ou fungível (depósito irregular) (ALVIM, 2017, p. 327).

Sendo regular ou irregular o depósito se divide em necessário e voluntário. Esse onde existe manifestação de vontade das partes contratantes e vem regulado pelo art. 670 a 646 do CC/2002. Aquele. surge quando não há manifestação de vontade das partes, mas vinculação por determinação legal ou decorrente de circunstâncias fáticas, como exemplo, respectivamente, do depósito necessário legal temos o dever do hospedeiro de guardar as bagagens de seus hóspedes (art. 647, I, CC/2002) e como os decorrentes de circunstâncias fáticas o depósito miserável quando ocorrem calamidades públicas, como incêndio, inundação, naufrágio e etc., regulados pelo art. 647, II, do CC/2002 (ALVIM, 2017, p.327-328).

Feita a diferenciação das diferentes formas de depósitos temos que ter em mente que, a tutela provisória de evidência (art. 311, III, CPC/2015) aplica-se tão apenas para o depósito voluntário (ALVIM, 2017, p. 328).

Para os depósitos necessários ou obrigatórios, eventual tutela provisória se fundará na urgência ou evidência, mas com fulcro em outra hipótese que não essa do inciso III, do artigo 311 do CPC/2015 (ALVIM, 2017, p. 328).

A quarta hipótese está presente no inciso IV daquele rol exemplificativo é a concessão da tutela de evidência quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A dúvida que justificaria a não concessão da tutela provisória de evidência pode dizer respeito tanto a fatos quanto a fundamentos jurídicos levantados pelo autor (ALVIM, 2017, p. 332).

Quando ao momento de concessão da medida cumpre ressaltar que esta hipótese não pode ser concedida antes de ser oportunizado ao réu a apresentação de resposta, porquanto a contestação servirá de base apta a gerar dúvida razoável ou não na convicção do magistrado (ALVIM, 2017, p. 328).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 possui prescrições sob a possibilidade de antecipar o provimento jurisdicional final, por meio de tutelas provisórias baseadas em cognição sumária, desde que exista probabilidade do direito, risco de dano ao direito material ou ao resultado útil do processo ou, ainda, quando ser o direito invocado tão maximizado a ponto de ser evidente.

A tutela provisória de urgência cautelar, de urgência antecipada ou tutela provisória de evidência são técnicas processuais que buscam garantir mais efetividade as demandas judiciais, excetuando o direito de bilateralidade das audiências e abreviando ou postergando a ampla defesa.

Um dos grandes atrativos presente no Código de Processo Civil e 2015 é a possibilidade da estabilização da decisão de tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, visto que desse modo solucionará em parte a crise de direito material e trará maior efetividade para os jurisdicionados.

Contudo, algumas prescrições do Código de Processo Civil de 2015, merecem uma atenção maior por parte do intérprete.

Exemplo disso, temos a incongruência por parte da doutrina sobre o significado do “respectivo recurso” presente no art. 304. Alguns assentam para essa interpretação um sentido estrito, ou seja, entendem que o único meio capaz de afastar a estabilização é o recurso de agravo de instrumento. Outros doutrinadores, primam pela não interpretação literal desse artigo e, com isso, aceitam que qualquer meio de impugnação do réu sobre a medida que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente é capaz de afastar sua estabilização.

Insta ressaltar que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu interpretação ao artigo 304, do Código de Processo Civil de 2015, no sentido de a apresentação de contestação pela parte contrária, notadamente, requerendo nessa

peça a revogabilidade da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente, tem o condão de evitar a estabilização da medida.

Assim, com vista a enaltecer e cumprir os comandos constitucionais do acesso à justiça que é garantido, inclusive quanto a ameaça de lesão a um direito (CF, art. 5º, XXXV) e do princípio da razoável duração do processo. (CF, art. 5º, LXXVIII), o Código atual sistematizou com maior rigor que o Código de Processo Civil de 1973 as medidas que, de certa forma optam pela sumarização dos procedimentos de um processo, mas sem que com isso seja ferido a prescrição, também, constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), porquanto otimizou esses princípios constitucionais, e, conseguinte, priorizou o uso das técnicas de tutelas provisórias.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela provisória. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

LAMY, Eduardo. Tutela provisória. – São Paulo: Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil comentado. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de direito processual civil – Volume único. – 8. ed.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

THAMAY, Rennan. Coisa julgada. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

THAMAY, Rennan. Manual de direito processual civil. São Paulo : Saraiva, 2018

NOTAS:

[1] Mestrando em Direito – Função Social do Direito da Faculdade Autônoma de Direito – SP - FADISP, tiagontr@gmail.com.

A MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA BRANCA NO CRIME DE ROUBO APÓS ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL PELA LEI 13.964/2019

RENAN GOYANNES GUSMÃO CAIADO:

Bacharelado no Curso de Direito do Centro
Universitário São Lucas de Ji-Paraná.

WILLIAM PASOLD DA SILVA[1]

(coautor)

CLAUDENIR DA SILVA RABELO.

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a alteração que ocorreu no ano de 2019 no tratamento do crime de roubo. Tendo em vista a necessidade de deixar clara a referida mudança no tratamento do crime de roubo, assim, pesquisa-se sobre a majorante do emprego de arma branca no crime de roubo, a fim de melhor elucidar como ocorreu tal mudança, e como esta irá surtir efeito na perspectiva penal. Para tanto, é necessário demonstrar a evolução do direito penal, bem como a conceituação e estruturação do crime de roubo, e a mudança trazida pela Lei nº 13.964/2019. Realiza-se então uma pesquisa qualitativa, de natureza exploratória e explicativa. Diante disso, verifica-se que, a referida alteração era necessária para fazer valer a política criminal de prima face, contudo, não só basta que sejam aplicadas leis, mas também políticas públicas de ensino, promoção de emprego e fortificação da segurança pública, para que haja então uma efetiva redução nos crimes de roubo.

Palavras-chave: Roubo. Alteração Penal. Necessidade de implementação de políticas públicas e criminais.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate the change that occurred in 2019 in the treatment of the crime of theft. In view of the need to make clear the aforementioned change in the treatment of the crime of theft, thus, research is done on the major use of the stab weapon in the crime of theft, in order to better elucidate how this change occurred, and how it will have an effect on the penal perspective. Therefore, it is necessary to demonstrate the evolution of criminal law, as well as the conceptualization and structuring of the crime of theft, and the change brought about by Law No. 13.964 / 2019. A qualitative, exploratory and explanatory research is then carried out. In view of this, it appears that the aforementioned amendment was necessary to enforce the criminal policy of prima facie, however, not only is it enough that laws are applied, but also public policies for teaching, job promotion and strengthening public security, for that there is then an effective reduction in crimes of theft.

Keywords: Theft. Penal Amendment. Need to implement public and criminal policies.

1. INTRODUÇÃO

A prática do ato criminoso advém desde a premissa da existência humana, sabe-se que, segundo a Bíblia, Caim matou Abel, e assim surgiu o crime de homicídio. A vontade de cometer o ato ilícito é contida pelo espírito ético/moral do agente, ou pelo seu subconsciente que o alerta que tal ato é errado. Porém, quando tais premissas não ocorrem, é possível que o agente, sem medo, e com vontade de praticar o ilícito, o faça sem qualquer impedimento moral, e assim incorra em algum crime tipificado em lei.

Assim, a presente pesquisa irá tratar a respeito do crime de roubo, este que teve sua primeira aparição punitiva na tábua dos 10 mandamentos, assim como é exposto no Livro Êxodo, capítulo 20, versículo 15 (BÍBLIA ONLINE, 2020). Sabe-se que nesta época não havia distinção entre furto e roubo, e assim, tal versículo expõe somente o texto, “não furtarás”.

É sabido que o crime de roubo se configura quando o agente subtrai a coisa alheia móvel, utilizando de grave ameaça ou violência contra a vítima da ação, sendo esta empregada pelo uso de objetos que causem medo a agente passivo, ou ainda pelo uso de força no momento do crime.

Porém, dependendo da atitude do agente criminoso, a conduta do crime de roubo pode ultrapassar alguns limites, os quais geram então as majorantes. Uma majorante penal é nada mais que um acréscimo de pena pelo ato cometido, no caso do crime de roubo, este pode ser acrescido de 1/3 a 2/3 da pena base, assim como apontam os §2º e §2-A do artigo 157.

Acerca do tema em questão, nota-se que inicialmente havia majorante pelo uso de arma branca no crime de roubo, a qual foi revogada no ano de 2018 através da Lei nº 13.654, haja vista que a redação continha amplitude de entendimento, por descrever apenas que era majorante o crime praticado com uso de arma, não especificando se esta era branca ou de fogo.

Percebido que necessário era trazer ao rol de majorantes o emprego de arma branca, o legislador no ano de 2019 propôs então a Lei nº 13.946 (Pacote Anticrime), a qual é considerada como uma política criminal com intuito de frear a prática de crimes em todo território nacional.

Através de tal lei, novamente o emprego de arma branca no delito de roubo passou a ser majorante de 1/3, ocasião que gerou segurança jurídica na aplicação da pena, e no amparo a sociedade como um todo.

Assim sendo, o presente trabalho irá expor a respeito de tal majorante, sendo que para isto será necessário demonstrar a evolução do direito penal como um todo, além de conceituar e exemplificar o crime de roubo, bem como suas majorantes, a fim de melhor apontar a aplicação deste no Procedimento Penal.

Além disso, será exposto acerca das alterações que ocorreram no referido crime ao longo do tempo, alterações estas que ocorreram através da Lei nº 13.654/2018 e da Lei nº 13.946/2019, bem como será apresentado também a respeito da lei que fez vigorar novamente a majorante do emprego de arma branca no crime de roubo.

Por fim, será apresentado acerca das políticas criminais, e como a Lei nº 13.946/2019 se engloba em tal teoria, assim como também será demonstrada algumas medidas para tentar frear a prática de crimes de roubo no território nacional.

Para isso, a presente pesquisa será feita na premissa da metodologia de ensino qualitativa, de natureza exploratória e explicativa, a qual será baseada em legislações nacionais, bem como doutrinas e artigos científicos.

Tal tema é de suma importância pois aborda um fato corriqueiro na sociedade brasileira, no caso, o crime de roubo. Necessário é expor a respeito desta majorante que ora fora revogada pelo ordenamento jurídico, e novamente passou a vigorar, tendo em vista que pode haver quem ache que esta ainda se encontra em estado de revogação legislativa.

2.A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL

A história do direito penal surge em meio a necessidade de se punir aqueles que não prezam pelo convívio pacífico em sociedade, aqueles que não detêm qualquer respeito pelos bens jurídicos do cidadão, matando e roubando apenas pelo seu bel prazer ou para saciar seus instintos mais primitivos.

Caso houvesse plena certeza de que o homem conseguiria viver respeitando o direito à vida, à honra, à integridade física, à propriedade e demais bens, não se submetendo às suas necessidades e prazeres próprios, não haveria necessidade de se implementar quaisquer meios de punições penais.

Inicialmente podemos dizer que o direito penal tem sua origem nos tempos primitivos, onde se acreditava no misticismo e na crença em deuses. Para a população dessa época, um raio que atingisse uma árvore era considerado como sinal divino de descontento ou raiva divina, que provavelmente o povo haveria feito algo contrário aos princípios divinos.

Neste período em questão, observar-se que não havia a existência de codificação, ou lei que regesse como a população deveria se comportar, tudo era baseado em questões místicas e emocionais. Importante frisar que o termo “sociedade” naquela época era inexistente, haja vista que não havia organização estatal para tal.

[...] A conduta do homem primitivo era sustentada pela psicologia coletiva e orientada pela magia e pela ideia de retribuição. Era simples instrumento do sobrenatural, especialmente por não compreender os elementos da natureza. Acreditava e venerava a *totens*. A sociedade era regida por mandamentos divinos, sem uma justiça formal constituída. A preservação da ordem, mais além da reprovação social interna, com algumas punições de ordem moral, inclusive o banimento, na qual recaía o agente que descumprisse as regras, realizava-se por meio dos *tabus*, ou seja, um sistema geral e rígido de controle social. Desrespeitar um tabu significava afrontar o sagrado (MARTINELLI; BEM, 2019, p. 67).

Era normal ocorrer o culto a totens nesta época, pois como já dito antes, acreditava-se que eventos naturais eram sinais divinos de raiva para com o homem. Assim, havia diversos rituais de cultuando tais entidades ligadas a flora e a fauna, onde estes eram vistos como talismãs de proteção pelos povos antigos, porém envoltos em uma aura de medo, superstição e magia.

Insta salientar que ainda havia os “tabus” nesta época primitiva, estes eram cerceados de ideias ligados ao respeito e a proibição, assim como versa René Ariel Dotti (2013, p. 213):

O tabu era a proibição aos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou deles se aproximarem, em razão do caráter sagrado dessas pessoas, objetos e lugares e cuja violação acarretava ao culpado ou ao grupo um castigo da divindade.

Em continuidade pode-se citar ainda que o período da vingança foi muito importante para evolução do direito penal também, onde a ideia de misticismo e deuses ainda era muito forte na época em questão. As penas a quais as pessoas eram submetidas remete exatamente o nome desta época, vingança, e tão somente vingança era a majorante penal.

Esse período pode ser dividido em três vertentes que foram se superando com o passar dos anos, as quais ficaram conhecidas como “fase da vingança privada”, “fase da vingança divina” e, por fim a “fase da vingança pública” (MARTINELLI; BEM, 2019).

Na fase da vingança privada reinava-se o contra-ataque por parte do ofendido, que o poderia fazer tanto contra seu agressor, quanto contra o grupo deste. Esta fase ficou marcada pelo famoso ditado “olho por olho, dente por dente” que advém da Lei de Talião (*Lex Talionis*), porém, na maioria dos casos, o ofendido ia muito além de sua ofensa, não havendo assim conformidade entre a ofensa e o contra-ataque.

Nos séculos IX e X, período da Alta Idade Média, existiram dois gêneros de sanções: a *perda da paz* e a *vingança de sangue*. Enquanto a primeira era imposta dentro da comunidade contra o seu membro infrator, despojando-o de todos os seus direitos e eliminando-o por qualquer meio, pela prática de crime de natureza pública, a segunda era uma retribuição pelo ofendido – com a sua própria autoridade – do mal sofrido por meio um ataque de membro de um ataque de membro de outra comunidade (MARTINELLI; BEM, 2019, p. 70).

Posteriormente ocorreu a fase da vingança divina, nesta fase a igreja alcançou posição de destaque nas ações penais, ou seja, esta detinha certa liderança, passando a proteger seus interesses através da aplicação do direito penal. Foi nesta época em questão que ocorreu o surgimento dos tribunais eclesiásticos, onde os sacerdotes da igreja eram os que aplicavam as penas.

O direito de castigar era o resultado de um desrespeito à lei divina ou a um direito eterno, sendo que o crime representava uma ofensa contra Deus e também contra a sociedade. A intolerância religiosa era manifestada pelos meios que o direito penal oferecia. O direito canônico passou a ter influência cada vez maior, e as normas penais foram cada vez mais utilizadas para impor o dogma da Igreja Católica Apostólica Romana. O crescimento do direito canônico está diretamente relacionado à sociedade, que confundia religião com os costumes – a cultura do povo era a própria cultura religiosa – e à necessidade dos monarcas de fortalecer o seu poder pela aproximação com a Igreja (MARTINELLI; BEM, 2019, p. 72).

Assim sendo, bastava que o agente seguisse os dogmas da igreja, para que não precisasse se preocupar com o direito penal, haja vista que o direito penal e a igreja eram a mesma coisa. A igreja adotou um método tanto quanto desumano na época, o chamado "*Vis Corporalis*" ou "Penas Corpóreas".

O crime era visto como uma "alma suja" a qual necessitava de uma purificação, que vinha através das penas corporais. Assim, sacrilégios, torturas, exposições a mortes cruéis são registradas nesta época como sendo as que a igreja direcionava aos que eram considerados hereges.

O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens mais remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social (BITENCOURT, 2019, p. 85).

Por fim temos a vingança pública, onde ocorre o enfraquecimento da igreja e a organização do Estado de forma política. Neste ponto, a igreja, enquanto instituição, ela perde seu poder sobre o direito penal, a igreja não possui mais a autonomia de aplicar penas, não tem mais a autonomia de fazer o direito penal conforme os preceitos religiosos, porém, insta salientar que a igreja ainda possuía certa influência sobre o direito, só que agora, atuavam apenas como conselheiros do soberano da nação.

O prestígio e a atenção à vítima começaram a perder força na Idade Média, para, durante a Idade Moderna – em especial no século XVII –, efetivamente ocorrer sua neutralização. Primeiramente, fundamentados nas teorias marcadamente seculares do contrato social, os particulares confiaram ao Estado a tutela penal de valores jurídicos. Em segundo lugar, o Estado se auto-proclamava beneficiário dessa mesma proteção. [...] O Estado se fortaleceu pois passou a ocupar tanto o papel de julgador como o de vítima. A resposta penal apenas podia ser estatal, pois de algum modo também era estatal ou público o interesse perseguido pelo Estado mediante o direito penal (MARTINELLI; BEM, 2019, p. 73).

Após explicadas tais épocas, passa-se agora a uma breve exposição de dois povos que foram fundamentais para a evolução do Direito Penal, sendo estes, o Romano e o Germânico.

2.1 DIREITO PENAL DO POVO ROMANO

Pode-se dizer que o Direito Penal Romano foi o que mais influenciou no sistema jurídico mundial, onde diversas foram os conceitos que Roma trouxe para a sociedade tanto de sua época, quanto a atual. Assim, aponta Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 86) "O Direito Romano oferece um ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos".

Porém, em tal período ainda havia certa confusão entre a figura do soberano (quem comandava o reino) e do sacerdote (líder da igreja). A pena era aplicada para acalmar a ira dos deuses, pois tudo que acontecia naquela época em questão era ligado a vontade dos deuses.

É certo dizer que Roma em determinada época adotou a Lei de Talião, a qual foi colocada nas XII Tábuas, o que em seu prelúdio teve caráter religioso, porém com o tempo, ocorreu a separação de direito e religião.

No período da fundação de Roma (753 a.C.), a pena era utilizada com aquele caráter sacral que já referimos, confundindo-se a figura do Rei e do Sacerdote, que dispunham de poderes ilimitados, numa verdadeira simbiose de Direito e religião. Durante a primitiva organização jurídica da Roma monárquica prevaleceu o Direito consuetudinário, que era rígido e formalista. A lei das XII Tábuas (séc. V a.C.) foi o primeiro código romano escrito, que resultou da luta entre patrícios e plebeus. Essa lei inicia o período dos diplomas legais, impondo-se a necessária limitação à *vingança privada*, adotando a *lei de talião*, além de admitir a *composição* (BITENCOURT, 2019, p. 87).

Superada esta época, por volta de 80 a.C., ocorreu a formulação de um conjunto de leis que ficou conhecido como as "*leges Corneliae e Juliae*", havendo divisões de crimes entre aqueles que eram cometidos contra o Estado, e aqueles que eram cometidos contra cidadãos. Neste sentido, versa Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 87),

"[...] As *leges Corneliae* preocupavam-se basicamente com aqueles crimes praticados nas relações interpessoais dos

cidadãos – patrimoniais, pessoais etc. -, enquanto as *leges Juliae* preocuparam-se, fundamentalmente, com os crimes praticados contra o Estado [...]”.

Assim, percebe-se que o Direito Penal Romano se iniciou pelos dogmas da Igreja Católica Apostólica Romana (vingança divina), e “findou-se” no período do comando Estatal do direito penal (vingança pública com resquícios da vingança privada). Insta salientar que conforme aponta Bitencourt (2019), o período da vingança privada perdurou até por volta de 30 a.C., onde foi então substituída pelo controle total do Estado sobre a lei penal, passando assim a exercer o *ius puniendi* com ressalvas ao *pater familiae*.

Conforme aponta Gonçalves (2018, p. 43), o direito penal romano trouxe as seguintes inovações:

a) a distinção entre crimes *públicos* (traição, conspiração, assassinato), cujo julgamento era atribuição do Estado e a pena a de morte, e *privados* (dano, furto etc.), cujo julgamento era confiado aos particulares mediante a supervisão estatal; b) os estudos e os escritos dos juristas (considerados os primeiros da Ciência Penal); c) o surgimento de um conjunto de leis que catalogavam as condutas criminosas (as que previam os delitos cometidos entre os cidadãos, como o homicídio e o furto, constavam das *leges Corneliae*, e os crimes contra o Estado estavam inseridos nas *leges Juliae*; e d) o regramento de institutos como o dolo, a culpa, o erro, o nexa causal a inimputabilidade etc.

Assim, percebe-se o quão importante foi o direito penal romano para o desenvolvimento do direito penal como um todo, tendo em vista que princípios criados por este a mais de dois mil anos são usados até os tempos atuais. Findado tal ponto, passasse agora a uma breve demonstração de como o direito penal germânico influenciou na aplicação da pena e no desenvolvimento penal.

2.2 DIREITO PENAL GERMÂNICO

Conforme aponta Bitencourt (2019), no que se refere a Direito Penal Germânico, em seus primórdios, é observado que este não detinha legislações escritas, onde este se caracterizava como um Direito Consuetudinário. A forma como o direito era observado nesta época se dava de duas maneiras, sendo estas, a “ordem de paz” e a “ruptura da paz”, a qual poderia ser tanto pública quanto privada.

É percebido que em tal período mais uma vez se vê a presença da vingança privada (de sangue), onde qualquer pessoa poderia matar o agressor, nos casos de crimes públicos, sendo que nesta mesma vertente seguiam os crimes privados, onde o agente agressor era entre a vítima e seus familiares, para que estes pudessem exercer seu direito de vingança.

Ensina Bitencourt (2019, p. 89), “Os povos germânicos também conheceram a *vingança de sangue*, “que somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição, voluntária, depois obrigatória”.

A importância do direito penal germânico se deu principalmente pela criação do instituto da compensação do prejuízo causado pelo agressor contra a vítima. Este instituto é utilizado até os dias atuais, e tem papel fundamental na aplicação da pena em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo.

Com a instalação da Monarquia, começa a extinção paulatina da vingança de sangue. A *compositio* consistia, em geral, no dever de compensar o prejuízo sofrido com uma certa importância em *pecúnia*, objetivando a supressão da vingança privada, que, em determinados casos, mais que um direito, era um dever da vítima ou de sua *Sippe* de vingar as ofensas recebidas (BITENCOURT, 2019, 89).

Assim sendo, percebe-se claramente o quão importantes foram tais povos para o desenvolvimento do direito penal, tanto o povo romano, quanto o povo germânico, contribuíram com diversos conceitos que, até os tempos atuais, são utilizados por diversos países.

3.O CRIME DE ROUBO

O crime de roubo, bem como o crime de homicídio faz parte da trajetória da humanidade, sendo este tipificado a primeira vez nos dez mandamentos de Deus para homens, porém, não sendo chamado de roubo, mas sim de furto. Hoje em dia, já se sabe que o crime de roubo se diferencia do crime de furto pelo seu tipo legal, onde no roubo deve haver o emprego de grave ameaça ou violência, e no furto tão somente a subtração do objeto.

O crime de roubo, no ordenamento jurídico nacional encontra-se firmado no art. 157 do Código Penal, que versa o seguinte, “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-

la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa”.

A respeito da objetividade jurídica do crime de roubo, versa Victor Gonçalves (2019, p. 396):

O roubo é crime complexo na medida em que atinge mais de um bem jurídico: o patrimônio e a incolumidade física ou a liberdade individual. Com efeito, como no roubo ocorre subtração de coisa alheia, o patrimônio é bem jurídico sempre afetado. Além disso, quando a subtração se dá mediante violência, afeta-se também a incolumidade física da vítima, e quando é praticada mediante grave ameaça ou com emprego de soníferos, atinge-se também a liberdade individual, ainda que momentaneamente.

Importante frisar que o crime de roubo se faz pela subtração de coisa alheia móvel, tendo em vista que objetos imóveis detém outro tipo penal, que no caso não é o de roubo. O crime de roubo, como já mencionado anteriormente se assemelha ao crime de furto, porém havendo a tipificação legal, que é o emprego de grave ameaça ou violência, que não se faz presente no furto, conforme aponta Victor Gonçalves (2019, p. 396):

A configuração do crime de roubo exige a presença de algumas das elementares do furto já analisadas anteriormente: a) a subtração como conduta típica; b) coisa móvel como objeto material; c) a circunstância de a coisa ser alheia como elemento normativo; d) a finalidade de assenhoreamento definitivo, para si ou para terceiro, como elemento subjetivo.

Assim como versa o art. 157 do CP, a subtração do objeto pode ocorrer tanto para si quanto para outrem, ou seja, neste passo o legislador deixou claro que não importa para quem será o fruto do roubo, todos aqueles que participarem ativamente do ato deverão sofrer as sanções penais cabíveis.

Conforme aponta Victor Gonçalves (2019), a violência no crime de roubo pode ser compreendida como aquela que advém do emprego de força física ou a prática de qualquer ato agressivo contra a vítima, ou seja, empurrões, socos, imobilizações, configuram o crime de roubo pelo tipo penal.

Já a grave ameaça é compreendida pela promessa de mal injusto grave, que pode ser provocado contra a vítima ou de terceiros ligados a esta (pai, mãe, filho,

esposa, etc.). Essa ameaça pode se dar através da promessa de morte, lesão ou a prática de violência sexual contra a vítima, caso está não concorde com a subtração dos bens (GONÇALVES, 2019).

Acerca dos sujeitos no crime de roubo, sabe-se que estes podem ser ativo e passivo, sendo o ativo é o autor do crime, que pode ser qualquer pessoa, menos o próprio dono da coisa, pois a legislação exige claramente que a coisa seja alheia, pois trata-se de crime comum. Insta salientar que é admitida a coautoria e a participação neste delito.

No que tange a coautoria, esta não necessita que os agentes pratiquem os mesmos atos para que seja configurada, assim, caso um criminoso imobilize a vítima e o outro subtraia o bem, a coautoria estará configurada.

Já o sujeito passivo neste crime é o próprio dono ou detentor do bem, ou ainda aqueles que são ligados a este, e sofreram grave ameaça no momento do fato delituoso. Assim, sabe-se que o sujeito passivo não necessariamente precisa ter seu bem próprio subtraído, mas caso sofra ameaça para que bem de terceiro a este ligado seja subtraído, será sujeito passivo na ação.

Insta salientar ainda que o referido crime é sub dividido em elemento objetivo e subjetivo (roubo próprio ou impróprio), sendo que o elemento objetivo é exposto pela prática do crime de roubo em si, preenchendo todos os requisitos (subtração e emprego de violência ou grave ameaça).

Já o elemento subjetivo do crime de roubo é definido como evento de tipo, onde o agente de prima face queria apenas realizar um furto, porém, mediante eventos adversos, usou do emprego de violência ou grave ameaça no momento do crime, configurando assim o roubo.

No roubo próprio, a violência e a grave ameaça constituem meio para o agente subjugar a vítima e viabilizar a subtração. São, portanto, empregadas antes e durante a subtração. No roubo impróprio, o agente queria inicialmente cometer apenas um furto e já havia, inclusive, se apoderado do bem visado, contudo, logo após a subtração, ele emprega violência ou grave ameaça a fim de garantir sua impunidade ou a detenção do referido bem.

[...]

O roubo próprio pode ser cometido mediante violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza a vítima à

impossibilidade de resistência (violência imprópria). O roubo impróprio, por sua vez, não admite a fórmula genérica por último mencionada, somente podendo ser cometido pelo emprego de violência física ou grave ameaça (GONÇALVES, 2019, p. 406).

No que tange a prática do crime de roubo, este ainda pode ter dois “finais” possíveis, que são a consumação e a tentativa de delito. A consumação do crime se dá pelo momento em que o agente toma posse do bem, e não quando este o mantém em local seguro, ou seja, não necessariamente é preciso a retirada do objeto do local do crime, mas tão somente a sua posse já irá configurar a consumação, assim como versa Victor Gonçalves (2019, p. 402):

Durante muito tempo entendeu-se que o crime de roubo exigia para sua consumação que o bem fosse tirado da esfera de vigilância do dono e o agente tivesse sua posse tranquila, ainda que por pouco tempo. Ocorre que no roubo o agente inicialmente domina a vítima pelo emprego de violência ou grave ameaça, e, por isso, no exato instante em que ele se apossa do bem pretendido, sua posse já é efetiva, não sendo necessário que consiga tirá-lo do local.

Já a tentativa do crime, refere-se a ocasião onde o agente inicia o ato (roubo), emprega a grave ameaça ou violência, porém não consegue apossar-se do bem da vítima, por ocasião análoga a sua vontade, assim como explica Victor Gonçalves (2019, p. 403):

É possível quando o agente emprega a violência ou grave ameaça e não consegue se apoderar dos bens visados. Ex.: vítima que, após sofrer a grave ameaça, acelera o carro em que está e foge; ladrão que é preso no momento da abordagem porque policiais passavam pelo local e flagraram sua conduta; vítima que ao ser ameaçada entra em luta corporal com o ladrão, fazendo com que ele fuja etc.

Após apresentado o conceito geral acerca do crime de roubo, passa-se agora a apresentação de suas majorantes, as quais englobam também, a nova mudança advinda do Pacote Anticrime.

3.1 MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO

A pena aplicada no delito de roubo pode ser aumentada de 1/3 a 2/3 pelo que se chama de “Majorante”, essa medida ocorre quando o agente ao praticar o delito próprio “subtrair coisa alheia mediante grave ameaça ou violência” empregue um “algo a mais” no momento crime.

A majorante nada mais é que uma punição a mais para o criminoso pela prática do delito de forma mais grave contra a vítima, ultrapassando assim a conduta típica e adentrando em violência mais gravosa.

Sabe-se que, com a alteração do Código Penal pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), houve a inclusão de mais uma majorante neste crime, que é o emprego de arma branca durante o cometimento do delito, sendo que assim, as majorantes passaram a vigorar da seguinte maneira (§ 2 do art. 157 do CP):

§ 2º. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

I – (revogado);

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;

Assim, se fará necessário expor um pouco a cerca de tais majorantes, dando ênfase apenas as que culminam no aumento de 1/3 da pena do agente infrator do delito.

Como primeiro aumento de pena (inciso II), temos o concurso de agentes, ou concurso de pessoas. Nesta parte, o legislador tentou frear a prática do crime pela medida mais severa, haja vista que em casos de roubo com concurso de agente, o resultado consumativo é, em boa parte, proveitoso para os agentes.

A pluralidade de agentes (duas ou mais pessoas) também é causa de aumento de pena, sendo necessário que todos participem da execução do delito, direta ou indiretamente, ou seja, não é imprescindível que todos estejam presentes no local do crime ou sejam imputáveis. Como o dispositivo não explicita de que forma deva agir cada agente, conclui-se que se aplicam, *in casu*, as regras gerais do sobre o concurso de pessoas (art. 29, CP), ou seja, basta que qualquer um dos autores tenha praticado a violência ou grave ameaça para que a conduta caracterize o roubo majorado (PRADO, 2020, *versão digital*).

O segundo aumento de pena (inciso III), teve de ser adicionado ao crime de roubo mediante o grande número de casos de ataques a carro-forte, onde criminosos arquitetam o delito contra o transportador da empresa de valores (motorista e seguranças), coordenando ataques diretamente a este por saber de sua profissão.

A majoração aqui concede maior proteção àqueles que têm por ofício o transporte de valores, excluindo-se o proprietário. Dessa forma, o dispositivo veio a lime principalmente em face dos constantes assaltos, o que tem sido frequente nos dias atuais com as ações ousadas contra carro-forte.

[...]

A gravidade do injusto no referido crime expressa-se não só pela maior temibilidade demonstrada pelo agente como também pelo acentuado desvalor do resultado, em face dos graves efeitos deletérios causados pela infração, como reflexos, inclusive, na economia nacional (PRADO, 2020, *versão digital*).

O terceiro caso de aumento de pena (inciso IV), refere-se à subtração de veículos com intuito de leva-los para outros estados da federação ou para o exterior. Essa medida teve de ser adotada tendo em vista a quantidade de veículos roubados em grandes capitais do país com intuito de serem entregues a desmanches clandestinos, tanto em território nacional quanto fora deste.

O legislador penal, ao instituir essa norma incriminadora, motivou-se no alto índice de furto e roubo de veículos, especialmente para leva-los a países fronteiriços. O delito qualifica-se não só no caso de transporte para o exterior, mas

também se é levado para outro Estado da Federação (PRADO, 2020, *Versão Digital*).

O quarto caso de aumento de pena (inciso V), diz respeito a prática do delito de roubo com uso de refém, como a exemplo, a hipótese em que o criminoso no intuito de roubar grande quantia de bens, sabendo que o proprietário encontra-se em seu imóvel, adentra a este e mantém que estiver lá como refém, até que este (sozinho ou em concurso de agentes) consiga subtrair os bens do local.

Trata-se de outra agravante do roubo o fato de o sujeito ativo restringir a liberdade da vítima, mantendo-a em seu poder. Aumentou-se a pena justamente porque o desvalor da ação é acentuadamente maior. Inicialmente, a partir da redação do dispositivo, extrai-se o entendimento de que a vítima mencionada deve ser a do roubo, porque, se é diferente, há concurso material entre os delitos de roubo e sequestro. Destaca-se ainda que, ante a ausência de previsão, é indiferente que a restrição da liberdade do sujeito passivo ocorra na fase de execução ou após a consumação do roubo (PRADO, 2020, *Versão Digital*).

Como quinto caso de aumento de pena (inciso VI) temos o “terror dos caixas eletrônicos”, tal majorante refere-se à subtração de material destinado a fabricação de artigos explosivos (Trinitrotolueno “TNT”; Nitrocelulose “NC”; Pólvora Negra Militar; dentre outros). Essa medida teve de ser adotada mediante o crescente número de ataques a caixas eletrônicos com uso de explosivos, o que causou diversos prejuízos aos cofres públicos.

A agravante em análise é aplicada quando o objeto material do delito de roubo for *substância explosiva* (meio capaz de provocar uma explosão, isto é, o ato ou efeito de rebentar estrondo e deslocamento de ar com violência) ou qualquer *acessório* (peça, complemento, artefato) destinado à sua *fabricação* (produção, confecção), *montagem* (encaixe, juntura, união) ou *emprego* (utilização, aplicação, aproveitamento) (PRADO, 2020, *Versão Digital*).

Por fim, como última causa de aumento de pena (inciso VII), temos o roubo realizado com emprego de arma branca. Essa medida já existia no art. 157, porém foi revogada no ano de 2018, passando a vigorar novamente com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). A premissa desse aumento é simples de ser

compreendida, para fazer-se valer, o agente deve realizar o ato delituoso com uso de qualquer arma branca que seja (faca, canivete, estilete, dentre outros).

3.1.1 HISTÓRICO DE ALTERAÇÕES

As alterações no crime de roubo, no que tange ao emprego de arma branca no cometimento do delito são, de certo modo, curtas, ao passo que, só houve três alterações a respeito do tema em questão desde a promulgação do Código Penal no ano de 1940.

Ao promulgar o então Código Penal, era observado já de prima face que o delito de roubo (art. 157) apresentava em seu §2º, inciso I, a seguinte descrição “A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma” (Texto original do Código Penal de 1940).

Assim, observa-se que já existia a hipótese do delito de roubo com emprego de arma branca, o que perdurou até ano de 2018, com a promulgação da Lei nº 13.654/2018, que revogou o § 2º e o inciso I, do art. 157, fazendo com que não houvesse mais hipótese de majorante no que tangia ao delito cometido com emprego de arma branca.

A respeito da aplicabilidade da majorante penal antes da promulgação da Lei nº 13.654/2018, sabe-se que esta era sim efetiva, e utilizada pela corte nacional, assim como aponta jurisprudência do STJ:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. PRÁTICA ANTERIOR DE ATOS INFRACIONAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido

demonstrada, com base em elementos concretos, a gravidade da conduta e a periculosidade do agente, ante o modus operandi - **roubo qualificado pelo uso de arma branca** e pelo concurso de três agentes, contra pelo menos três vítimas, dentro de um coletivo, mediante extrema agressividade -, bem como diante da reiteração de condutas ilícitas, já que o recorrente praticou, enquanto menor, atos infracionais análogos aos crimes de receptação e furto duplamente qualificado e estava com mandado de apreensão em aberto desde março de 2016, o que demonstra a necessidade de garantia da ordem pública. Precedentes. 2. É firme o entendimento na egrégia Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a prática de atos infracionais não podem ser utilizados para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não serem considerados crimes, mas podem ser considerados para a manutenção da prisão preventiva, levando-se em conta a análise da personalidade do agente. 3. A presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. 4. São inaplicáveis quaisquer medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, uma vez que as circunstâncias do delito evidenciam a insuficiência das providências menos gravosas. (Recurso em habeas corpus desprovido (RHC 77.589/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016) (*Grifo Nosso*).

Acontece que, o texto legislativo original remetia a majorante do roubo pelo emprego de arma, porém não especificava se era de fogo ou branca. Diante essa premissa, necessário se fez a revogação do §2º, inciso II, do art. 157, para então fazer constar no atual §2-A, inciso I, a majorante pelo emprego de arma de fogo.

Observa-se que neste período, o legislador deixou de citar a possibilidade do roubo pelo emprego de arma branca, criando assim uma lacuna temporal que acarretou na prática de diversos crimes pelo uso de arma branca, sem a majorante penal para somar a pena.

Diante isso, considera-se que tal medida de muito era necessária, foi proposta no ano de 2019 a Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime), a qual trouxe em seu rol, a

possibilidade da aplicação da majorante por uso de arma branca, desta vez sendo específica no texto de lei.

4.PACOTE ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019)

No dia 23 de janeiro de 2020 passou a vigorar a Lei Federal nº 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime”. Essa lei entrou em vigência alterando artigos do Código Penal, Código de Processo Penal e Legislações esparsas. Essa medida foi tomada como forma de tentar frear a criminalidade nacional, que ano após ano tem aumentado drasticamente.

Antes de adentrar mais afundo sobre o que versa tal lei, necessário é expor que a referida lei tem efeito *Ex Nunc* (não retroação) para crimes cometidos antes da vigência desta. Porém, caso seja benéfico ao réu, haverá sim a retroação da lei, em benefício deste, como foi o caso da proposta de não persecução penal, advinda na referida lei.

A temática em si deste pacote é tentar atacar pontos que mais tem causado problemas para o sistema estatal, que no caso são, o crime organizado (representado pelas grandes facções nacionais), a corrupção (principalmente a política) e o combate efetivo contra a violência em todo o território nacional.

Para que essas premissas fossem atendidas, primeiramente, o legislador teve que apresentar medidas que protegessem os agentes da segurança pública de retaliações judiciais por conta do seu estrito cumprimento do dever. Assim o art. 25 do Código Penal passou a vigorar da seguinte maneira:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Essa medida apresentada, apesar de benéfica ao combate ao crime organizado, não se fez muito inovadora, vez que os agentes de segurança pública já detinha o que se chama de “estrito cumprimento do dever”, que é exatamente a garantia de não ser processado pelos atos cometidos em constrição de suas atividades públicas.

4.1 ALTERAÇÃO NO CRIME DE ROUBO – EMPREGO DE ARMA BRANCA

Com advento da Lei nº 13.964/2019, novamente passou a vigorar a majorante penal que acrescia 1/3 de tempo de reclusão ao agente que praticasse o crime de roubo com emprego de arma branca. Como já citado anteriormente, tal majorante fora revogada no ano de 2018, o que gerou aumento significativo no crime de roubo com uso de armas brancas.

O Pacote Anticrime deu novamente texto ao inciso I, §2º, do artigo 157 do Código Penal, que havia sido revogado pela Lei 13.654, de 23 de abril de 2018. Assim, para a melhor compreensão do histórico da causa de aumento de pena da violência ou grave ameaça exercida com o emprego de arma, torna-se válido retornar brevemente no tempo (MENDES; MARTINEZ, 2020, *Versão Digital*).

Insta salientar novamente, que por ser maléfica ao réu tal medida, não haverá retroação penal para atingir crimes cometidos antes do advento da referida lei, vez que tal premissa não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, assim como aponta Fernando Marques (2020, p. 50):

Percebam que a norma trata-se de uma *novatio in pejus*, razão pela qual não terá efeitos retroativos, conforme o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que trata da irretroatividade da lei penal menos benéfica, e somente poderá ser aplicada após a cessação do período de *vacatio legis*, quando de fato a lei produzirá seus efeitos.

Assim sendo, aquele criminoso que cometeu o crime com uso de arma branca, antes da vigência da nova lei não deverá ser punido por esta. Tal medida, apesar de não condizente com a tentativa de reduzir a criminalidade, é apoiada pela premissa constitucional, e assim deve fazer valer.

No que se refere ao conceito de arma branca, este deve ser considerado de forma ampla, abrangendo tanto a arma própria (faca de combate, espada, etc), como a arma imprópria (tesoura, estilete, dentre outros). Assim sendo, a prática do delito de roubo pela majorante pode ser configurado pelo uso de qualquer dos objetos que cause “ameaça” a vítima.

A respeito disso, entende o STJ:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 19 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. ART. 10 DA LEI N. 9437/97 E A LEI N.

10.826/03. AB-ROGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PORTE DE ARMA BRANCA.

CONTRAVENÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - De acordo com a jurisprudência majoritária desta Corte, o referido dispositivo não foi ab-rogado pela Lei 9.437/97 e posteriormente pela atual Lei 10.826/2003; e, sim, apenas derogado pela novel legislação no tocante às armas de fogo, remanescendo a contravenção penal em relação às armas brancas. No mesmo sentido: AgRg no RHC nº 331.694/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15/12/2015 e AgRg no RHC nº 26.829/MG, Sexta Turma, Rel. Min.

Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe de 6/6/2014).

II - O sentido do vocábulo arma, segundo Luiz Regis Prado deve ser compreendido não só sob o aspecto técnico (arma própria), em que quer significar o instrumento destinado ao ataque ou defesa, mas também em sentido vulgar (arma imprópria), ou seja, qualquer outro instrumento que se torne vulnerante, bastando que seja utilizado de modo diverso daquele para o qual fora produzido (v.g., uma faca, um machado, uma foice, uma tesoura etc.) (Comentários ao Código Penal, 10ª ed, São Paulo: RT, p. 675). O elemento normativo do tipo penal do artigo 19 da Lei das Contravenções Penais, "sem licença da autoridade" não se aplica às armas brancas (Jesus, Damásio E. Lei das Contravenções Penais Anotada; 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75). Remanesce a contravenção penal do artigo 19 da LCP, pois, "para evitar o mal maior, que se traduziria em dano, o legislador pune o porte ilegal da arma, com sanção branda, cerceando a conduta perigosa para evitar a ocorrência de uma infração mais grave." (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Contravenções Penais Controvertidas; 4ª ed., São Paulo: EUD; 1993, p. 46).

III - Assim, mesmo se tratando de porte de arma imprópria, deve-se aferir o contexto fático e o potencial de lesividade. Deste modo, observo que, no caso em exame, o paciente trazia consigo uma faca de 18 cm de lâmina (laudo - e-STJ, fl. 71) dentro de uma mochila quando caminhava à noite na região central de Belo Horizonte (denúncia - e-STJ, fls. 14-15). A notícia criminis, outrossim, foi no sentido de que o paciente teria agredido moradores de rua (e-STJ fl. 44), condições que atraem a incidência da mencionada contravenção.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 66.979/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016)

Diante essa abordagem, percebe-se que o legislador pode aplicar sem medo a majorante do emprego de arma branca, tendo em vista a amplitude de objetos que podem ser considerados como tal, e assim fazem valer desta premissa.

Como já versado anteriormente, tal mudança no Código Penal foi necessária pois havia uma lacuna na qual classificava o roubo pelo emprego de arma branca como crime comum, sem o então emprego da majorante de 1/3, gerando assim, uma insegurança jurídica a respeito da aplicação da pena.

5.EFETIVIDADE DA MEDIDA COMO POLÍTICA CRIMINAL PARA REDUÇÃO DOS CRIMES DE ROUBO

Entende-se por política criminal, o conjunto de medidas tomadas pelo Estado para tentar frear e conter, de forma repressiva a prática de crimes no território nacional, e assim, fazer valer o Código Penal. Tal conceito abrange também a execução penal e as medidas de segurança, onde o foco destas medidas é o interesse social e a ressocialização do apenado.

Para uns é ciência; para outros, apenas uma técnica ou um método de observação e análise crítica do direito penal. Parece-nos que política criminal é um modo de raciocinar e estudar o direito penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento. [...]

A política criminal se dá tanto antes da criação da norma penal como também por ocasião de sua aplicação (NUCCI, 2020, *Versão Digital*).

Acerca deste conceito, Silva Sánchez (2000, p. 22), explica que, “[...] a política criminal se manifesta em uma série de instrumentos que devem associar-se nominal ou faticamente à produção presente ou futura do delito visando a evitar que este produza ou se reitere”.

Assim sendo, a política criminal é compreendida como o meio pelo qual o Estado aplica a lei ou medida a fim de evitar o crime. Neste ponto, a mais recente política criminal apresentada foi a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a qual trouxe diversas mudanças para o Código Penal, Processo Penal e legislações esparsas.

Essa nova lei adveio para tentar frear a prática de crimes por organizações criminosas (PCC, CV, dentre outros), e também por políticos (crimes de corrupção), alterando assim o Código Penal, bem como o Processo Penal e leis esparsas, a fim de conter a criminalidade nacional.

Brasília, 30/09/2019 – O ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, defendeu nesta segunda-feira (30), a aprovação do Pacote Anticrime como uma das medidas para enfrentar a corrupção, os crimes violentos e o crime organizado. Em palestra promovida pela Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão (ACAERT), o ministro explicou os principais pontos da proposta que tramita no Congresso Nacional.

“60 mil homicídios por ano não é um número normal e aceitável. A impunidade da grande corrupção não é moralmente aceitável, não podemos ter uma política de convivência pacífica com essas grandes organizações criminosas e a mensagem mais forte é aquela mensagem que pode vir do governo e do parlamento, com a aprovação de leis rigorosas em relação a essa criminalidade”, afirmou Moro (BRASIL, 2019, p. 01).

Assim sendo, a política criminal é sim aplicada na presente lei, haja vista, que seu intuito é de frear a prática de crimes no território nacional. Assim, a respeito da majorante do crime de roubo, emprego de arma branca, esta encontra-se cerceada

pela premissa da política criminal, tendo em vista a gravidade empregada pelo agente criminoso na prática do delito.

Neste sentido, fez bem o legislador ao propor novamente a aplicação da majorante penal, com intuito de tornar tal prática mais gravosa aos olhos da justiça. Sabe-se que para tentar frear a prática criminosa não somente basta haver a lei, mas também sua aplicação correta, e assim sendo, deve-se aplicar a referida majorante nos casos que forem cabíveis as circunstâncias.

5.1 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA DIMINUIÇÃO EFETIVA DO CRIME DE ROUBO

Nota-se que não somente a legislação faz com que a prática de um delito seja reduzida, assim, mesmo que o legislador empregue o aumento de pena, deixando-a mais gravosa ao agente criminoso, necessário é que sejam aplicadas políticas públicas de incentivo a não prática de crimes.

Assim, no caso do crime de roubo, as medidas que devem ser adotadas são: a) de maiores condições de emprego; b) o emprego de tecnologias avançadas na repressão do crime; e, c) o ensino em locais de baixa renda, onde há maiores chances de influência do crime.

No que tange as condições de emprego, esta deve ser implementada pelo Estado, onde, deverão ser criados mais empregos através dos incentivos estatais, ofertando maiores oportunidades para classes mais baixas da sociedade, para que assim ocorra uma diminuição mais efetiva do ingresso na vida do crime.

Já a respeito do emprego de tecnologias, está se refere a modernização dos meios tecnológicos de investigação policial, ou seja, atualizar o setor de investigação é necessário para que o crime não seja impune, e cause "medo" aos criminosos na hora de praticá-los.

Por fim, a medida mais efetiva que existe ainda é a educação, assim, devem ser propostas palestras, eventos e projetos nas escolas localizadas nas regiões de baixa renda e alta índice de criminalidade, para que seja ensinado a respeito do crime de roubo, bem como sua punição, deixando evidente o quão errada é sua prática, bem como o trágico fim que possa levar.

Uma vez implementadas tais proposta é certo que haverá redução na prática delituosa, principalmente no que tange a educação primária e média, pois uma vez que a criança e o adolescente são educados, a chance de cometerem o crime se torna menor, pois a influência de terceiros se torna quase que nula.

6 CONCLUSÃO

Percebeu-se no presente trabalho que necessário era a mudança legislativa no que trata a majorante por emprego de arma branca no crime de roubo, pois conforme apresentado, esta teve sua revogação no ano de 2018 por conta da amplitude de abrangência do que versava o §1º, do art. 157 do CP.

Sabe-se que o crime de roubo em muitos casos não ocorre pela simples vontade do agente, mas sim a situação em que este se encontra no momento, ou pela criação e ensino que este teve. Com isso, reforça-se a necessidade de implementação de políticas públicas de ensino em instituições localizadas em regiões onde há presença de ações criminosas, como são os casos das favelas do Rio de Janeiro.

Não se deve esquecer também, que necessário é a implementação de novas práticas e tecnologias no setor de segurança pública, para que assim, a capacidade criminal possa ser reduzida de forma mais efetiva.

Insta salientar também, que a geração de emprego é algo fundamental para que se tenha diminuição na prática dos crimes de roubo, tendo em vista que em muitos casos, o agente criminoso rouba para seu próprio sustento e de sua família.

Dito isso, é dever do Estado aplicar tais políticas públicas de incentivo, ensino e repressão, vez que a legislação por si só não é capaz de almejar uma redução nos crimes de roubo no território nacional, nem desincentivar a conduta criminosa do agente.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/recent>>. Acesso em: 25 out. 2020.

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 out. 2020

BRASIL, Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave; e altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, para obrigar instituições que disponibilizem caixas eletrônicos a instalar equipamentos que inutilizem**

cédulas de moeda corrente. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13654.htm>.
Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Em Santa Catarina, Sergio Moro explica Pacote Anticrime a empresários.** 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1569876982.64>>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL, STJ. **RHC 77.589/MG**, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em: 01/12/2016, DJe: 14/12/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602797648&dt_publicacao=14/12/2016>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL, STJ. **RHC nº 66.979/MG**. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em: 12/04/2016, DJe: 22/04/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600013273&dt_publicacao=22/04/2016>. Acesso em: 25 out. 2020.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. São Paulo: RT, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal:** parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609369/recent>>. Acesso em: 25 out. 2020.

MARQUES, Fernando Tadeu *et al.* **Lei Anticrime Comentada (13.964/2019)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591897/cfi/2!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 25 out. 2020.

MARTINELLI, J. P. O; BEM, L. S. de. **Lições fundamentais de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608171/recent>>. Acesso em: 25 out. 2020.

MENDES, S. da R; MARTINEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime:** comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025002/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 25 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990138/recent>>. Acesso em: 25 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990114/cfi/6/100!/4/310@0:7.50>>. Acesso em: 25 out. 2020.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Política Criminal y Persona**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

NOTAS:

[1] Acadêmico do 9º período do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná. E-mail: W.pasoldo@gmail.com

O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS LEGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

HELEN DE ARAÚJO COUTINHO:

Graduando do Curso Superior de Direito do Centro de Ensino Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

Resumo: A promulgação da Constituição Federal de 1988, amplamente fundamentada na prevalência e observância dos direitos humanos, foi responsável por introduzir, no ordenamento jurídico brasileiro, uma série de direitos e garantias fundamentais voltados, principalmente, para a preservação da dignidade humana. Com efeito, no âmbito das garantias sociais, foram introduzidas novas possibilidades de conformações familiares além da tradicional, suscitando, assim, uma série de alterações no Direito de Família, no sentido de melhor adequar o princípio da proteção à família. Nesse sentido, os novos preceitos constitucionais vieram realinhar os laços de afeto e de solidariedade na estrutura familiar, tendo em vista a plena satisfação do cidadão, incluindo sua autonomia e desenvolvimento no seio familiar, tendo em vista a sua satisfação pessoal, o que, por sua vez, acabou motivando um segundo momento, caracterizado pela facilitação das dissoluções das uniões estáveis e separações conjugais, justificadas pela observância de garantias fundamentais como o direito à liberdade, à vida e à dignidade humana. Destarte, a família brasileira passou a ser instituída a partir da existência de vínculos sociais e afetivos, tendo como base, o amor, a afetividade, o respeito e a solidariedade, diferentemente do sistema antigo, firmado, exclusivamente, com a constituição do matrimônio. Diante desse contexto, surge a necessidade contínua de se analisar os reflexos sociais e os parâmetros jurídicos de reconhecimento da filiação socioafetiva, considerando, ainda, seus efeitos em relação à isonomia filial, no âmbito do Direito Sucessório, mediante a análise doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Reconhecimento. Filiação socioafetiva. Efeitos jurídicos.

Abstract: The promulgation of the 1988 Federal Constitution, largely based on the prevalence and observance of human rights, was responsible for introducing, in the Brazilian legal system, a series of fundamental rights and guarantees aimed mainly at the preservation of human dignity. In fact, within the scope of social guarantees, new possibilities of family configurations were introduced in addition to the traditional one, thus leading to a series of changes in Family Law, in order to better adapt the principle of protection to the family. In this sense, the new constitutional precepts

came to realign the bonds of affection and solidarity in the family structure, with a view to the full satisfaction of the citizen, including his autonomy and development within the family, with a view to his personal satisfaction, which, for in turn, it motivated a second moment, characterized by the facilitation of the dissolution of stable unions and marital separations, justified by the observance of fundamental guarantees such as the right to freedom, life and human dignity. Thus, the Brazilian family started to be established based on the existence of social and affective bonds, based on love, affection, respect and solidarity, unlike the old system, established exclusively with the constitution of marriage. In this context, there is a continuing need to analyze the social reflexes and the legal parameters for the recognition of socio-affective affiliation, also considering their effects in relation to filial equality, within the scope of Succession Law, through doctrinal and jurisprudential analysis.

Keywords: Recognition. Socio-affective affiliation. Legal effects.

Sumário: 1 Introdução; 2 A evolução do instituto familiar no contexto histórico-social brasileiro; 2.1 O papel dos cônjuges na sociedade conjugal e o divórcio; 2.2 A Constituição Federal de 1988 e os princípios norteadores da instituição familiar; 2.3 A família e a importância do afeto nas relações parentais; 3 O reconhecimento da filiação socioafetiva e seus efeitos jurídicos; 3.1 Características e especificidades da filiação socioafetiva; 3.2 Do reconhecimento da filiação socioafetiva; 4 Os efeitos jurídicos gerados pelo reconhecimento da paternidade socioafetiva; 4.1 Prestação de alimentos; 4.2 Direitos sucessórios decorrentes da filiação socioafetiva; 4.3 Direitos previdenciários; Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Até a entrada em vigor da nova Carta Magna, o conceito jurídico de família era bastante limitado e discriminatório, tendo em vista que predominava o conceito contido no Código Civil, de 1916, cujo qual somente conferia o *status familiae* às conformações familiares originados do instituto do matrimônio, vetando, portanto, o reconhecimento e, conseqüentemente, os direitos civis dos filhos ditos "ilegítimos".

Entretanto, esse modelo estrutural sofreu fortes impactos com a chegada da Carta Política, de 1988, que avançou, significativamente, com relação aos direitos das famílias, dos filhos, e das mulheres, inovando o ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer uma nova ordem de valores, mediante o inauguração de um Estado Democrático de Direito, fundamentado na promoção dos direitos e liberdades individuais, observando princípios como cidadania, igualdade, solidariedade, liberdade e, principalmente, dignidade da pessoa humana.

Dentre as principais novidades trazidas pelo texto constitucional está a ampliação significativa do conceito de família, conforme o disposto no art. 226, admitindo outras configurações familiares, tais como a união estável e as famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e seus dependentes, garantindo-lhes, na mesma proporção, a proteção do Estado.

Além disso, a nova ordem jurídica estabelecida passou a reconhecer a isonomia entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, incluindo, também, os adotivos, extinguindo, assim, qualquer tipo de discriminação com relação à filiação conhecida usualmente, como ilegítima, vedando qualquer distinção entre os modelos de filiação, com fulcro nos princípios da igualdade e da dignidade humana.

Mais à frente, em 2002, no propósito de melhor se adequar às previsões constitucionais, o Código Civil, de 1916, que encontrava-se extremamente desatualizado em relação às novas configurações sociais, foi reeditado trazendo outra remessa de inovações no âmbito do direito familiar, como, por exemplo, o conteúdo disposto em seu artigo 1.639, fixando o princípio da autonomia privada como reitor das relações patrimoniais no casamento.

Finalmente, aliadas a essas modificações, cabe mencionar as alterações legislativas proferidas na seara nos divórcios e das dissoluções conjugais, como a Lei Nº 11.441/2007 e a EC Nº 66/2010, que passaram a ser facilitar o processo de separação, e, por consequência, o arranjo de novas entidades familiares, que passam a ser compostas pelo aglutinamento dos dependentes das relações anteriores somados aos herdeiros conjuntos.

Dessa forma, a paternidade socioafetiva, demonstrada pela posse do estado de filho e caracterizada pela presença de elementos decorrentes do afeto, vem ganhando espaço na sociedade brasileira, principalmente no que se refere ao direito de reconhecimento à filiação socioafetiva, mediante a apreciação do valor jurídico do afeto na convivência familiar, representada na proteção civil daqueles que são tidos como filhos, mesmo sem nenhum parentesco biológico, com propósito de garantir-lhes o direito da filiação afetiva, no assento de nascimento e os efeitos jurídicos desinentes.

No entanto, mesmo com um Código Civil relativamente recente, diversos assuntos relacionados ao direito familiar não são resolvidos com base nele, mas em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), na própria Constituição Federal, ficando, ainda ao encargo da interpretação do magistrado responsável pelo processo, de modo que a reflexão contínua acerca de suas particulares de faz essencial diante do novo contexto social vigente.

2 A evolução do instituto familiar no contexto histórico-social brasileiro

O instituto familiar sempre esteve presente na história das civilizações, incluindo-se a história do Brasil, muito embora, nos tempos pré-colonização, a finalidade fosse única e exclusivamente para a procriação, sem a necessidade de qualquer vínculo afetivo. No entanto, com a chegada dos portugueses e a imposição dos costumes europeus, influenciados pela Igreja Apostólico-Romana, instituiu-se a obrigatoriedade do matrimônio religioso como base para a constituição familiar, conforme leciona o nobre Yussef Said Cahali:

A princípio, a ação da Igreja visou apenas a moralização do casamento do ponto de vista religioso. Porém, à medida que se foi desenvolvendo o direito canônico e, sobretudo, à medida que aumentava o poder espiritual e político da Santa Sé, começou a atribuir-se competência legislativa e jurisdicional. As primeiras medidas datam do século IX. Paulatinamente foi aumentando a sua ingerência até que finalmente o Concílio de Trento (1563) afirmou definitivamente sua competência." (CAHALI, 1993, p. 9)

Assim, preocupada com as transformações sociais, em virtude da proliferação do casamento clandestino, e, também, religiosas, em decorrência da reforma protestante, a Igreja Católica viu-se obrigada a convocar um concílio para definir sua doutrina a respeito de vários assuntos, inclusive o casamento, no chamado Concílio de Trento, em 1545, ratificado por Portugal e, portanto, devendo vigorar em todas as suas colônias. (LEITE, 1991, p. 254)

No entanto, posteriormente, em razão da desvinculação do Estado e da Igreja, e a Independência do Brasil, o casamento civil passou a ser inserido como uma das formas admissíveis de matrimônio, conforme nos explica Débora Vanessa Caús Brandão:

Nessa época, o Brasil contava com três formas de casamento:

- a) o católico, observando todas as prescrições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia;
- b) o misto, mesclando disposições católicas e de outros credos;
- c) o não católico, conforme a Lei n. 1.144 de 11.09.1861, conferindo aos juízes competência para decidir todas as questões relativas à matéria. (BRANDÃO, 2002, p. 02)

Isso significa dizer que o casamento civil, conforme disposto acima, passou a ser considerado, juntamente com o casamento católico, um dos atos formais indispensáveis para a composição familiar, até a publicação, em 24.01.1890, do decreto 181, sancionado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, enquanto um dos desdobramentos da Proclamação da República, quando passou a ser reconhecido como válido, no Brasil, somente o casamento civil, conforme disciplinava seu artigo 108:

Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24-05-1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições.

Parágrafo único. O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do Dec. 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem solenizá-las os nubentes. (BRASIL, 1890)

Ainda assim, a família do século XX era essencialmente patriarcal, hierarquizada, patrimonial e matrimonializada, tendo em vista que o pai era sinônimo de autoridade, responsável por toda a família, detendo o poder sobre a vida e morte dos filhos, e ficando no topo da hierarquia, e após ele vinha os filhos e a mulher, em caráter de inferioridade.

O matrimônio, portanto, era imprescindível para validar a instituição familiar legítima, sendo requisito fundamental para o reconhecimento dos direitos da prole concebida, enquanto que os filhos nascidos por outros meios de relacionamento, eram segregados dos filhos legítimos, sendo rotulados das mais variadas formas pejorativas, sem direito de buscar sua identidade.

Por sua vez, a legitimação da paternidade era um dos efeitos do casamento e, “tinha este o condão de conferir aos filhos havidos anteriormente os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sido concebidos após as núpcias.” (GONÇALVES, 2014, p. 321).

Os filhos ditos ilegítimos não poderiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado, somente depois do desquite ou da morte da esposa legítima, condenando-os ao julgamento social e à ausência de direito civil, além de impor à mãe, a carga de sustentar sozinha o filho, como forma de punição pela desonra de ter um filho bastardo. (DIAS, 2010, p. 01)

Os filhos, portanto, eram classificados em legítimos e ilegítimos. “Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; ao passo que os demais seriam ilegítimos.” (LOBO, 2011, p.48). Os filhos legítimos eram protegidos pela presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* (é o pai aquele que o matrimônio como tal indica), cuja qual preconiza que os filhos nascidos na constância do casamento tem por pai o marido de sua mãe.

Nesse sentido, posteriormente, Constituição de 1934, inaugurou um capítulo reservado a disciplinar interinamente acerca da matéria familiar, onde o casamento seria civil e gratuita a sua celebração, estendendo os mesmos efeitos ao casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, nos seguintes termos:

O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório.” (BRASIL, 1934)

No entanto, o divórcio era terminantemente proibido, conforme disposto em seu art. 144:

Art. 144 - A família, constituída pelo **casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de **desquite** e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

(BRASIL, 1934, grifo nosso)

Assim, conforme exposto no artigo supramencionado, a estrutura familiar estava, irrevogavelmente, condicionada ao casamento, que, por sua vez, salvo raras exceções, era indissolúvel, ficando ao encargo da lei, a discriminação das situações que possibilitariam o chamado “desquite”.

A promulgação da Constituição de 1946, reforçou, novamente, a admissão do casamento religioso para os devidos fins práticos, desde que atendidas as especificações legais:

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

(BRASIL, 1946)

Nesse sentido, apesar a nova redação constitucional, o divórcio, como se pode observar no caput do artigo supracitado, continuava sendo proibido, assim como no texto constitucional anterior, dado pela redação de 1934.

Outro aspecto digno de menção, referente à Constituição em questão diz respeito ao fato de que a família continuava baseada num modelo patriarcal, uma vez que o trabalho era permitido somente aos homens e às mulheres eram impostas uma série de restrições conforme exposto abaixo:

Art. 157. (...)

XI - **proibição de trabalho** a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, **a mulheres** e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente;

(...)

(BRASIL, 1946)

Era, pois, proibido, tanto às mulheres quanto aos menores, trabalhar em condições insalubres, o que terminava por abranger uma enorme variedade de cargos, ficando sujeitos, ainda, às limitações e concessões judiciais da autoridade cometente. Tal condição só pôde ser modificada com o advento da Revolução Industrial, no Brasil, ocasião em que as mulheres começaram a ocupar diversas posições no mercado de trabalho, especialmente, após a edição do chamado

Estatuto da Mulher Casada, em 1962, considerado um marco contra a hegemonia masculina e o patriarcado:

O chamado Estatuto da Mulher Casada, devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família. (DIAS, 2010, p. 01)

Somente com a sanção do Estatuto da Mulher Casada foi que as mulheres puderam passar à condição de colaboradoras do lar, contribuindo, substancialmente, para a manutenção e administração dos proventos do lar, uma vez que passou a ser dispensável a existência de uma autorização marital para o exercício de uma profissão. Também foram instituídos os chamados 'bens reservados', ou seja, o produto do trabalho da mulher, cujos quais não poderiam ser contabilizados como sendo parte do patrimônio do homem nem penhorados em hipótese alguma, para saldar quaisquer dívidas.

Infere-se, assim, diante de todo o exposto, que a família brasileira, enquanto instituição social, encontra-se em contínua mutação, de modo que o Direito deve evoluir na mesma medida, na tentativa de acompanhar essas alterações e, assim, tutelar seus deveres para com a sociedade.

2.1 O papel dos cônjuges na sociedade conjugal e o divórcio

Desde o início do período colonial até meados do século XX, a mulher era tida como incapaz de trabalhar e de tomar suas próprias decisões, estando sujeita às determinações do pai e demais familiares, antes do casamento, e às vontades do marido, após a constituição do matrimônio.

O legislador, deixou bastante evidente os papéis dos cônjuges, ao elaborar o Código Civil, de 1916. Ao marido, provedor do lar, o mundo exterior. À mulher, dona de casa, submissa ao regime patriarcal, os domínios das lides domésticas.

Essa situação só começou a ser modificada com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, quando, em razão da evolução social ocorrida com o passar dos

anos e a conseqüente valorização da mulher, a legislação começou a ser modificada, atribuindo-se às mulheres casadas direitos que antes não lhes eram assegurados. Assim, operaram-se alterações, inclusive no Código Civil, que trouxeram às mulheres casadas horizonte mais amplo e adequado à época das ditas alterações.

Nesse diapasão, o aludido diploma legal consagrou o princípio do livre exercício de profissão da mulher casada permitindo que esta ingressasse livremente no mercado de trabalho tornando-a economicamente produtiva, aumentando a importância da mulher nas relações de poder no interior da família. Este aumento do poder econômico feminino trouxe decisivas modificações no relacionamento pessoal entre os cônjuges.

Considerando que a mulher passou a assumir novas funções sociais, surgiu a necessidade de modificar algumas imposições civis e sociais, como a imposição legal acerca da indissolubilidade do matrimônio, de modo que se chegou à tão almejada permissão do divórcio, ainda que parcialmente, por meio da Emenda Constitucional Nº 9, de 1977, sendo exigido que o casal estivesse separado o judicialmente há mais de 5 anos ou, de fato, há mais de 7 anos.

No entanto, a referida emenda só fez substituir o termo desquite, contido na legislação anterior, de 1934, pela expressão "separação judicial", não revogando o caráter matrimonial infundável, de modo que se podia proceder com a separação de bens e cessar a convivência diária, mas era impedido às partes de constituir novo matrimônio, sob a égide da proteção jurídica do casamento, fazendo com que muitos optassem por manter um casamento de aparências (DIAS, 2010, p. 01)

Em contrapartida, a nova lei trouxe alguns pequenos avanços em relação aos direitos da mulher, tornando facultativa a adoção do patronímico do marido e provocando certas modificações no regime legal de bens que, até então, era o da comunhão universal, frente ao silêncio dos nubentes, passando a vigorar o regime da comunhão parcial de bens.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e os princípios norteadores da instituição familiar

Muito embora tenham havidos avanços no contexto histórico-social e jurídico, ao longo das décadas, o que realmente inovou o ordenamento jurídico brasileiro, foi a promulgação da Constituição de 1988, ao colocar os direitos humanos como o cerne de suas definições, ainda em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado

Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça** como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Assim, restou manifesto, logo em suas linhas iniciais, se tratar de um dispositivo destinado à proteção dos direitos sociais e individuais, estabelecendo, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna e harmônica, a liberdade, a segurança e o bem-estar, a igualdade e a justiça.

O artigo primeiro, da referida Carta Política, traz a configuração da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, pautado em fundamentos como a soberania popular, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Mais à frente, o artigo terceiro, traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - **construir uma sociedade livre, justa e solidária**;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais** e regionais;

IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(BRASIL, 1988, grifo nosso)

Aduz-se, conseqüentemente, que é dever do Estado, propiciar todos os meios para que a democracia seja exercida, no intuito de proporcionar, aos brasileiros, o bem-estar, a qualidade de vida e a harmonia social, condizentes com uma sociedade livre e solidária.

O artigo quinto, considerado como o principal dispositivo constitucional, por sua vez, versa sobre os direitos e garantias fundamentais, trazendo, em seu caput, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 1988)

A previsão expressa do direito à igualdade, no artigo supracitado, significou um verdadeiro marco atentatório contra a discriminação, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher, permitindo aos cidadãos gozar de tratamento isonômico pela lei, conforme Felipe Pereira:

A Constituição garante a isonomia através do tratamento igualitário a todos os cidadãos, cumpre recordar que, sempre que falamos em igualdade, devemos lembrar que, para alcançá-la, devemos tratar desigualmente os desiguais, e igualmente os iguais, na medida de suas desigualdades, só assim conseguiremos alcançar a igualdade material. É claro que tal princípio teria repercussões e importância inestimável no direito civil e em especial no direito de família, estando este intimamente ligado ao da solidariedade entres os membros da família, como exemplo de repercussão dele temos: das diferenças entre os sexos, a desigualdade gênero, que se reflete na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (CC.1.511), os deveres recíprocos tanto para o homem quanto para mulher (CC. 1.566), Igualdade entre os direitos e deveres dos pai e da mãe (CC 1.631) (PEREIRA, 2017, p. 31)

Nesse mesmo sentido, o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves aduz que:

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos, sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação legítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação. (GONÇALVES, 2011, p. 24)

A Carta Magna, de 1988, também, ampliou, o conceito de família, ao reconhecer outras formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental, em seu artigo 226:

Art. 226. **A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.**

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º **Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.**

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

(BRASIL, 1988, grifo nosso)

Dessa forma, passou a não mais existir a limitação conceitual de família, como ocorria nas constituições anteriores, tendo em vista que o artigo em questão, a partir dos princípios supramencionados, avoca a proteção estatal à família, como pilar estrutural da sociedade, sem delimitá-la ou defini-la, deixando ao intérprete esta tarefa, conforme nos esclarece Paulo Lôbo:

Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não representa exclusão. (LÔBO, 2011, p. 06)

A referida Constituição, ao admitir a família para além do modelo padrão do casamento, reconheceu paulatinamente a importância das relações afetivas, e do próprio afeto como um direito a ser exercido pelos integrantes de todos os tipos de família. Sendo assim, cabe ao ordenamento garantir que pessoas ligadas por vínculos de afeto tenham o direito de viver como família, independente da forma como se organizem, sendo, portanto, o afeto fundamentalmente um vínculo jurídico, fruto do amor, da convivência, do cuidado, que se constrói no tempo.

Para tanto, princípios norteadores fundamentam a relevância do afeto dentro do contexto constitucional, e funcionam como corolário do princípio da afetividade. Neste contexto, o direito veio com a finalidade de reconhecer a entidade familiar e dar proteção legal definindo um conceito próprio para o que é família, devendo, o legislador, se adaptar às constantes transformações ocorridas na sociedade.

Assim, a evolução social e as transformações advindas com a Constituição de 1988 serviram de respaldo para a mudança na legislação, possibilitando a promulgação do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais vieram complementar os direitos já existentes no âmbito do direito de família. Dessa forma, a filiação passou a ser aceita em seus diferentes formatos, sendo vedado qualquer modo de discriminação entre filhos, independentemente de sua origem. Instituiu-se, assim, a igualdade do reconhecimento de filiação, dentro e fora do casamento, concedendo os mesmos direitos entre os filhos.

2.3 A família e a importância do afeto nas relações parentais

A repersonalização do Direito Civil, em 2002, deu à família especial proteção estatal, que, antes intervencionista, passou a pautar-se na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente o bem-estar dos indivíduos que integram a entidade familiar, tendo em vista que o referido dispositivo incorporou, ao texto legal, os princípios constitucionais de 1988, bem como as normas esparsas de legislação infraconstitucional, passando a prever e dispor sobre as regras de direito de família de forma compilada, conforme leciona Araújo Júnior:

O novo Código Civil incorporou, no direito de família, um grande número de alterações que já vinham sendo construídas pela jurisprudência e pelas leis. Podem-se citar, por exemplo: a igualdade entre os filhos havidos dentro e fora do casamento; a igualdade dos cônjuges no casamento (v. g., idade mínima para o matrimônio, chefia da família, uso do nome de casado, direitos e obrigações etc.); possibilidade de alteração do regime de bens; o reconhecimento da união estável como entidade familiar (...) (ARAÚJO JÚNIOR, (2013, p. 19)

Verifica-se, assim, que o legislador reconheceu a importância do afeto nas relações parentais, estabelecendo, implicitamente, uma espécie de valor jurídico para o vínculo afetivo possui valor jurídico, no que se refere aos direitos equitativos existentes entre os indivíduos homólogos e hierólogos de uma prole, independentemente de vínculo biológico, não sendo somente um aspecto social ou psicológico.

3 O reconhecimento da filiação socioafetiva e seus efeitos jurídicos

3.1 Características e especificidades da filiação socioafetiva

Na seara do Direito de Família, na concepção do ilustre doutrinador Flávio Tartuce, mediante interpretação do dispositivo 1.595, é possível dizer que existem três modalidades de parentesco admitidas no Direito Civil brasileiro, são elas:

Parentesco consanguíneo ou natural: aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico, por terem origem no mesmo tronco comum. Parentesco por afinidade: existente entre cônjuge ou seu companheiro e os parentes do outro [...]. Parentesco civil: decorrente de outra origem que não a consanguinidade ou afinidade. Tradicionalmente tem origem na adoção. Todavia a doutrina e a jurisprudência admitem duas outras formas: a decorrente de técnica de reprodução heteróloga, aquela efetivada com material biológico de terceiro, e a parentalidade socioafetiva. (TARTUCE, 2017, p. 1.410)

Assim, o parentesco natural é aquele que se origina da consanguinidade, ao passo que o parentesco civil é o gerado por meio da adoção, isto é, o vínculo legal que se estabelece à semelhança da filiação consanguínea, mas independente dos laços de sangue, enquanto que o parentesco por afinidade surge em razão do vínculo matrimonial.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem, ainda, duas outras formas de reconhecimento de paternidade: a decorrente de técnica de reprodução heteróloga, aquela efetivada com material biológico de terceiro, e a parentalidade socioafetiva.

A filiação proveniente de reprodução heteróloga é considerada, por muitos, como uma espécie de filiação socioafetiva (art. 1593 do CC), sendo caracterizada quando há a doação por terceiro anônimo de material biológico ou há a doação de embrião por casal anônimo (Resolução CFM, art. IV e art. V, inciso 3).

Cabe salientar, ainda, um dos mais recentes modelos familiares emergidos nos últimos tempos, liderado pela união pessoas do mesmo gênero, sejam homens ou mulheres, vem institucionalizado pelo casamento ou pela união estável homoafetiva, reconhecida pela Suprema Corte, em 2011.

Tais famílias podem constituir filhos por meio de I) reconstituição: quando um dos parceiros traz o filho já existente; II) adoção: legalizada ou não; III) co-parentalidade: quando um dos membros gera a criança com auxílio de alguém que forneça parceria biológica possível, de modo que os três métodos permitem o nascimento da paternidade (novamente utilizada em sentido amplo) socioafetiva.

Por sua vez, o parentesco socioafetivo, de fato, corresponde ao vínculo que se estabelece em virtude do reconhecimento social e afetivo de uma relação entre um homem e uma criança como se fossem pai/mãe e filho, sem que haja qualquer vínculo sanguíneo ou adotivo, decorrendo, especificamente, de um ato de vontade, respeito recíproco e o amor construído ao longo do tempo, dia após dia, com base no afeto, independentemente de vínculo sanguíneo.

Portanto, a parentalidade socioafetiva tem, como o próprio nome indica, um viés fortemente sociológico e não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se baseia no campo da afetividade, ultrapassando a verdade jurídica ou genética.

A posse do estado de filho, logo, se dá pela afetividade e convivência. Dá-se quando os papéis de pai e filho são assumidos sem a necessidade do vínculo biológico entre eles. Diferente da realidade biológica que já vem pronta, a posse de estado de filiação se edifica a cada dia e se comprova pela exteriorização dessa relação (MADALENO, 2007, p. 116).

Dentre as modalidades de filiação socioafetiva existentes, destaca-se a chamada adoção “à brasileira”, que refere-se em registrar uma criança sem o devido processo legal; adoção, como ato jurídico; e filho de criação, que desponta quando alguém educa, resguarda e protege em seu lar, por mera opção, criança ou adolescente, tratando perante terceiros como se o filho seu fosse.

Para Flávio Tartuce “a paternidade socioafetiva declarada ou não em registro não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (TARTUCE, 2017, p. 1.224)

Destarte, entende-se que o filho socioafetivo tem o direito de pleitear o reconhecimento judicial de tal filiação (e dos seus consequentes efeitos sucessórios)

a qualquer tempo, seja vivo ou já falecido o pai, devendo, o respectivo Juiz, analisar as provas que evidenciem o tipo de relação existente.

3.2 Do reconhecimento da filiação socioafetiva

Considerando que o legislador constituinte de 1988 revogou qualquer distinção entre os filhos havidos ou não do casamento ou, ainda, dos decorrentes de adoção (art. 227, § 6º, CRFB), ficou consagrando, nesse diapasão, o princípio da igualdade entre os filhos, o que possibilitou, inclusive, a paternidade socioafetiva e a aquisição da posse de estado de filho.

Os autores Cristiano Farias e Nelson Rosenvald conceituam reconhecimento da filiação da seguinte forma:

O reconhecimento de filhos é um ato, voluntário ou forçado, através do qual se estabelece a relação de parentesco em primeiro grau na linha reta. Pode decorrer de um ato espontâneo praticado pelos genitores ou mesmo contra sua vontade, através de decisão do Poder Judiciário, proferida em ação investigatória de paternidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 679),

Esse reconhecimento, portanto, pode ser tanto judicial quanto voluntário. Será voluntário quando alguém, por iniciativa própria, reconhece e declara a filiação, seja por meio do registro de nascimento, escritura pública ou particular, por testamento ou por manifestação expressa e direta perante o juiz. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O reconhecimento voluntário da paternidade independe da prova da origem genética. É ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como gera o estado de filiação, é irretroatável e indisponível. Não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer condição (CC 1.613). É ato livre, pessoal, irrevogável e de eficácia erga omnes [...] (DIAS, 2016, p. 388)

Ou seja, é permitido o reconhecimento voluntário de paternidade perante o Oficial de Registro Civil, na forma do art. 1.609 do Código Civil, esta possibilidade deve ser também perfeitamente estendida às hipóteses de reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva, já que a Carta Magna contemplou o princípio da igualdade da filiação, não podendo existir qualquer forma discriminatória entre filhos.

Em contrapartida, o reconhecimento será judicial quando derivado dos laços consanguíneos, comprovado pela prova pericial do exame de DNA, em decorrência de ação de investigação de paternidade, de iniciativa do filho (se menor, pelo representante legal) ou do juiz (nos casos em que a mãe não declara o nome do pai no assento civil), culminando na inserção do genitor no registro civil do filho e, assim, ensejando todos os direitos civis que são atinentes à condição de filho.

Ou ainda, será judicial o reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem*, mediante a proposição de ação declaratória, tendo por finalidade o reconhecimento do suposto pai afetivo após a sua morte, já que o filho socioafetivo não teve sua paternidade reconhecida enquanto estava com vida.

O fundamento legal da ação está previsto no art. 42, § 6º, do ECA, que prevê que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”. No entanto, para que esse reconhecimento seja deferido, o filho que deseja ser reconhecido como filho do suposto pai socioafetivo deverá demonstrar a relação afetiva que tinha com o mesmo, obedecendo os requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

Na ação, deverão ser juntadas fotos, bilhetes, vídeos de celular, posts do Facebook e quaisquer outros documentos que provem a relação de afeto como pai e filho. Poderão também ser arroladas testemunhas”. (DIZER O DIREITO, 2016)

Ou seja, para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

4 Os efeitos jurídicos gerados pelo reconhecimento da paternidade socioafetiva

A filiação baseada na relação afetiva merece o mesmo patamar de igualdade e reconhecimento, considerando-se a afetividade como base das relações filiais, conforme afirmam Cristiano de Farias e Nelson Rosendal:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para os seres humanos se complementem e se completam. Abandona-se,

assim uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma cédula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 38).

Entretanto, para que produza os devidos efeitos jurídicos, a socioafetividade deve ser reconhecida por sentença, mediante exposição da prova do afeto, de natureza subjetiva indubitável, e, necessariamente, dos efeitos sociais daí decorrentes, passíveis de aferição objetiva.

Vale ressaltar que a comprovação legítima dos respectivos efeitos sociais autoriza a declaração do vínculo de parentesco, mesmo sem o desejo expresso do pai (ou da mãe), que não tem mais afeto por aquele que, até então, fora seu filho.

Assim, existindo, comprovadamente, vínculos biológicos e afetivos, mais do que um direito da criança, é uma obrigação constitucional o seu reconhecimento, a fim de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, não se podendo negar, ainda, o direito do infante de ter assegurados todos os reflexos da paternidade biológica.

Na mesma linha de raciocínio, coaduna Ana Carolina Brochado Teixeira, o parentesco socioafetivo produz todos e os mesmos efeitos do parentesco natural:

O parentesco socioafetivo produz todos e os mesmos efeitos do parentesco natural. São efeitos pessoais: a) a criação de vínculo de parentesco na linha reta e na colateral até o 4º grau), permitindo a adoção do nome da família e gerando impedimentos na órbita civil, como os impedimentos para casamento, e pública, como os impedimentos para assunção de determinados cargos públicos; b) a criação do vínculo de afinidade. Sob o aspecto patrimonial são gerados direitos (deveres) a alimentos e direitos sucessórios. O reconhecimento do parentesco com base na socioafetividade deve ser criterioso, uma vez que como demonstrado, envolve terceiros, aos necessariamente envolvidos na relação socioafetiva, mas que certamente serão alcançados pelo dever de solidariedade que é inerente às relações de parentesco. (TEIXEIRA, 2010. p.184)

Nesse contexto, elementos como alimentos, cuidado e proteção, guarda, administração de bens, educação, respeito, nome e identidade moral são

considerados pela doutrina os principais efeitos obrigacionais que decorrem da filiação, incluindo-se, ainda, os direitos sucessórios e previdenciários.

4.1 Prestação de alimentos

Outro efeito que decorre do reconhecimento da filiação, tanto biológica quanto afetiva, é o poder familiar, conforme reza o Artigo 1.612, do Código Civil, em observância ao princípio do melhor interesse da criança, previsto no Art. 227, da Carta Magna, caput; e, no ECA, em seu Art. 4º caput e parágrafo único, conforme assegura Maria Helena Diniz:

O filho menor reconhecido ficará sujeito ao poder familiar (CC, art. 1630 e s.) do genitor que o reconheceu, formando a família monoparental, e, se ambos o reconhecerem, não havendo acordo sobre quem será o guardião, ficará sob o poder de quem melhor atender aos seus interesses (JTJ, 118: 425, 113: 326), pois não poderá haver guarda unilateral que seja prejudicial à criança ou adolescente. (DINIZ, 2012, p. 1.178)

Ainda de acordo com a nobre autora, derivado do poder familiar, surge, ainda, a previsão de alimentos, consoante prevê a norma constante no art. 229 da Constituição Federal de 1988, a saber: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice ou enfermidade”, como declara Maria Helena Diniz:

Os alimentos são prestações que visam atender às necessidades vitais, atuais ou futuras, de quem não pode provê-las por si. Os alimentos são, portanto, apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. Com isso, exigir-se-á, na ação de alimentos, averiguação da culpabilidade do alimentando, que causou com seu ato comissivo (p. ex., gasto excessivo com viagens) ou omissivo (p. ex., vadiagem), a situação difícil em que se encontra. (DINIZ, 2012, p. 1.240),

Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho:

Os alimentos são devidos aos parentes, cônjuge ou companheiros que não dispõem de patrimônio ou renda suficiente para a sua manutenção (alimentados), por aqueles que dispõem de meios para custeá-lo sem prejuízo injustificado para o próprio padrão de vida (alimentantes). O

alimento que não tiver sido culpado pelas suas necessidades tem o direito aos alimentos em valor que lhe permita manter o padrão de vida compatível com sua condição social, desde que o alimentante possa arcar com ele, sem ficar injustamente prejudicado. (COELHO, 2012. p. 184)

Portanto, tem reconhecido a doutrina que a filiação socioafetiva decorrente da posse do estado de filho, concede ao filho socioafetivo, portanto, tudo aquilo que também cabe às outras espécies de filiação, inclusive, a possibilidade do recebimento de pensão alimentícia pelo pai afetivo, tendo por fundamento o princípio da solidariedade familiar.

Além disso, pode, ainda, o filho socioafetivo, na impossibilidade dos pais terem recursos para atender as necessidades básicas do menor, poderá este querer que os ascendentes na linha reta assumam tal dever, onde os mais próximos excluem os mais remotos, e na ausência destes busca-se a solidariedade familiar aos colaterais.

4.2 Direitos sucessórios decorrentes da filiação socioafetiva

O direito de herança é garantido, constitucionalmente, no inciso XXX, do artigo 5º, assim como o direito de propriedade, previsto no inciso XXII, do mesmo artigo, estando os dois, intimamente ligados, considerando que sem a propriedade de bens nos fosse negada, não haveria herança a ser relegada. E, uma vez que o direito sucessório é uma decorrência da filiação, os filhos consanguíneos, assim como os filhos socioafetivos possuem os mesmos direitos sucessórios, ocupando a posição de herdeiros necessários.

O doutrinador Fábio Ulhôa Coelho, ao tratar dos direitos sucessórios, estabelece que:

O direito das sucessões trata da transmissão do patrimônio da pessoa física em razão de sua morte. Aproxima-se, de um lado, do direito das coisas, por versar sobre a propriedade dos bens deixados; de outro, do direito de família, porque os sucessores são, normalmente, familiares do morto. (COELHO, 2012, p 246.)

A ordem de vocação hereditária, prevista no art. 1.829 do Código Civil, de 2002, estabelece os descendentes e os ascendentes, os cônjuges e companheiros, considerados herdeiros necessários (CC 1.845), fazendo jus ao que se chama de herança legítima, ou seja, a pelo menos metade da herança deixada pelo morto, tendo sido estabelecida conforme as relações de parentesco, onde os descendentes,

em concorrência com o cônjuge ou companheiro, figuram na primeira classe de chamamento à sucessão.

Desta forma, reconhecida e declarada a filiação socioafetiva, este filho passa a ter todos os direitos sucessórios. Vale lembrar que, em consonância com o dispositivo constitucional (art. 227, § 6º), os filhos – sejam eles consanguíneos ou não, concorrem com igualdade e devem ter a partilha em quotas iguais.

4.3 Direitos previdenciários

No tocante dos fins previdenciários, o filho será beneficiário de ambos os pais, uma vez que o artigo 16, inciso I, da Lei Nº 8.213/91 determina que:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente. (BRASIL, 1991)

O mesmo artigo, em seu inciso II, ainda determina que os pais também são considerados beneficiários, de modo que, assim como em qualquer relação de filiação, os pais, biológicos ou afetivos, e o filho, recebem a condição de dependentes do segurado.

Assim, uma vez constatada parentalidade socioafetiva, haverá, também, a necessidade de se reconhecer direitos previdenciários, uma vez que os filhos, tanto biológicos como afetivos não podem ser tratados de forma desigual, respeitando o princípio da dignidade humana, assegurado o direito relativo a todos os filhos sem prevalência.

Considerações finais

Frente às significativas mudanças ocorridas no contexto histórico-social, ao longo dos últimos anos, assim como as alterações do conceito de família sofridas no âmbito do direito interno, verifica-se que existe necessidade de aprimoramento e atualização constante da legislação brasileira.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que positivou uma série de direitos e garantias fundamentais, com vistas à preservação dos direitos humanos e de uma existência digna e solidária, passaram a ser percebidas novas configurações

familiares distintas do modelo tradicional, fundamentando na arbitrariedade do casamento.

As conformações familiares passaram a apresentar as mais distintas conformações, uma vez que passaram a ser fundamentadas em relações de amor, afeto e solidariedade, dando azo ao reconhecimento de outros tipos de paternidade, que não a consanguínea e a civil.

Conforme visto no decorrer deste estudo, o ordenamento jurídico brasileiro, fundamentado na Lei Maior, de 1988, não admite diferenciação entre os filhos, sejam eles consanguíneos, adotivos, ou socioafetivos, sendo a tutela jurídica dada à afetividade, por vezes, maior do que a disponibilizada para o direito consanguíneo, já que, por muitas vezes, há mais afeto, amor e reconhecimento daquele que não é parente do que daquele que gerou o indivíduo.

Surgiu, assim, a filiação socioafetiva, aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente liame de ordem sanguínea entre eles, baseada, unicamente, em laços de afeto e na manifestação inequívoca da vontade, intimamente relacionado com a convivência familiar e com o princípio da igualdade entre os filhos, constitucionalmente assegurado.

Por conseguinte, do estado de filiação socioafetiva decorrem os efeitos jurídicos previstos nos artigos 39 e 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre eles a guarda e sustento dos filhos, bem como pagamento de alimentos, os direitos sucessórios e previdenciários.

Nesta mesma senda, o reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito e se legitima no interesse do filho. Se menor, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe".

Referências bibliográficas

ANDRADE, Denise de Paula. Filiação Socioafetiva Decorrente do Reconhecimento Voluntário da Paternidade e a Impossibilidade de sua Desconstituição. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 35 – 50, nov./dez. 2014. Disponível em: www.lex.com.br. Acesso em 20 de maio de 2020

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. Prática no direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. O Casamento Religioso com Efeitos Cíveis e o Novo Código Civil. 2002.

BRASIL. Constituição (1934). Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Data de acesso: 17 de maio de 2020.

_____. Constituição (1946). Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 19 de maio de 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 de abril de 2020

_____. 1990. ECA. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 18 de abril de 2020.

_____. Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 18 de maio de 2020.

CAHALI, Yussef Said. Do casamento. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice Dias. A mulher no Código Civil. 2010. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf.

_____. Manual de Direito das Famílias. 9.ed. revista atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais (editora) 2º tiragem. São Paulo, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. 6. vol. Salvador: JusPodvim, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOULART, Fabiane Aline Teles. O reconhecimento da filiação socioafetiva e seus reflexos nos direitos sucessórios. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XIV, n.32, p.17, fev/mar 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito de Família. v.5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil, volume único, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1.410.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. v.5. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZENI, Bruna Schlindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. Direito em debate, v.18, n.31, p. 59- 80, 2009.

NOTAS:

[1] Autor de livros e advogado. Mestre em Direito pelo Instituto Nacional de Ensino Superior e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM/MG, Pós-Graduação em Processo Judiciário pela FIC/SERGIPE, Pós-Graduação em Docência e Gestão em Ensino Superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA.

A SOCIOAFETIVIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

YAGO FERREIRA FROZ:

Graduando do Curso Superior de Direito do Centro de Ensino Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

Resumo: Em decorrência das mudanças de ideais principiológicos que regem a sociedade no tempo e no espaço, ao longo dos anos, o instituto familiar tem sofrido uma série de modificações em torno de seu eixo tradicional, nas quais, eventualmente, o poder familiar, antes centrado na figura paterna, passou a ser redistribuindo em estado de solidariedade e igualdade entre os demais membros da família. Dessa forma, foram surgindo, ao longo dos anos, novos modelos familiares, baseados nas relações de amor, responsabilidade e afinidade. Hodiernamente, o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece, tacitamente, o conceito de família, deixando a cargo do intérprete tal tarefa. E é, justamente, nesse contexto, que surge o reconhecimento da socioafetividade no âmbito jurídico. Mesmo não sendo mencionado, explicitamente, em nenhum dispositivo legal, suas fundamentações encontram suporte em diversos princípios constitucionais, criando direitos e deveres em diversos ramos do direito, em especial, no Direito de Família. Diante desse contexto, surge a necessidade de se analisar os reflexos sociais e os parâmetros jurídicos de aceitação da filiação socioafetiva, considerando, ainda, seus efeitos em relação à isonomia filial, no âmbito do Direito Sucessório, mediante a análise doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Socioafetividade. Efeitos Jurídicos. Direito Sucessório.

Abstract : As a result of the changes in principled ideals that govern society in time and space, over the years, the family institute has undergone a series of changes around its traditional axis, in which, eventually, family power, previously centered on a paternal figure, he began to be redistributed in a state of solidarity and equality among the other members of the family. In this way, new family models have emerged over the years, based on relationships of affinity, love and responsibility. Today, the Brazilian legal system does not tacitly establish the concept of family, leaving the task to the interpreter. And it is precisely in this context that the recognition of socio-affectivity arises in the legal sphere. Even though it is not explicitly mentioned in any legal provision, its foundations are supported by several

constitutional principles, creating rights and duties in different branches of law, especially in Family Law. Given this context, there is a need to analyze the social reflexes and the legal parameters of acceptance of socio-affective affiliation, considering, also, their effects in relation to filial isonomy, in the scope of Succession Law, through doctrinal and jurisprudential analysis.

Keywords: Socio-affectivity. Legal Effects. Succession Law.

Sumário: 1 Introdução - 2 Noções de família no ordenamento jurídico brasileiro - 2.1 A evolução histórica do conceito de família - 2.2 O instituto familiar na constituição federal de 1988 - 2.3 As novas configurações familiares na ordem jurídica atual - 3 Efeitos jurídicos da socioafetividade - 3.1 Conceitos e definições da socioafetividade - 3.2 Efeitos jurídicos da socioafetividade - 3.3 Direitos sucessórios - 3.4 Direitos sucessórios e filiação socioafetiva - Considerações finais - Referências bibliográficas

1 Introdução

Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico pátrio, ao estabelecer uma nova ordem de valores, fundamentada na promoção dos direitos e liberdades individuais, mediante a observância de princípios como cidadania, igualdade, solidariedade, liberdade e, principalmente, dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o novo Texto Constitucional inaugurou um novo Direito de Família no país, ao ampliar, em seu artigo 226, o conceito de família, reconhecendo outras formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental, garantindo-lhes a proteção do Estado.

Vale destacar que, até então, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, uma vez que o Código Civil, de 1916, somente conferia o status *familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio, baseados no modelo patriarcal, não possibilitando o reconhecimento e, portanto, os direitos civis dos filhos ditos “ilegítimos”.

O Código Civil, de 2002, por sua vez, no intuito de contemplar as inovações contidas na Carta Magna de 1988 e as modificações sociais ocorridas, ao longo dos anos, reforçou o direito de família, estabelecendo a igualdade jurídica entre os cônjuges e a igualdade jurídica de todos os filhos, da liberdade de construção de uma comunhão de vida familiar, da consagração do poder familiar, do superior interesse da criança e do adolescente, da afetividade e da solidariedade familiar.

Posteriormente, a Lei Nº 14.441, de 04 de janeiro de 2007, tornou possível o divórcio e a separação consensuais por via extrajudicial, em caso de não existirem filhos menores. Havendo filhos menores, será preciso ingressar com ação judicial, única e tão-somente para tutelar os interesses destes, em termos de guarda e prestação de alimentos, sob o crivo do Ministério Público, e não como um obstáculo à separação das partes.

Verifica-se, assim, que todas essas inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, possibilitaram a conformação de novos modelos familiares, passando a serem comuns as famílias monoparental, anaparental, socioafetivas, pluriparentais, substitutas, ampliadas e eudemonistas, tendo em comum, entre elas, a busca pela felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade e o compartilhamento do afeto.

Diante de tantas configurações familiares, faz-se necessário proceder com a análise dos direitos concedidos em decorrência do reconhecimento jurídico da filiação parental, especialmente, no que diz respeito aos direitos sucessórios e a isonomia entre filhos biológicos e afetivos, considerando-se, precipuamente, a observância aos princípios da isonomia e da dignidade humana.

Para tanto, uma vez que o Direito de Família não se encontra limitado a um dispositivo legal específico, serão analisadas as disposições vigentes relacionadas à temática, distribuídas na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

2 Noções de família no ordenamento jurídico brasileiro

2.1 A evolução histórica do conceito de família

O conceito de família sempre esteve presente na história das civilizações, incluindo-se a história do Brasil, muito embora, nos tempos pré-colonização, a finalidade fosse única e exclusivamente para a procriação, sem a necessidade de qualquer vínculo afetivo.

Com a chegada dos portugueses e a imposição dos costumes europeus, influenciados pela Igreja Apostólico-Romana, instituiu-se a obrigatoriedade do matrimônio como base para a constituição familiar, baseada, por seu turno, na estrutura patriarcal, cuja qual impunha a figura masculina como autoridade do lar e responsável pelo sustento dos filhos. Conforme assevera Maria Berenice Dias:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, o necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva,

verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção com amplo incentivo à procriação. Era uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento de família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2015, p. 27)

Entretanto, com a chegada da Revolução Industrial, nos séculos XX e XXI, a mulher começou a ocupar diversas posições no mercado de trabalho, descentralizando, mesmo que parcialmente, o poder irrestrito atribuído ao patriarca:

O modelo familiar da época era hierarquizado pelo homem, sendo que desenvolvia um papel paternalista de mando e poder, exigindo uma postura de submissão da mulher e dos filhos. Esse modelo veio a sofrer modificações a partir da Revolução Industrial, quando as mulheres foram chamadas ao mercado de trabalho, descobrindo assim, a partir de então, o direito à liberdade, passando a almejar a igualdade e a questionar a discriminação de que sempre foram alvos. Com essas alterações, a mulher passou a participar, com o fruto de seu trabalho, da manutenção da família, o que lhe conferiu certa independência. Começou ela a cobrar uma participação do homem no ambiente doméstico, impondo a necessidade de assumir responsabilidade dentro de casa e partilhar cuidado com os filhos. (DIAS, 2015, p. 23-24)

Verifica-se, assim, que a família, porquanto instituto social, encontra-se sempre em evolução, tendo, muitas vezes, o Direito que se adaptar para acompanhar essas alterações, considerando que não existe a perspectiva de o legislador prever todas as possíveis mudanças de pensamento e comportamento que possam vir a acontecer, principalmente no que diz respeito às relações familiares.

A primeira legislação brasileira, a tratar com maior destaque o tema da família e o casamento civil entre homem e a mulher como sendo o responsável por instituir a família foi o Código Civil Brasileiro de 1916. Contudo, não era permitido o divórcio, sendo, também, adotados, como impedimentos matrimoniais, aqueles instituídos durante a Idade Média pela Igreja Católica.

A união matrimonial tinha caráter indissolúvel, sendo, o divórcio, constitucionalmente proibido, até 1977, quando a sanção da Emenda Constitucional Nº 9, alterou o dispositivo anterior, permitindo o divórcio.

Entretanto, a referida EC não revogava o caráter matrimonial ilimitado. O que acontecia era que, uma vez constata a impossibilidade de convivência, poderia ser solicitado o chamado do 'desquite', para proceder com a separação de bens e cessar a convivência diária, mas, deixando, todavia, as partes, impossibilitadas de constituir novo matrimônio ante a proteção jurídica do casamento, de modo que, muitos, evitavam o processo e mantinham um casamento de aparências.

No Brasil, a proteção da família perante o Estado foi reconhecida através da Constituição Federal de 1934, que passou a regulamentar as relações familiares. As constituições de 1946, 1967 e 1969 não apresentaram mudanças significativas, apenas mantiveram o amparo do Estado sobre a família.

Além disso, o Código Civil, de 1916, somente considerava como membros da família aqueles indivíduos originados a partir do casamento, não havendo qualquer proteção legal aos casais que conviviam sem o devido matrimônio e, muito menos, o reconhecimento dos filhos provenientes desse relacionamento.

O referido diploma legal, moldado à sua época, afirmava que ser sujeito de direito representava ser "sujeito de patrimônio", ter muitos bens, de modo que o entendimento apresentado era totalmente patrimonialista, valorizando mais o "ter" do que o "ser" e direcionava-se aos grandes proprietários, colocando a família patriarcal no epicentro da legislação.

Por fim, cabe mencionar que, até a sanção da Lei Nº 6515, de 26 de dezembro de 1977, o casamento era instituição de caráter indissolúvel, não existindo qualquer previsão legal para a possibilidade do divórcio.

2.2 O instituto familiar na constituição federal de 1988

Com a promulgação da Carta Política de 1988, foi introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, a concepção de Estado Democrático de Direito, reafirmando os valores morais do Direito de Família, fundamentado no respeito aos direitos individuais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à liberdade.

Popularmente conhecida como "Constituição Cidadã", em razão da positivação de uma ampla variedade de direitos e garantias fundamentais, o referido dispositivo veio realinhar os laços de afeto e de solidariedade no âmbito familiar, com primazia da plena satisfação, tomando por base, principalmente, os princípios da dignidade humana, da igualdade e da solidariedade.

Assim, a edição da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, trouxe mudanças radicais de paradigmas e conceitos, quando pôs em ênfase o antropocentrismo em vez do patrimonialismo, no cerne do sistema jurídico pátrio, logo em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça** como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Assim, ficou evidente, logo em suas linhas iniciais, se tratar de um dispositivo destinado à proteção dos direitos sociais e individuais, estabelecendo, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna e harmônica, a liberdade, a segurança e o bem-estar.

O artigo primeiro, da referida Carta Política, traz a configuração da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, pautado em fundamentos como a soberania popular, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Mais à frente, o artigo terceiro, traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - **construir uma sociedade livre, justa e solidária;**

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais** e regionais;

IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(BRASIL, 1988, grifo nosso)

Isso significa que é dever do Estado, portanto, propiciar todos os meios para que a democracia seja exercida, no intuito de proporcionar, aos brasileiros, o bem-estar, a qualidade de vida e a harmonia social, condizentes com uma sociedade livre e solidária.

Mais à frente, o artigo quinto, considerado como o principal dispositivo constitucional, versa sobre os direitos e garantias fundamentais, trazendo, em seu caput, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 1988)

A previsão expressa do direito à igualdade, no artigo supracitado, significou um verdadeiro marco atentatório contra a discriminação, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher, mediante a previsão da igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei.

Destarte, o princípio da igualdade atua em duas vertentes: na presença da lei e na lei. Por igualdade na presença da lei compreende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto; em contrapartida, a igualdade na lei pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas, conforme leciona Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p. 65).

A Carta Magna, de 1988, também, ampliou, as definições de família, ao reconhecer outras formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental, conforme redação abaixo:

Art. 226. **A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.**

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º **Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.**

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal,** competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

(BRASIL, 1988, grifo)

Por conseguinte, passou a não mais existir a limitação conceitual de família, como ocorria nas constituições anteriores, tendo em vista que o artigo em questão, a partir dos princípios supramencionados, avoca a proteção estatal à família, como pilar estrutural da sociedade, sem delimitá-la ou defini-la, deixando ao intérprete esta tarefa.

A nova regulamentação de família, expressa pela Constituição de 1988, portanto, veio para priorizar as inúmeras famílias constituídas pelo afeto e a

dignidade da pessoa humana, famílias socioafetivas que crescem e uma proporção significativa, devendo ter assim, uma especial atenção pelo ordenamento jurídico.

2.3 As novas configurações familiares na ordem jurídica atual

Como consequência dos novos desdobramentos constitucionais foram editadas leis especiais garantidoras dos direitos, que promoveram a atualização do texto da lei 6516/77, relativa à separação judicial e ao divórcio, a edição do ECA. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, a normatização do reconhecimento chamados filhos "ilegítimos, provenientes de relações que não o casamento, Lei nº 8560/92, as leis da União Estável 8971/94 e 9278/96, conferindo aos companheiros direitos de alimentos e a meação e a herança.

Nesse contexto, no intuito de melhor se adequar às previsões constitucionais, o Código Civil, de 1916, que encontrava-se extremamente desatualizado em relação às novas configurações sociais, foi reeditado, em 2002, trazendo uma série de inovações no âmbito do direito familiar, como, por exemplo, o princípio da autonomia privada como reitor das relações patrimoniais no casamento, em seu artigo 1.639.

A repersonalização do Direito Civil, em 2002, deu à família especial proteção estatal, que, antes intervencionista, passou a pautar-se na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente o bem-estar dos indivíduos que integram a entidade familiar, tendo em vista que o referido dispositivo incorporou, ao texto legal, os princípios constitucionais de 1988, bem como as normas esparsas de legislação infraconstitucional, passando a prever e dispor sobre as regras de direito de família de forma compilada. (BRASIL, 2002)

Assim, passaram a reger o Direito de Família moderno: o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1, inciso II), através desse princípio a família é pensada pela ótica dos direitos humanos, ligados à noção de cidadania em sentido amplo no contexto constitucional e universal dos direitos humanos; o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros (artigo 226, 5º, CF e artigo 1.511, 1.567 CC); o princípio da igualdade jurídica dos filhos (artigo 227, 6º, CF e artigo 1.596 a 1.629 CC); o princípio da paternidade responsável (artigo 226, 7º, artigo 1.565 CC e Lei 9.523/96); o princípio da comunhão plena de vida, baseada na afeição (artigo 1.511 CC, artigo 1.513, CC); o princípio da liberdade para constituir uma comunhão de vida familiar (artigo 226, 7, CF, artigo 1.513, 1.565, 1.634, 1.642, 1.643, 1.639 CC).

Além disso, com a entrada em vigor da Lei Nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, o divórcio e a separação consensuais se tornaram passíveis de serem requisitados por via administrativa, dispensando a necessidade de ação judicial,

bastando que as partes compareçam, assistidas por um advogado, a um cartório de notas e apresentar o pedido, desde que não exista litígio nem filhos menores.

Por último, a EC Nº 66/2010, inovou o ordenamento, ao conceder ao cônjuge, a prerrogativa de ajuizar a Ação de Divórcio no dia seguinte ao do casamento, não tendo mais que passar pela separação prévia, de modo que, se ambas as partes estiverem de acordo e não houveres filhos menores, a dissolução do casamento não precisará ser judicial, bastando que os interessados compareçam a um cartório para lavrar a escritura de divórcio.

Mais recentemente, os Estado de Goiás e São Paulo passaram a permitir a dissolução de uniões estáveis em cartório, mesmo nos casos em que se conste a presença de filhos menores, mediante a apresentação de protocolo referente ao processo de guarda e de alimentos, não mais se exigindo a sentença judicial.

Essa contínua facilitação dos divórcios e as dissoluções das uniões estáveis vem tornando possível a rápida constituição de novos vínculos matrimoniais e, conseqüentemente, novas configurações familiares, que passam a ser compostas pelo aglutinamento dos dependentes das relações anteriores somados aos herdeiros conjuntos.

Isso importa dizer que, na contemporaneidade, as famílias, muito diversamente dos tempos passados, passaram a ser constituídas com base nos sentimentos que permeiam cada um de seus componentes, como o amor, o respeito e a igualdade, tendo em vista a felicidade de todos.

Destarte, frente aos novos vínculos afetivos que se formam nos grupos familiares, com a proliferação da família, surgiu o fenômeno jurídico do reconhecimento de uma paternidade socioafetiva, alheia à presença de laços sanguíneos entre os pais e os filhos.

3 Efeitos jurídicos da socioafetividade

3.1 Conceitos e definições da socioafetividade

A família contemporânea é considerada a base da sociedade com uma estrutura pública como uma relação privada. O Estado tem o dever de proteger e preservar o organismo familiar, visando à busca pela felicidade individual e o desenvolvimento do caráter de seus membros, caracterizada como família eudemonista, haja vista a existência do sistema familiar democrático e não mais centralizado e patriarcal.

Portanto, os cidadãos passaram a ser livres do patriarcalismo e do perfil hierarquizado da família em tempos passados. É o que leciona Farias e Rosenvald:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para os seres humanos se complementem e se completam. Abandona-se, assim uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma cédula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 38).

Uma dessas novas entidades familiares é a família recomposta, também chamada de reconstituída, mosaica, pluriparental, formada pelo homem ou pela mulher que já possui filhos advindos de relacionamento anterior e que os traz para formarem uma nova família, com novo cônjuge ou companheiro, com os eventuais filhos que este também já possua e os filhos comuns do casal.

Os descendentes passam a conviver com o novo cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe, que exerce no dia a dia as funções típicas maternas e paternas, sendo chamados de padrasto e madrasta e os filhos chamados de enteado e enteada. (LÔBO, 2011, p. 95-96)

Ocorre, por conseguinte, uma superposição de papéis parentais, do pai e mãe e do padrasto e madrasta, que, normalmente, assumem a responsabilidade pelo enteado. Surgem, ainda, as interações sociais entre os filhos provenientes de cada um dos cônjuges ou companheiros com ou filhos comuns, o que, na visão de Lôbo, “[...] provoca incertezas acerca dos possíveis direitos e deveres emergentes, pois é inevitável que o padrasto ou a madrasta assumam de fato as funções inerentes da paternidade ou maternidade” (LÔBO, 2011, p. 25).

Considerando a relevância e a substancialidade que o vínculo socioafetivo adquire em torno dessas famílias, a Lei N° 11. 924, de 17 de abril de 2009, alterou o artigo 57 da Lei N° 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei dos Registros Públicos – autorizando o enteado a acrescentar em seu nome, o nome de família do padrasto ou madrasta, com a autorização do juiz, existindo expressa concordância destes, sem prejuízo dos apelidos de família e havendo motivo ponderável, conforme asseveram Ana Teixeira e Renata Rodrigues:

A lei autorizou, desta feita, a cumulação de patronímicos de modo que o nome – por definição, projeção social da personalidade – reflita exatamente o estado familiar da criança ou do adolescente, ou seja, se várias pessoas desempenharem funções parentais em sua vida, que o nome possa exteriorizar seus mais diversos estados de filiação. Conforme consta na justificativa do projeto de lei, de autoria do então deputado Clodovil, “pessoas que, estando em seu segundo ou terceiro casamento, criam os filhos de sua companheira ou companheiro como se seus próprios filhos fossem”, ou seja, exercem a autoridade parental. Trata a lei, portanto, de que o nome corresponda à sua realidade familiar. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 211)

A inovação legislativa serviu para diminuir a desigualdade no ambiente familiar, passando o enteado ou enteada a possuir o sobrenome da família reconstituída, igualando aos filhos comuns e meios-irmãos, como bem observam Farias e Rosenvald:

No direito comparado, o desenho das famílias ensambladas tem cores, tons e matizes ainda mais nítidos. Indo mais longe, o direito germânico contempla efeitos jurídicos entre padrasto ou madrasta e enteado, decorrentes de expressa previsão legal (o § 1687, b, do BGB), autorizando o padrasto ou a madrasta a exercer o direito de co-decisão com o seu cônjuge nas questões atinentes à vida cotidiana do filho, em sendo exclusiva do consorte a guarda do menor. Já o direito luso prevê a possibilidade de formulação de pedido de alimentos pelos enteados menores aos seus padrastos e madrastas. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 111).

Outro importante modelo familiar surgiu nos últimos anos, liderado por pessoas do mesmo gênero, sejam homens ou mulheres, denominado de união homoafetiva, institucionalizada pelo casamento ou pela união estável homoafetiva, reconhecida pelo STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, posteriormente convertida em ADI, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, e sua conversão em casamento, reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mediante resolução nº 175 de 2013. (MPF, 2017)

Tais famílias podem constituir filhos através das seguintes modalidades: I) reconstituição: quando um dos parceiros traz o filho já existente; II) adoção: legalizada ou não; III) co-parentalidade: quando um dos membros gera a criança com auxílio de alguém que forneça parceria biológica possível, de modo que os três métodos permitem o nascimento da paternidade (novamente utilizada em sentido amplo) socioafetiva.

Frisa-se, ainda, que a lei não estabelece nenhuma discriminação a respeito da orientação sexual ou da identidade de gênero do(s) adotante(s), o que nos faz concluir que tanto solteiros como casais homossexuais podem adotar, com fundamentação legal contida no art. 42, § 2º, do ECA. (BRASIL, 1990)

Diante desse contexto, na seara do Direito de Família, para Flávio Tartuce, mediante interpretação do dispositivo 1.595, permite dizer que existem três modalidades de parentesco admitidas no Direito Civil brasileiro, são elas:

Parentesco consanguíneo ou natural: aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico, por terem origem no mesmo tronco comum. Parentesco por afinidade: existente entre cônjuge ou seu companheiro e os parentes do outro [...]. Parentesco civil: decorrente de outra origem que não a consanguinidade ou afinidade. Tradicionalmente tem origem na adoção. Todavia a doutrina e a jurisprudência admitem duas outras formas: a decorrente de técnica de reprodução heteróloga, aquela efetivada com material biológico de terceiro, e a parentalidade socioafetiva. (TARTUCE, 2017, p. 1.410)

Segundo prelecionam Teixeira e Rodrigues é

O que constitui a essência da socioafetividade, o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é o genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geral tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou a maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a

prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade. (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 194)

Nesse sentido, a multiparentalidade e a filiação socioafetiva tiveram suas discussões iniciadas na última década e, por tal questão, embora haja uma corrente majoritária que vê com positividade sua aceitação, há muitos outros que não aprovam sua permissão. Esse último posicionamento ocorre principalmente quando se consideram as problemáticas acerca dos efeitos jurídicos advindos, especialmente nos sucessórios.

3.2 Efeitos jurídicos da socioafetividade

A parentalidade socioafetiva tem, como o próprio nome indica, um viés fortemente sociológico e não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se baseia no campo da afetividade, ultrapassando a verdade jurídica ou genética.

Pode ser dividida em quatro tipos: reprodução assistida heteróloga; adoção “à brasileira”, que refere-se em registrar uma criança sem o devido processo legal; adoção, como ato jurídico; e filho de criação, que desponta quando alguém educa, resguarda e protege em seu lar, por mera opção, criança ou adolescente, tratando perante terceiros como se o filho seu fosse. Dentre todos, os dois últimos tipos de filiação talvez sejam os que mais possibilitam a materialização do fenômeno da multiparentalidade.

Para Flávio Tartuce “a paternidade socioafetiva declarada ou não em registro não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (TARTUCE, 2017, p. 1.224)

Na mesma linha de raciocínio, o Código Civil, estabelece, como parentesco, o natural e o civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem (art. 1.593), e se estrutura em linhas e graus, nos termos ali estabelecidos (arts. 1.591, 1.592, 1.594 e 1.595), sendo entendidos pela doutrina e pela jurisprudência atuais, o parentesco “natural”, o parentesco biológico ou genético, e o parentesco “civil”, resultante de “outra origem”, o socioafetivo, compreendendo a adoção e a filiação oriunda das técnicas de reprodução assistida heterólogas.

No entanto, para que produza efeitos jurídicos, a socioafetividade deve ser reconhecida por sentença, mediante exposição da prova do afeto, de natureza subjetiva indubitável, e, necessariamente, dos efeitos sociais daí decorrentes, passíveis de aferição objetiva. A comprovação dos efeitos sociais autoriza a

declaração do vínculo de parentesco, mesmo sem o desejo expresso do pai (ou da mãe), que não tem mais afeto por aquele que, até então, fora seu filho.

Ou seja, para que se identifiquem os efeitos jurídicos da socioafetividade, é necessário, primeiro, determinar sua natureza jurídica e estabelecer seu conceito. Assim, o parentesco baseado na afetividade, deve ser externado na vida social, à semelhança de outras relações fundadas no afeto, mediante (pelo menos) *reputatio, nominatio e tractatus*, que são seus requisitos e que permanecem, mesmo quando findo o afeto, porque construídos na convivência em sociedade. Presentes esses requisitos, a socioafetividade se constitui como um dos pré-requisitos para o reconhecimento do vínculo de parentesco de outra procedência, a que se refere o artigo 1.593, do Código Civil.

Verifica-se, assim, que o parentesco socioafetivo, produz todos e os mesmos efeitos do parentesco natural, sendo seus efeitos pessoais: (a) a criação de vínculo de parentesco na linha reta e na colateral (até o 4º grau), permitindo a adoção do nome da família e gerando impedimentos na órbita civil, como os impedimentos para casamento, e pública, como os impedimentos para assunção de determinados cargos públicos; (b) a criação do vínculo de afinidade.

3.3 Direitos sucessórios

O direito de herança é garantido, constitucionalmente, no inciso XXX, do artigo 5º, assim como o direito de propriedade, previsto no inciso XXII, do mesmo artigo, estando os dois, intimamente ligados, considerando que sem a propriedade de bens nos fosse negada, não haveria herança a ser relegada.

Nesse contexto, as definições da herança estão contidas em legislação infraconstitucional, em especial no Código Civil, de 2002, cujo qual estabelece que a sucessão pode ser legítima ou testamentária.

A sucessão legítima encontra-se prevista em seu artigo 1.829, mediante a seguinte redação:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão

parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

(BRASIL, 2002)

Assim, em conformidade com o supracitado artigo, são considerados herdeiros necessários, portanto, os descendentes e os ascendentes, os cônjuges e companheiros, considerados herdeiros necessários, fazendo jus ao que se chama de legítima, ou seja, a pelo menos metade da herança deixada pelo morto.

De resto, o Código Civil estabelece, ainda, em seu art.1614, o prazo de quatro anos, contados da sua maioridade civil, para o filho reconhecido sem o seu consentimento impugnar este reconhecimento, não obstante o STJ já tenha se pronunciado, para aduzir que uma relação socioafetiva não retira o direito de o filho adotado à brasileira ter conhecimento de sua real história familiar e pesquisar sua verdade biológica usurpada desde o seu nascimento até a idade madura.

3.4 Direitos sucessórios e filiação socioafetiva

Sob o aspecto patrimonial são gerados direitos (deveres) a alimentos e direitos sucessórios, devendo, dessarte, a legitimação do parentesco com base na socioafetividade, ser criterioso, uma vez que envolve terceiros, necessariamente envolvidos na relação socioafetiva, mas que certamente serão alcançados pelo dever de solidariedade que é inerente às relações de parentesco.

Desse modo, entende-se que o filho socioafetivo tem o direito de pleitear o reconhecimento judicial de tal filiação (e dos seus consequentes efeitos sucessórios) a qualquer tempo, seja vivo ou já falecido o pai, apesar de que o reconhecimento da filiação socioafetiva, após o falecimento do suposto pai ou da suposta mãe afetiva, faz com que poucos julgadores reconheçam e legitimem tal relação paterno/materno-filial, conforme Fabiane Goulart:

Um dos principais argumentos para o não reconhecimento é que, se o pai ou a mãe socioafetiva quisesse ter manifestado a vontade de assumir a relação paterno/materno-filial teriam feito em vida ou mediante testamento. Outro argumento utilizado, como observado nas jurisprudências analisadas no

presente trabalho, é que esse tipo de ação visa somente o interesse patrimonial, ou seja, busca somente a quota do direito hereditário. Tais argumentos podem ser levados em conta quando realmente, no caso concreto, não foi comprovada a configuração da filiação sociológica. Até porque muitos podem utilizar desse artifício para conseguir um direito hereditário no qual não têm nenhum direito. (GOULART, 2013, p. 13)

Entretanto, cabe mencionar que o ordenamento jurídico pátrio adota o princípio ao juiz natural, aquele ligado ao judiciário que analisa a causa de forma imparcial, desligando-se de seus preconceitos. conforme previsto no artigo 131, do Código de Processo Civil, o qual diz que o juiz formará e motivará seu convencimento com base na livre apreciação da prova.

Assim, não cabe ao magistrado, a presunção de tratar-se de meros interesses patrimoniais, devendo, a filiação ser reconhecida pura e simplesmente com base na análise dos requisitos legalmente impostos, observando-se o artigo 1.593, do Código Civil e o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, visto que, biológico ou socioafetivo, filhos são igualmente filhos e, portanto, devidamente tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Diante de tal afirmação, fundamenta-se a divisão de herança prevista em lei, tendo em vista que o direito sucessório é uma decorrência da filiação, como também é ligada a filiação socioafetiva, sob as modalidades de sucessão legítima, herdeiros necessários, concorrência entre herdeiros e demais subdivisões, bem como a garantia de direito de herança sob testamento.

A ordem de vocação hereditária, prevista no art. 1.829 mesmo diploma legal, foi estabelecida conforme as relações de parentesco, onde os descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro, figuram na primeira classe de chamamento à sucessão. Uma vez reconhecida e declarada a filiação socioafetiva, este filho passa a ter todos os direitos sucessórios, nos termos do art. 227, § 6º, de modo que os filhos, sejam eles consanguíneos ou não, concorrem com igualdade e devem ter a partilha em quotas iguais.

Em 28 de março de 2017, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio do julgamento do Recurso Especial Nº 1.618.230 – RS (2016/0204124-4), proclamou um caso a respeito da socioafetividade, no qual reconheceu o direito de um idoso de quase 70 anos de idade a receber uma herança do seu pai biológico, através de uma ação de reconhecimento de paternidade, mesmo já tendo recebido o patrimônio de seu pai socioafetivo.

O aludido julgado, além de destacar o valor jurídico que possui a afetividade em todos os seus efeitos, demonstrou também que não existe hierarquização entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica, estando, elas, em posição de igualdade. O Supremo Tribunal Federal consolidou, também, que, independentemente de declarada, ou não, em registro público, a paternidade socioafetiva, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante com efeitos jurídicos próprios.

No tange ao direito sucessório, especificamente, a jurisprudência já reconheceu que a socioafetividade dá o direito de legitimidade ao direito sucessório, como analisa abaixo:

SEGURO DE VIDA. AÇÃO DE COBRANÇA. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE APELAÇÃO. PRETENSÃO DA COMPANHEIRA DO SEGURADO AO RECEBIMENTO DA TOTALIDADE DA INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO. PRESERVAÇÃO DE DIREITOS SUCESSÓRIOS A POSSÍVEL FILHO DO SEGURADO. Certidão De Óbito Com Informação Quanto À Existência De Filho. Princípio Da Veracidade Registral. Prova Documental Juntada Que Não É Capaz De Afastar A Informação Contida Na Certidão De Óbito. Cópia De Documento Do Pretenso Filho Juntada Aos Autos, Demonstrando Ser Outra Sua Filiação. **A Filiação Não Decorre Apenas Da Consanguinidade, Mas Também Da Socioafetividade.** Inteligência Do Art. 1.593 Do Cc/2002. **Multiparentalidade Admitida Pelo Stf (Tema 622 – Repercussão Geral).** Ação De Inventário Que Não Admite Questões De Alta Indagação, Sendo Indiferente O Seu Desfecho. Prova Juntada Pela Própria Autora (Autos De Ação De Abertura De Testamento) Que Admite A Existência De Vínculo Socioafetivo Entre Segurado E O Pretenso Filho, A Corroborar As Conclusões Adotadas Na Sentença. Dúvida Razoável Que Impede A Procedência Do Pedido RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - APL: 10065344720168260562 SP 1006534-47.2016.8.26.0562, Relator: ALFREDO ATTÍE, Data de Julgamento: 01/10/2018, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/10/2018, grifo nosso).

Dessa forma, mesmo com as lacunas presentes no ordenamento jurídico quanto à regulamentação dos efeitos sucessório nas hipóteses de filiação

socioafetiva, a doutrina e jurisprudência vêm se aperfeiçoando no reconhecimento desta modalidade de filiação, garantindo àqueles que efetivamente preenchem os requisitos de posse do estado de filho a transferência de bens, direitos, encargos e obrigações, quando da abertura da sucessão, no caso de enquadramento como herdeiro, conforme ordem de sucessão hereditária.

Assim, não restam dúvidas de que o entendimento da Suprema Corte segue no sentido de que a multiparentalidade acarreta efeitos e garante o direito à sucessão, pois declara, expressamente, que a filiação socioafetiva concomitante com a filiação biológica produz consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

Considerações finais

Conforme visto no decorrer deste estudo, o ordenamento jurídico brasileiro, fundamentado na Lei Maior, de 1988, não admite diferenciação entre os filhos, sejam eles consanguíneos, adotivos, ou socioafetivos, sendo a tutela jurídica dada à afetividade, por vezes, maior do que a disponibilizada para o direito consanguíneo, já que, por muitas vezes, há mais afeto, amor e reconhecimento daquele que não é parente do que daquele que gerou o indivíduo.

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Ainda mais, quando a Ação Investigatória de Paternidade é ajuizada por iniciativa do próprio filho, o maior interessado.

A sucessão legítima, conforme disposto no artigo 1.829, do Código Civil, estabelece os descendentes e os ascendentes, os cônjuges e companheiros, considerados herdeiros necessários (CC 1.845), fazendo jus ao que se chama de herança legítima, ou seja, a pelo menos metade da herança deixada pelo morto.

Os parentes colaterais, ou herdeiros facultativos, por outro lado, somente herdarão quaisquer bens, se não existirem herdeiros necessários, nem testamento a terceiros.

Uma vez que não existe previsão legal expressa destinada aos direitos sucessórios em razão da socioafetividade, o tema é abordado pela doutrina e jurisprudência, cujas quais reconhecem, de forma majoritária, o direito à sucessão, como herdeiro necessário, eis que descendente, com base no princípio da igualdade entre os filhos, trazido pela Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, reforçado pelo artigo 1.596 do Código Civil.

Destarte, estando presentes os requisitos do que se chama de posse de poder de filho, será consolidado o vínculo parental, ainda que não assentados na realidade natural, ou biológica, possuindo relevância jurídica para todos os fins de direito, nos limites da lei civil, sendo, portanto, reconhecida como legítima a relação de parentesco socioafetivo.

Conclui-se, assim, que direito à sucessão, em consonância com direito de família possui como princípio primordial, o princípio da dignidade da pessoa humana que tem por objetivo suceder a herança de maneira digna e justa, de maneira que as regras da sucessão devem ser aplicadas na multiparentalidade, garantindo a igualdade entre os parentes biológicos e socioafetivos.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 de abril de 2020

_____. 1990. ECA. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 de abril de 2020.

_____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: Acesso em: 23 de ago. de 2019.

_____. 2017. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial: 1618230 RS 2016/0204124-4, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 28/03/2017, T3 – Terceira Turma. Data de Publicação: Dje 10/05/2017) Disponível em: Acesso em 25 de abril de 2020.

_____. 2018. Tribunal de Justiça de São Paulo, Recurso de Apelação: 10065344720168260562 SP 10065534, Relator: Alfredo Attié. Data de Julgamento: 01/10/2018, 26ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 01/10/2018. Disponível em: Acesso em: 02 de out.2019.

_____, 2019. Tribunal de Justiça de Goiás, Agravo Interno na Apelação Cível: 00686581220158090168, Relator: Carlos Hipolito Escher. Data de Julgamento: 12/02/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 12/02/2019. Disponível em <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/739455244/apelacao-cpc-2254693620108090051/inteiro-teor-739455266>. Acesso em 20 de abril de 2020.

DIAS, Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. 9.ed. revista atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais (editora)2º tiragem. São Paulo, 2015, p.409.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Direito das Famílias. Volume 6. 4ª. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

GOULART, Fabiane Aline Teles. O reconhecimento da filiação socioafetiva e seus reflexos nos direitos sucessórios. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XIV, n.32, p.17, fev/mar 2013

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do "numerus clausus". Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Porto Alegre, vol. 3, n. 12, jan./mar. 2002, p. 6.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBTI: Conceitos e Legislação, 2ª edição, Brasília: MPF, 2017. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midiateca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017>. Acesso em 23 de abril de 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil, volume único, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1.410.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade. São Paulo: Atlas, 2010.

NOTAS:

[1] Autor de livros e advogado. Mestre em Direito pelo o Instituto Nacional de Ensino Superior e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM/MG, Pós-Graduação em Processo Judiciário pela FIC/SERGIPE, Pós-Graduação em Docência e Gestão em Ensino Superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus -CEULM/ULBRA.

A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO FOMENTO E NA FISCALIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

IONÁ BEZERRA OLIVEIRA DE ASSUMÇÃO:

Graduando em Direito e Servidor Público Estadual, e trabalha no Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR [1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho objetiva delinear sobre o papel dos Tribunais de Contas na consolidação e efetivação da participação popular na fiscalização da *res publica*, e as medidas punitivas aplicáveis ao descumprimento. Com o advento da Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência), Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e da Lei nº 13.460/2017 (Lei de participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos), consideradas regras de garantia de participação popular (Controle Social), muito se questiona sobre a participação dos Tribunais de Contas como agente fiscalizador e sancionador no cumprimento destes dispositivos legais. Com esta pesquisa busca-se apresentar conceitos e a hermenêutica das Leis de Acesso à Informação, Lei da Transparência e o papel das Ouvidorias, bem como a importância dos Tribunais de Contas no fomento destes, e de outras espécies de controle social. Portanto no presente trabalho busca-se elaborar um estudo sobre os principais tipos de controle social, e atuação dos Tribunais de Contas no fomento e no fortalecimento da participação popular na fiscalização dos atos e despesas públicas, através da apresentação de conceitos doutrinários e jurisprudências dos tribunais acerca do tema. Será adotada como metodologia a documental teórica qualitativa, baseada em doutrinas, jurisprudências e legislações relacionadas.

Palavras-chave: Controle Social; Tribunais de Contas; Administração Pública.

INTRODUÇÃO

A corrupção no Brasil adquiriu visibilidade mundial nos últimos anos, em meio a diversas denúncias e investigações policiais sobre desvios de dinheiro público, lavagem de dinheiro e fraudes, o controle da gestão pública vem se destacando como medida necessária no combate a estas práticas.

Para além da atuação do Controle Interno (fiscalização exercida no âmbito da própria Administração Pública) e do Controle Externo (exercido por entidade

externa à Administração Pública), o Controle Social demonstra ser um importante aliado no enfrentamento da má gestão e dos crimes a ela relacionados.

O Controle social é aquele exercido pela sociedade em geral, com o objetivo de acompanhar as ações governamentais, na execução de projetos e dos seus respectivos gastos, no intuito de ter um serviço público de qualidade e eficiente.

A importância deste controle pelo povo restou evidente com o advento da Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência); Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e da Lei nº 13.460/2017 (Lei de participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos), consideradas regras de garantia de participação popular.

Por ser um órgão que tem por competência precípua a fiscalização do Erário Público, o Tribunal de Contas exerce um papel fundamental no fomento do cumprimento destas leis e, conseqüentemente no fortalecimento do controle social. É neste contexto, que se apresenta a seguinte problemática: como funcionam, quais são os instrumentos de Controle Social e quais medidas são tomadas pelos Tribunais de Contas para garantir o seu efetivo cumprimento?

Deste modo, a presente pesquisa objetiva, em linhas gerais, delinear sobre o papel dos Tribunais de Contas na consolidação e efetivação da participação popular na fiscalização da *res publica*, e as medidas punitivas aplicáveis ao descumprimento pelo gestor público.

Para tanto, de modo específico, serão apresentados aspectos conceituais do Controle Social, a contextualização sobre a sua inserção e aplicação nos principais instrumentos de participação popular: Lei de Acesso à Informação, Portais da Transparência e Ouvidorias, e abordar quais medidas estão sendo adotadas pelos Tribunais de Contas para punir os agentes públicos e políticos que inviabilizam informações que deveriam ser de livre acesso ao cidadão, bem como no incentivo da criação das Ouvidorias como intermediadoras do Controle Social.

A escolha do tema "A Importância dos Tribunais de Contas no Fomento e na Fiscalização dos Instrumentos de Controle Social", reside, na convergência entre os interesses da sociedade e a missão dos Tribunais de Contas, e esta última deve ser vista como elemento fortalecedor da primeira. Para tanto, serão abordados os instrumentos que os Tribunais de Contas dispõe para fomentar o controle social.

Há de se considerar que como agente fiscalizador, integrante do Controle Externo brasileiro, os Tribunais de Contas têm um papel importante na tutela do

controle social, como medida de manutenção e de garantia do Estado democrático de Direito.

Sendo assim, a importância desta pesquisa, reside no fato de que se busca aferir quais as medidas estão sendo adotadas pelos Tribunais de Contas, para garantir que a Administração Pública cumpra as leis que determinam a publicidade de seus atos e que permitam efetivamente o acesso à informação para qualquer cidadão fiscalizar os atos de gestão pública.

Nesta seara o presente trabalho abordará esta discussão à luz das espécies de controle social, no intuito de contribuir com o debate jurídico e com os estudos afetos à participação dos Tribunais de Contas no cumprimento pelos seus jurisdicionados, das leis voltadas para o controle social, bem como com os profissionais da área jurídica, pois trará uma abordagem significativa da temática no contexto da Administração Pública.

Serão adotadas como método de pesquisa a documental teórica embasada em doutrinas, jurisprudências e entendimentos de Tribunais de Contas, por meio de uma abordagem descritiva sobre diversos aspectos e conceitos delineados por doutrinadores e pesquisadores da temática, a partir de ampla revisão teórica bibliográfica.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TIPOS DE CONTROLE NO BRASIL

Por diversas vezes, o Constituinte preocupou-se em estatuir na Constituição Federal (BRASIL, 1988), meios que possibilitassem haver um amplo controle e fiscalização dos atos praticados pelo poder público, como se constata, por exemplo, da leitura dos artigos 31, 70, 71 e 74 do referido diploma.

Tal medida fundamenta-se no fato de que a Administração Pública só pode atuar para proteger e suprir os interesses da coletividade. Por este motivo, a legislação atribui competências aos agentes públicos e, ao mesmo tempo, define claramente os limites para o exercício de tais atribuições, o que é chamado pela doutrina como Controle da Administração Pública (MAZZA, 2018, p. 435).

Não obstante a previsão constitucional, algumas situações de controle encontram-se também pacificadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, o qual já sumulou entendimento de que a Administração Pública pode exercer um autocontrole (autotutela) dos seus atos, e que o Tribunal de Contas pode realizar um controle de legalidade dos atos administrativos, no âmbito de sua jurisdição, vejamos:

O controle é exercido sobre diversas vertentes e formas, mas para não alargar a presente pesquisa, trataremos sobre o controle exercido no âmbito da Administração Pública. Como se extrai do excerto acima, o controle pode ser exercido por órgãos e entidades dotadas de autonomia específica para tanto, pela própria Administração Pública que exerce um autocontrole quando anula ou revoga seus próprios atos, quando revestidos de ilegalidade ou por conveniência e oportunidade.

Assim, o controle se mostra essencial para consecução da fiscalização do Erário Público, sendo tratado exaustivamente em nosso ordenamento jurídico devido à relevância da sua aplicação.

1.1 A TIPOLOGIA DO CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há diversas classificações para o controle dos atos administrativos na doutrina. Meirelles (2016, p. 796), considera que os tipos e formas de controle possuem variantes conforme “o Poder, órgão ou autoridade que o exercita ou o fundamento, o modo e o momento de sua efetivação”. Ainda segundo o ilustre professor, as formas de controle podem ser:

Já para a autora Di Pietro (2017, p. 971-972) o controle administrativo pode ser exercido por órgão administrativo, legislativo ou judicial. Quanto ao momento que ocorre o controle pode ser prévio, concomitante ou posterior ao ato. Ela ainda afirma que também pode ser interno ou externo e ser aplicado quanto à questão da legalidade ou de mérito.

A classificação segundo Medauar (2018, p. 376) baseia-se no critério do agente controlador para distinguir as espécies de controle aplicadas à administração, conforme pode ser visto abaixo:

A autora classifica como controle externo “se o controle é efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração”.

O controle interno é um órgão vinculado à Administração Pública fiscalizada, mas que é dotado de autonomia e independência para exercer suas atividades. Também integra as ações de controle interno, a fiscalização feita por órgão superior sobre os vários departamentos administrativos que o compõem.

Já o controle externo é exercido por entidade distinta da Administração Pública, cuja competência é comumente prevista na Constituição Federal, são exemplos de Controle Externo, o controle do Judiciário sobre atos do Executivo em ações judiciais, ou do Tribunal de Contas sobre atos do Executivo e do Judiciário.

Acerca das características do Controle, Medauar (2018, p. 376) destaca em sua obra que:

O controle incide sobre diversas matérias, incluindo-se, a verificação da legalidade de ato administrativo, confronto das informações contábil-financeiro, análise do cumprimento dos princípios e critérios de eficiência, produtividade e qualidade da gestão. Este controle pode ser exercido antes da consecução do ato, em tempo real ou após a efetivação deste.

Esta fiscalização pode refletir um ato isolado ou em conjunto com os demais, de forma a abranger todos os passos que originaram determinada medida administrativa, neste contexto, o Controle Interno e Externo podem atuar de forma separada ou em conjunto.

Há que se ressaltar que o Controle existe para além das fiscalizações feitas no âmbito da própria administração, ou por órgãos ou entidades diversas, ele pode ser exercido por qualquer cidadão, por meio do controle denominado Controle Social.

2. CONCEITO E TIPOS DE CONTROLE SOCIAL

O conceito de Controle Social está atrelado à participação da sociedade civil na fiscalização dos atos e atividades da Administração Pública, de modo a identificar a adequada utilização dos recursos públicos para suprir as necessidades da população.

Nesta seara, ensina Callado e Paiva (2004, p. 06):

O controle social está intimamente ligado com o exercício da cidadania e da premissa de que o poder que emana do povo, sacramentado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988 (CRF/88).

Esta referência sobre cidadania ainda está contido no conceito apresentado por Siraque (2004, p. 116):

O cidadão, por meio deste controle, pode fazer uma análise tanto do mérito (conveniência e oportunidade) quanto da legalidade de uma decisão estatal, ou seja, se o ato praticado pela Administração Pública, em todas as suas esferas, correspondem aos planos e projetos governamentais estabelecidos, bem como se atendem as normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes. (SIRAQUE, 2004, p. 113).

Abstrai-se que diferentemente dos controles interno e externo, já referenciados nesta pesquisa, o controle social é uma faculdade do cidadão, que não possui obrigação legal de exercer esta fiscalização, o ordenamento jurídico, neste caso, dispõe de vários instrumentos para que este seja realizado.

Sopesado na clareza que devem revestir os gastos públicos, a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, comumente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF estabelece um capítulo inteiro para tratar da Transparência, Controle e Fiscalização da Gestão Fiscal.

O artigo 48 da referida Lei aduze que:

O objetivo deste dispositivo é garantir a transparência da gestão fiscal, de modo que qualquer cidadão tenha acesso aos planos e gastos públicos, e, assim, exerça ativamente sua cidadania.

Vários são os instrumentos de controle e participação popular dispersos em diferentes normas brasileiras. Todavia, no intuito de otimizar e delimitar o escopo do presente trabalho, tratar-se-á nos itens que se seguem, dos principais mecanismos de Controle Social: Lei de Acesso à Informação, Portais da Transparência e Ouvidoria.

2.1 Lei de Acesso à Informação

O direito de acesso à informação é um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXIII da Constituição de 1988, que prevê:

O constituinte ao dispor tal dispositivo, privilegiou a transparência e a publicidade dos atos administrativos, possibilitando que qualquer cidadão tenha acesso tanto às suas informações pessoais quanto às de interesse coletivo.

Não obstante a previsão constitucional, no dia 18 de novembro de 2011 foi promulgada a Lei Federal nº 12.527, que ficara conhecida popularmente como Lei de Acesso à Informação - LAI.

Acerca da Lei de Acesso à Informação, Motta (2018, p. 273) traz as seguintes considerações:

Para garantir o acesso à informação, a LAI, em linhas gerais, alberga os seguintes princípios: o acesso à informação é a regra e o sigilo à exceção; o requerente não precisa justificar o motivo da solicitação; as hipóteses de sigilo são limitadas e legalmente estabelecidas; as informações devem ser fornecidas a título gratuito, excetuando custos de reprodução; fixação de procedimentos que facilitem

o acesso à informação, e divulgação proativa de informações de interesse geral e coletivo.

A intenção clara da norma é proporcionar ao cidadão comum, o acesso à informação para acompanhar e fiscalizar todos os atos da administração pública, excetuando os considerados sigilosos, e garantir a efetividade do controle social.

2.2 Portais da Transparência

A lei de acesso à informação, como já tratado anteriormente, adentrou ao ordenamento jurídico como meio de garantir o acesso ao cidadão dos atos de gestão da Administração Pública e dar cumprimento ao princípio da gestão participativa.

O artigo 8º da LAI estabelece que os órgãos e entidades devem divulgar as informações de interesse coletivo ou geral, em local de fácil acesso, complementando no parágrafo § 2º, que: “para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).”

Antes mesmo da Lei de Acesso à informação de 2011, determinar que as informações sejam divulgadas na rede mundial de computadores, o Decreto Federal nº 5.482, de 30 de junho de 2005, já estabelecia ao Poder Executivo Federal a manutenção de um Portal da Transparência, em sítio eletrônico, para veicular dados e informações detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira da União. A Lei nº 12.527/2011, portanto, veio ratificar esta obrigatoriedade a todos os entes públicos.

Ao estudar o Decreto nº 5.482/2005, Figueiredo; Santos (2014, p. 10-11) esclarecem que:

No âmbito federal, o legislador incumbiu a Controladoria-Geral da União, a regulamentação e manutenção dos portais da transparência de sua competência, estabelecendo um conteúdo mínimo que deverá constar nos portais das demais entidades.

E, para garantir a abrangência e eficiência da divulgação das informações o governo federal criou dois veículos de informação, sendo o primeiro o Portal da Transparência, em sítio único, com informações sobre ações e programas do governo federal e divulgações dos respectivos recursos públicos, e, a segunda, a página da Transparência Pública, contendo os canais de transparência e informações de

execução orçamentária e financeira da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (FIGUEIREDO; SANTOS, 2012, p. 11)

O Portal da Transparência das Entidades e Órgãos Públicos se insere na categoria de transparência ativa das informações, neste ponto, cumpre trazer a diferenciação proposta por Resende; Nassif (2015, p.10):

Depreende-se que a transparência ativa é de iniciativa da própria Administração Pública, que de forma voluntária disponibiliza dados sobre sua gestão, compreendendo, portanto, seu portal da transparência. De outro modo, a transparência pacífica corresponde às informações fornecidas mediante solicitação do cidadão, e está estritamente atrelada ao direito de acesso à informação e princípio da publicidade.

Os dados postados no portal da transparência devem ser claros e com linguagem cidadã, para que qualquer pessoa possa exercer com plenitude o controle das ações públicas e apresentar denúncias, reclamações e demais atos afetos ao exercício da cidadania.

2.3 Ouvidoria

A instituição da Ouvidoria no Brasil, remota aos primórdios da sua descoberta, mais precisamente no ano de 1548, com a figura do Ouvidor-Geral com as funções de Corregedor-Geral da Justiça em todo o território recém-colonizado.

O Ouvidor-Geral naquela época atuava como uma espécie de juiz ou de um auxiliar direto dos donatários das capitanias hereditárias, diferentemente, das funções exercidas atualmente pelo ouvidor, que se estabelece como elo de comunicação entre o cidadão e a Administração Pública. Nesta senda, Nelson (2017, p. 1) esclarece:

Trata-se de mais um instrumento de exercício da cidadania, que visa aproximar o governado do governante. Em sua origem recente, as Ouvidorias foram instituídas para fazer cumprir o art. 37, §3º, I, II e III da Constituição Federal (CRF/88), que assim determina:

Por força constitucional estas instituições objetivam contribuir com o cidadão em suas relações com o Estado, viabilizando a oposição de críticas e sugestões de modo que estas contribuam com a melhoria do serviço público prestado pelos agentes públicos. Através deste mecanismo é reforçada a ideia de democracia e da mediação como meio de solução dos conflitos de ordem pública, no entanto, há de se ressaltar que não compete às ouvidorias a apuração de

responsabilidades, aplicação de punições ou aferição de culpa. (CAVALCANTE, 2016, p. 268-269).

Dentre as atividades exercidas pela Ouvidora encontra-se: a) o recebimento das demandas, onde o requerente manifesta seu interesse nos canais disponibilizados; b) a análise desta solicitação (se é sigilosa ou não, e o encaminhamento que deve ser dado); c) o encaminhamento, em que a demanda é enviada para avaliação da unidade responsável, com conhecimento ao cidadão; d) o acompanhamento, onde o responsável pela ouvidoria acompanha a demanda e zela pela clareza e presteza da informação (podendo inclusive encaminhá-la para autoridade superior, se a manifestação for insuficiente ou rasa) e, por fim, tem-se a resposta ao cidadão e o encerramento (uma demanda só pode ser concluída se a resposta for satisfatória). (CAVALCANTE, 2016, p. 277-278).

Pela tramitação elencada, nota-se que a ouvidoria pública assemelha-se aos Serviços de Atendimento ao Consumidor do âmbito privado, pois, é a unidade responsável por receber denúncias, reclamações e sugestões e propiciar todos os meios necessários para que o interesse do cidadão seja satisfeito.

Este raciocínio ficou mais patente com a promulgação da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

Referida lei evidencia a importância das Ouvidorias no âmbito público, ao dispor:

Como instrumento essencial para a transparência e aproximação da entidade com os cidadãos, a Ouvidoria ganhou espaço significativo no ordenamento jurídico com a edição desta lei, que para além de estabelecer competências e atribuições para a instituição, estabelece prazos e critérios a serem cumpridos pela administração pública.

Os benefícios advindos do trabalho das Ouvidorias não se limitam a viabilizar o Controle Social, são ferramentas importantes para os gestores públicos avaliarem qualitativamente a prestação de seus serviços, e redirecionar suas ações em prol da eficiência e efetividade da gestão.

3. O FOMENTO E FISCALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Conforme já tratado anteriormente, o controle e a fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas advêm do art. 71 da Constituição Federal (CRF/88) e estão inseridas na categoria de Controle Externo das atividades administrativas.

Como agente fiscalizador, o Tribunal de Contas afigura-se, assim, como outras entidades de Controle, como entidade responsável por salvaguardar os direitos e interesses da coletividade, principalmente no que se refere à obtenção de informações e exercício da cidadania pelo controle social.

Estabelecendo esta relação entre Tribunal de Contas e Controle Social, Pascoal; Farias (2012, p. 159), prelecionam que:

A própria Carta Magna estabelece estrita relação entre o cidadão e o Tribunal de Contas, que neste contexto deve estabelecer mecanismos que garantam o efetivo cumprimento da Lei de Acesso à Informação materializada nos Portais da Transparência (transparência ativa) e no fortalecimento e instituição de Ouvidorias de seus jurisdicionados.

Neste sentido, cumpre trazer a lume algumas medidas adotadas pelas Cortes de Contas nacionais, para consecução destes objetivos. O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins – TCE/TO, por meio da Resolução TCE/TO nº 282/2019[2], aplicou multa ao município, por ausência de implementação do Portal da Transparência, conforme se verifica abaixo:

Observa-se que a ausência do Portal da Transparência é infração grave à Constituição Federal (princípio da publicidade), e às Leis de Acesso à Informação e Responsabilidade Fiscal. No caso concreto, o TCE/TO aplicou a multa ao gestor e determinou à unidade técnica competente, a realização de monitoramento desta decisão:

A gravidade pelo descumprimento da LAI, com a manutenção de informações de interesse público na rede mundial de computadores, pode impossibilitar que a entidade receba transferências voluntárias da União, gerando inúmeros prejuízos à Administração Pública.

Em sede de análise dos Portais da Transparência, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, por meio do Acórdão nº 441/2016[3], proferiu a seguinte decisão:

Assim como no Tocantins, a Corte mato-grossense determinou o monitoramento do Portal da Transparência, e concedeu aos municípios relacionados na decisão, o prazo de 90 (noventa) dias para adequarem os seus portais.

Não obstante a atuação ostensiva e punitiva engendrada pelas Cortes de Contas, para garantir a efetividade do cumprimento das legislações que garantem o controle social, vários projetos de caráter preventivo, como cursos, palestras e canais

de atendimento são criados para participação dos gestores das entidades e da sociedade em geral.

Ao fazer um estudo de caso sobre as Ouvidorias estaduais e as atividades do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins afetas ao Controle Social, Pereira; Marques (2019, p. 14) tecem as seguintes considerações:

Para além de realizar diversas capacitações voltadas ao Controle Social, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins realizou um concurso, com premiação, intitulado “Fiscalize em um minuto” voltado para a população tocantinense. O projeto prevê o envio de um vídeo de 1 (um) minuto demonstrando a fiscalização que qualquer cidadão pode fazer da *res publica*.

As Cortes de Contas, portanto, exercem o fomento do controle social de modo ativo aplicando multas e fixando prazos, e em caráter educativo, por meio de projetos, cursos e capacitações, além de manter as suas Ouvidorias em funcionamento, para receber denúncias, esclarecimentos e reclamações de sua própria unidade e de seus jurisdicionados.

O papel do Tribunal de Contas no fortalecimento do Controle Social é inarredável e essencial, pois, através de ações efetivas é que se constrói uma sociedade justa e solidária.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, criou mecanismos de controle das ações da Administração Pública, visando coibir atos ilícitos e garantir o exercício da cidadania pelo povo brasileiro.

Este controle pode ser exercido no âmbito da própria Administração Pública, ou seja, o Controle Interno. Quando este é exercido por entidade ou órgão diverso da Administração é denominado de Controle Externo.

Todos os instrumentos de controle objetivam o regular dispêndio dos recursos públicos, a eficiência dos serviços prestados à coletividade e garantir o cumprimento da lei e da participação popular nas ações e projetos governamentais, e neste contexto, viabilizar o Controle Social.

O Controle Social está intimamente ligado com o exercício da cidadania, onde o cidadão de forma individual ou coletiva fiscaliza os atos e atividades da Administração Pública, de modo a identificar a adequada utilização dos recursos públicos para suprir suas necessidades e interesses.

Pela relevância do Controle Social na democracia e no exercício da cidadania, o Brasil promulgou diversas normas e estabeleceu mecanismos para assegurar o acesso à informação e estabelecer canais de comunicação com o Erário Público.

As principais fontes de Controle Social foram asseguradas pela Lei de Acesso à Informação – LAI, que atrelada a outros dispositivos normativos, determinou que todas as entidades públicas mantivessem atualizadas, em seu sítio eletrônico (Portal da Transparência), informações sobre os atos de gestão de interesse social.

Por meio das Ouvidorias, criou-se um canal direto de comunicação entre o cidadão e a Administração Pública, que de forma independente, atua para assegurar que o pleito seja satisfatoriamente atendido.

Neste contexto de garantia do Controle Social, o Tribunal de Contas se mostra um importante aliado, pois no âmbito de sua competência pode fixar prazo para regularização do Portal da Transparência, alertar os gestores quanto ao correto cumprimento de normas e acesso às informações e aplicar multas aos gestores infratores.

Para além de sua competência ativa e sancionadora, os Tribunais de Contas brasileiros atuam ostensivamente na formação pedagógica voltada para as atividades de Controle Social, ministrando cursos, palestras e elaborando Concursos com premiações para o cidadão comum, no intuito de fomentar a fiscalização da *res publica*.

Não obstante diversas ações expendidas pelas Cortes de Contas, o Controle Social merece uma articulação e boa vontade de toda a Administração Pública, elaborando iniciativas voltadas para a educação da cidadania, que deve subsistir desde a mais tenra idade. Uma sociedade consciente e participativa alavanca a qualidade dos serviços públicos e o crescimento socioeconômico do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005. Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da Rede Mundial de Computadores - Internet. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5482.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. **Representação em sede de fiscalização no Portal da Transparência**. Representação nº 12151/2018. Relator: Conselheiro Alberto Sevilha. 29 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.tce.to.gov.br/e-contas/processo/DocumentosProcSite.php?numero=12151&ano=2018&scriptCase=S>>. Acesso em: 03 out.2020.

CALLADO, Aldo Leonardo Cunha; PAIVA, Rodrigo Márcio Medeiros. **O Controle Social na Administração Pública: Propostas para Estruturar e Estimular seu Desenvolvimento**. 2004. Disponível em: < <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2004-gpg-1579.pdf> >. Acesso em: 21 set. 2020.

CAVALCANTE, Maria Lailze Simões Albuquerque. **Ouidorias Públicas: Conceito, Papel, Evolução e Qualidade no Controle Social**. Revista Controle – Doutrina e Artigos, v. 12, nº 2, 25 nov. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. atual. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. **Transparência e Controle Social na Administração Pública**. 2013. Disponível em: < <https://periodicos.fclar.unesp.br/temasadm/article/view/6327/4715> > Acesso em: 02 out. 2020.

PEREIRA, Karla Lima; MARQUES, Vinícius Pinheiro. Possibilidade de atuação das ouvidorias públicas dos Tribunais de Contas Estaduais: **um estudo de caso das**

demandas do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/73554/possibilidades-de-atuacao-das-ouvidorias-publicas-dos-tribunais-de-contas-estaduais>> **Acesso em: 03 out. 2020.**

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 46 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 27 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

NELSON, Mário. **A Importância da Ouvidoria e sua Função Social**. 2017. Disponível em: <<https://omd.com.br/blog/a-importancia-da-ouvidoria-e-sua-funcao-social/>> Acesso em: 04 out. 2020.

PASCOAL, Valdecir Fernandes Pascoal; FARIAS, Willams Brandão de. **O papel dos tribunais de contas no fortalecimento do controle social: o Programa TCEndo Cidadania do TCE-PE**. Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar?um=1&ie=UTF-8&lr&q=related:XinDkIf8ZDZ_cM:scholar.google.com/> Acesso em 03 out. 2020.

RESENDE, Walisson da Costa Resende; NASSIF, Mônica Erichsen. **Aplicação da lei de acesso à informação em portais de transparência governamentais brasileiros**. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518-2924.2015v20n42p1/29132>> Acesso em: 02 out. 2020.

SIRAQUE, Vanderlei. **O Controle Social da Função Administrativa do Estado: Possibilidades e Limites na Constituição de 1988**. 2004. Disponível em: <<http://www.siraque.com.br/monografia2004.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2020.

NOTAS:

[1] Júnior, Edy César dos Passos, titulação:Mestre. E-mail: edycesar@gmail.com.

[2] BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Resolução TCE/TO nº 282, de 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.tce.to.gov.br/e-contas/processo/DocumentosProcSite.php?numero=12151&ano=2018&scriptCase=S> Acesso em: 03 out. 2020

[3] BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. Acórdão nº 411, de 16 de agosto de 2016.

Disponível em:
< https://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/145564/ano/2015/num_decisao/441/ano_decisao/2016 > Acesso em: 03 out. 2020

A PANDEMIA DO COVID-19 E OS CONTRATOS DE OBRAS CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS: UMA ANÁLISE DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL NA LEI Nº 13.303/16 E DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

KELEN DE SOUZA NASCIMENTO:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ; Pós Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas; Advogada da Petróleo Brasileiro S.A - PETROBRAS

RESUMO: A pandemia do Covid-19 impactou diversos contratos, entre eles, os contratos de obras celebrados pelas empresas estatais, provocando eventuais desequilíbrios que começam a ser objeto de pleitos apresentados pelas empresas contratadas. O presente artigo tem por objetivo analisar os institutos jurídicos do Direito Civil e da Lei nº 13.303/16 aplicáveis à situação ora vivenciada, considerando as peculiaridades destes contratos, bem como o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca do assunto, além de propor sugestões para os contratos em vigor e para aqueles que serão celebrados no curso da pandemia.

Palavras-chave: Covid-19. Caso Fortuito e Força Maior. Desequilíbrio Contratual. Teoria da Imprevisão. Onerosidade Excessiva. Lei nº 13.303/16. Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da força obrigatória dos contratos e da cláusula *rebus sic stantibus*; 3. Do caso fortuito e força maior; 4. Das hipóteses de revisão do contrato para reestabelecimento de seu equilíbrio; 5. Dos requisitos para revisão do contrato em caso de desequilíbrio decorrente de álea econômica; 6. Do entendimento do tribunal de contas da união sobre desequilíbrio contratual; 7. Recomendações para os contratos em vigor e para os que serão celebrados; 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China, foram identificados os primeiros casos de contaminação pelo novo coronavírus (SARS-CoV2 ou Covid-19). Após uma crescente evolução de casos ao redor do mundo, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde reconheceu o surto como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII).

Antes mesmo dos primeiros casos serem identificados no Brasil, os contratos de fornecimento de equipamentos já sofriam os impactos deste evento sem

precedentes na história recente, tendo em vista a restrição de insumos e atrasos na entrega de bens produzidos na China e em outros países atingidos.

Em meados de março de 2020, efeitos mais evidentes foram percebidos nos contratos de engenharia executados no Brasil, como a suspensão de atividades e/ou a redução de contingentes de mão de obra por determinação de autoridades competentes no âmbito dos governos estaduais e municipais.

Ainda assim, o setor da construção civil apresentou avanço nos períodos mais críticos da pandemia do Covid-19[1]no Brasil. Contribuíram para este cenário, o Decreto nº 10.344, de 11/05/2020, que definiu a atividade como essencial[2], bem como algumas características específicas deste serviço, como a execução das atividades em áreas abertas e a possibilidade de manutenção de um distanciamento mínimo entre os trabalhadores.

No entanto, para que as atividades continuassem, foi necessária a adoção de medidas mitigadoras adicionais, com o objetivo de evitar surtos de contaminação entre os trabalhadores.

No Município de Itaboraí, por exemplo, houve determinação para que as obras Polo GasLub da Petrobras, antigo Comperj, fossem interrompidas em 70% de suas atividades. A retomada só foi possível cerca de um mês depois, com a aprovação, pela Secretaria Municipal de Saúde, de um plano de ação de combate ao Covid-19. Em regra, os planos de retomada previam a disponibilização de equipamentos adicionais de EPI, como máscara de proteção e álcool 70% aos colaboradores, além de uma sistemática de exames e testes preventivos para os colaboradores.

Outras alterações na dinâmica dos contratos foram necessárias. Em diversos empreendimentos, a oferta de meio de transporte dos colaboradores também precisou ser alterada, uma vez que, para garantir o distanciamento mínimo, os veículos não puderam mais ser utilizados em sua capacidade plena de ocupação.

Os serviços prestados em unidades *offshore*, por sua vez, tiveram redução de quantitativo de pessoal a bordo, ampliação da escala, além da exigência de quarentena dos colaboradores antes do embarque e realização de testes para detecção de contaminados.

As empresas contratadas pela Administração Pública alegam que todas estas medidas preventivas têm acarretado improdutividades que impactam os custos e os prazos dos contratos.

No âmbito das empresas estatais, responsáveis por boa parte das obras de engenharia de grande porte no Brasil, a apresentação de pleitos de desequilíbrio contratual já começou a ocorrer e a negociação que precisará ser realizada demanda uma análise minuciosa dos institutos previstos no Direito Civil e na Lei nº 13.303/16[3], mais detidamente aqueles relacionados ao caso fortuito e à força maior, à teoria da imprevisão e também da onerosidade excessiva.

Considerando que estes contratos estão sujeitos à fiscalização de órgão de controle externo, é importante ainda conhecer o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca dos requisitos para identificação do desequilíbrio e aplicação do instituto da revisão contratual, de modo a conferir aos gestores segurança jurídica no enfrentamento das consequências deste evento. Este é o objetivo deste trabalho.

2. DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS E DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

De acordo com as lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, contrato é *“um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades[4]”*.

Os contratos, sem dúvidas, são a modalidade de negócio jurídico mais utilizada na sociedade e, do ponto de vista econômico-social, são relevantes instrumentos nas operações econômicas.

Para proteger essas relações tão caras à sociedade, a lei atribui ao contrato força obrigatória, devendo as partes observarem suas cláusulas como preceitos imperativos. Esta força vinculante é traduzida no brocardo jurídico *“pacta sunt servanda”* (os pactos devem ser observados), cuja origem é atribuída ao direito canônico medieval (séc. XV-XVI).

Esse princípio reinou com caráter absoluto até o século XIX, período no qual os ideais liberais e individualistas predominaram no âmbito da sociedade. Contudo, as acentuadas desigualdades sociais vivenciadas no século XX, levaram a uma relativização desse princípio, com o surgimento de diversas teorias que defendiam o retorno da cláusula *rebus sic stantibus[5]*.

Segundo essas teorias, em contratos de trato sucessivo – entendidos como aqueles em que as obrigações das partes se protraem no tempo –, as prestações acordadas somente são exigíveis se as condições de sua execução são semelhantes

às do tempo de sua contratação. Desta forma, se por fatores alheios ao controle das partes estas condições são alteradas, a obrigação poderia deixar de ser vinculante.

Estas teorias surgem com o objetivo de impedir que os contratos sejam instrumento de opressão de um contratante sobre o outro, adequando-os ao entendimento já vigente à época de que a autonomia das partes para contratar deve ser limitada por valores coletivos e difusos superiores, permitindo que os negócios jurídicos sejam instrumento para promoção de interesses relevantes para a sociedade[6].

O autor Anderson Schreiber[7] leciona que, com a edição do Código Civil de 2002, ganhou força na doutrina brasileira a alusão a três novos princípios contratuais atrelados a valores solidaristas consagrados na Constituição Federal: (i) a boa-fé objetiva; (ii) a função social dos contratos; e (iii) o equilíbrio contratual.

Este último, embora pouco desenvolvido na doutrina e na jurisprudência quando comparado aos demais, opera relevante função para que os contratos observem os valores constitucionais de igualdade substancial e solidariedade social, ao evitar que qualquer contratante sofra sacrifício econômico desproporcional em decorrência do cumprimento de obrigações que compõem o objeto de seu contrato[8].

No que tange aos contratos celebrados pela Administração Pública, a garantia de equilíbrio contratual encontra-se prevista na própria Constituição Federal, no art. 37, XXI, o qual estabelece que os contratos deverão conter cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento mantidas as condições efetivas da proposta[9].

O Tribunal de Contas da União define o equilíbrio contratual como *“a manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço”*[10].

Alterado este equilíbrio, o ordenamento jurídico prevê institutos que flexibilizam a regra da obrigatoriedade dos contratos, garantindo a ambas as partes que não sofrerão as consequências do inadimplemento contratual caso haja alteração substancial das condições que consideraram ao tempo da celebração do contrato.

3. DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O primeiro instituto que merece ser aqui analisado é o do caso fortuito ou força maior. Durante muito tempo, a doutrina discutiu a conceituação e diferenciação entre caso fortuito e força maior. Contudo, desde o advento do Código Civil de 2002, esta controvérsia não merece mais atenção, uma vez que é dado o mesmo tratamento jurídico aos dois institutos[11].

O autor Carlos Roberto Gonçalves[12] discorre sobre os elementos que devem estar presentes para configuração do caso fortuito e da força maior: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano.

Nota-se, portanto, que a caracterização de determinado evento como caso fortuito ou força maior demanda uma avaliação do caso concreto, de modo a verificar a presença dos requisitos acima elencados. Não obstante, cumpre destacar que a pandemia do Covid-19, em função de suas peculiaridades, tem sido reconhecida como evento de caso fortuito ou força maior por diversos doutrinadores, inclusive pela Advocacia Geral da União[13]. Quais são então as consequências deste enquadramento?

O artigo 393 do Código Civil, que dispõe sobre caso fortuito e força maior, está inserido no Título IV, que trata sobre inadimplemento das obrigações. Ao estabelecer que "*o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior*", este dispositivo deve ser interpretado como uma exceção à regra de responsabilização do devedor pelo não cumprimento de suas obrigações[14].

Sendo assim, se uma obrigação não é prestada ou é adimplida de forma extemporânea em função da ocorrência de um evento caracterizado como caso fortuito ou força maior, o devedor não responde pelas perdas e danos relacionadas a este inadimplemento.

Os institutos estão, portanto, relacionados ao inadimplemento de obrigações, seja ele absoluto ou relativo, devendo suas consequências serem aplicadas às hipóteses em que as obrigações não puderam ser cumpridas, conforme leciona a autora Maria Helena Diniz:

"O caso fortuito e a força maior liberam o devedor da obrigação, por ocasionarem a impossibilidade de cumprir a prestação devida, visto serem acontecimentos inevitáveis, estranhos à vontade do devedor, que impedem a execução da obrigação, acarretando, conseqüentemente, a sua extinção,

sem que caiba ao credor qualquer ressarcimento, salvo se as partes convencionaram o contrário.”[15]

No que tange aos contratos celebrados por empresas estatais, a Lei nº 13.303/16 não prevê expressamente, como faz a Lei nº 8.666/93[16], que o caso fortuito ou força maior dão ensejo à rescisão do contrato. Não obstante, a hipótese é tratada em alguns contratos celebrados pelas empresas estatais, a exemplo do previsto na minuta padrão contratos de prestação de serviços da Petrobras:

CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

XX.1 – As partes não responderão por prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, nos termos do Artigo 393 do Código Civil.

XX.2 – Ocorrendo circunstâncias que justifiquem a invocação da existência de caso fortuito ou de força maior, a parte impossibilitada de cumprir a sua obrigação deverá dar conhecimento à outra, por escrito e imediatamente, da ocorrência e suas consequências.

É preciso destacar que o instituto do caso fortuito e da força maior se aplica apenas à parcela contratual que não pode ser adimplida, não liberando o devedor de toda sua obrigação, caso parte dela ainda seja possível de executar, conforme argumenta Caio Mario da Silva Pereira:

Se o acontecimento extraordinário não trazer a impossibilidade total da prestação, eximir-se-á o devedor da parte atingida ou se forrará da mora, se apenas tiver como consequência o atraso na sua execução. Mas não poderá invocar o fortuito para exoneração absoluta, beneficiando-se fora das marcas[17].

Sendo assim, deve-se ter certa cautela na menção aos institutos do caso fortuito e força maior nesta pandemia, tendo em vista que a maioria dos contratos de engenharia, embora possam ter tido algum impacto no seu cronograma e/ou custos, não se tornaram inviáveis. A maioria destes contratos será retomada e concluída, ainda que com atrasos, o que deverá ensejar muitas contratuais, uma vez que a mora não decorreu da responsabilidade das contratadas.

Mas qual o tratamento a ser dado com relação aos custos adicionais já mencionados que decorreram da pandemia? Os institutos do caso fortuito e da força

não fornecem solução para os impactos de custo verificados nos contratos que não tiveram sua execução impossibilitada em função da pandemia do Covid-19, nem define pagamentos adicionais ou ressarcimento de danos a qualquer das partes.

Para estes custos, é necessário se socorrer de outros institutos jurídicos e entender que a ocorrência de um fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir, embora tenha os mesmos elementos do caso fortuito ou força maior, também pode dar ensejo à revisão dos termos do contrato.

Para que não restem dúvidas, repisa-se que fatos necessários, supervenientes e irresistíveis podem ocasionar a impossibilidade de continuidade dos contratos ou mora no seu cumprimento, situações em que o caso fortuito e a força maior afastarão a responsabilidade do devedor. Da mesma forma, estes eventos também podem impactar o equilíbrio contratual, demandando que suas bases sejam revisadas para que possa prosseguir.

Neste sentido, as lições de Maria Sylvia Di Pietro sobre a diferença, no âmbito dos contratos celebrados pela Administração Pública, dos institutos do caso fortuito e força maior e da teoria da imprevisão, que ainda será tratada no presente estudo:

Ainda com relação à álea econômica, que justifica a aplicação da teoria da imprevisão, cumpre distingui-la da força maior.

Nesta estão presentes os mesmos elementos: fato estranho à vontade das partes, inevitável, imprevisível; a diferença está em que, na teoria da imprevisão, ocorre apenas um desequilíbrio econômico, que não impede a execução do contrato; e na força maior, verifica-se a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato. As consequências são também diversas: no primeiro caso, a Administração pode aplicar a teoria da imprevisão, revendo as cláusulas financeiras do contrato, para permitir a sua continuidade, se esta for conveniente para o interesse público; no segundo caso, ambas as partes são liberadas, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento, como consequência da norma do artigo 393 do Código Civil. Pela Lei no 8.666/93, a força maior constitui um dos fundamentos para a rescisão do contrato (art. 78, XVII), tendo esta efeito meramente declaratório de uma situação de fato impeditiva da execução[18].

4. DAS HIPÓTESES DE REVISÃO DO CONTRATO PARA REESTABECIMENTO DE SEU EQUILÍBRIO

Os contratos de execução continuada ou de trato sucessivo são aqueles que tem seu cumprimento previsto de forma contínua ou periódica no tempo. Estes contratos, em função de suas características, estão sujeitos a desequilíbrios contratuais, seja pela perda do poder aquisitivo da moeda, em razão do decurso do tempo (inflação), seja pela ocorrência de fatos necessários, supervenientes e irresistíveis no curso de sua execução.

Para manutenção do equilíbrio destes contratos e preservação de sua funcionalidade, o ordenamento jurídico dispõe de alguns mecanismos. Para os casos de desequilíbrio oriundos do último grupo, o mecanismo adequado é a revisão, também conhecida como repactuação, recomposição ou realinhamento[19].

No Código Civil, a possibilidade dos contratos serem revistos é prevista nos artigos 317 e 478 e 479, os quais refletem, respectivamente, a teoria da imprevisão e a da onerosidade excessiva, ao assim dispor:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

A coexistência das duas teorias no Código Civil, uma de origem francesa (imprevisão) e a outra de origem italiana (onerosidade excessiva)[20] é motivo de divergências na doutrina. Há autores que entendem que o art. 317, em função de sua localização no Código Civil, se aplica às obrigações em geral, enquanto o art. 478 se restringe aos contratos propriamente ditos[21].

Outra corrente defende que o art. 478 refere-se a hipóteses de resolução do contrato e não à sua revisão[22], sendo esta possibilidade disciplinada exclusivamente pelo art. 317[23].

Há ainda os que defendem que o art. 317 confere ao juiz apenas poderes para atualização monetária da prestação contratual, cabendo ao art. 478 a 480 as regras que autorizam a revisão ou resolução do contrato em função de motivos imprevisíveis e supervenientes[24].

Não se pretende aqui determinar qual entendimento é o adequado. O que se observa é que a doutrina e a jurisprudência admitem a revisão do contrato, seja com base no art. 317 seja com base no art. 478, nas hipóteses em que (i) se está diante de um contrato de execução sucessiva; (ii) se verifica onerosidade excessiva para uma das partes; (iii) e esta decorre de fato superveniente e imprevisível. Veja, por exemplo, o julgado abaixo:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. TEORIA DA IMPREVISÃO E TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. HIPÓTESES DE CABIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Esta Corte Superior sufragou o entendimento de que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes nas circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) ou de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva) (...) (AgInt no REsp 1316595/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/03/2017)

O autor Anderson Schreiber faz interessante paralelo acerca dos requisitos exigidos pelos artigos 317 e 478 do Código Civil, demonstrando certa similitude entre os institutos:

"Assim, aos 'acontecimentos extraordinários e imprevisíveis' do art. 478 associam-se os 'motivos imprevisíveis' do art. 317; à prestação que 'se torna excessivamente onerosa' do art. 478 associa-se a 'desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução' do art. 317; e mesmo para aos 'contratos de execução continuada ou diferida' do art. 478 pode-se encontrar paralelo no 'sobrevier' do art. 317, que alude explicitamente ao lapso temporal

existente entre a assunção do débito prestacional e o '*momento de sua execução*'. "[25]^[26]

A revisão dos contratos celebrados pelas empresas estatais, como não poderia deixar de ser, também é admitida na Lei nº 13.303/16 com redação idêntica ao do art. 65, II, d da Lei nº 8.666/93[27]:

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Como se observa, a Lei nº 13.303/16 admite que o contrato seja alterado (i) quando verificada alteração da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da administração, o que pode ser tido como desequilíbrio contratual; (ii) em função de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; (iii) ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

O referido dispositivo merece algumas críticas no que tange a técnica utilizada. Conforme já abordado no presente estudo, o caso fortuito e a força maior são institutos relacionados à resolução e não à revisão do contrato, motivo pelo qual não deveriam estar previstos como fundamento para repactuação[28].

Outro ponto que merece reparo, é a menção ao fato do príncipe como álea econômica. Para melhor entendimento, é necessária uma análise das áleas a que um contrato celebrado com a Administração Pública está submetido.

A doutrina administrativista diferencia as áleas, ou seja, os riscos contratuais, em ordinárias e extraordinárias. A primeira delas refere-se ao risco inerente a

qualquer tipo de negócio, próprio de uma economia de mercado. Quando da sua ocorrência, o particular não faz jus a qualquer revisão do contrato.

As áleas extraordinárias, por sua vez, se subdividem em áleas administrativas e econômicas[29]. A álea administrativa é aquela imputável à Administração Pública, comportando três espécies: a) alteração unilateral do contrato, com os limites e condições previstos no art. 65, I, da Lei 8666/93; b) fato do príncipe, assim entendidas as medidas de ordem geral, com repercussão no contrato, impostas pela Administração, mas não enquanto parte contratante[30]; e c) fato da Administração, que são os atos praticados pela Administração como parte contratual, porém sem importar alteração de cláusulas do contrato[31]-[32]. Em todas estas situações, caberá revisão do contrato para restabelecimento do equilíbrio contratual, caso este seja rompido.

Por fim, a álea econômica é aquela relacionada à teoria da imprevisão, verificada quando da ocorrência de acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um grande desequilíbrio, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado[33].

Observa-se, portanto, que, embora a ocorrência do fato do príncipe possa dar ensejo à revisão do contrato, este não configura hipótese de álea econômica, mas sim administrativa, em dissonância com o previsto no art. 65, II, "d" da Lei nº 8.666/93 e no art. 81, VI, da Lei nº 13.303/16.

Não obstante as críticas realizadas, o que se extrai do art. 81, VI, da Lei nº 13.303/16, bem como do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93, é que, nos contratos celebrados pela Administração Pública, sua revisão poderá decorrer tanto de álea administrativas quanto de áleas econômicas.

A doutrina diverge sobre a abrangência da revisão contratual em uma e outra hipótese. Isto porque, no direito francês, a teoria da imprevisão (álea econômica) e o fato do príncipe (álea administrativa) são tratados de forma distinta. Naquele ordenamento, apenas as revisões decorrentes do fato do príncipe ensejam compensação integral pela Administração Pública. Nas hipóteses em que se aplica a teoria da imprevisão, ou seja, quando o desequilíbrio decorre de fatos imprevisíveis, externo à responsabilidade de ambas as partes, esta compensação é parcial[34].

Ocorre que o art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93, reproduzido no art. 81, VI, da Lei nº 13.303/16 parece não ter se preocupado em realizar esta distinção, o que leva respeitável parte da doutrina, como Maria Sylvia de Pietro, Marçal Justen Filho e outros, a defenderem que os encargos da recomposição do equilíbrio contratual

recairão exclusivamente sobre a Administração Pública, mesmo nas hipóteses de desequilíbrio decorrente de álea econômica[35].

Também se alinha a esta corrente o Tribunal de Contas da União (TCU), conforme se depreende do estudo divulgado por meio do Acórdão 2622/2013:

“101. Os riscos associados à álea extraordinária ou extracontratual (fato do príncipe, força maior ou caso fortuito) referem-se a eventos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis. São eventos alheios à vontade das partes contratantes ou estranhos à atividade de implantação do empreendimento. São exemplos: terremoto, inundação imprevisível ou qualquer outro fenômeno natural extraordinário que impossibilite ou retarde a execução do contrato, choque externo de mercado com a elevação extraordinária dos preços, alterações da carga tributária incidente sobre o faturamento, revolta popular incontrolável etc.

102. A ocorrência desses eventos também provoca um desequilíbrio da equação econômico-financeira ou dificulta a execução do contrato nas condições originalmente estipuladas, o que permite a repactuação dos preços por meio de aditivos contratuais, nos termos do art. 57, §1º, inciso II, e art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993.”

Depreende-se, portanto, que os contratos celebrados pelas empresas estatais, assim como pela Administração Pública, poderão ser revisados quando da ocorrência de álea extraordinária, seja ela administrativa ou econômica.

Não obstante, nos casos em que se pretenda revisar o contrato em decorrência de álea econômica, hipótese na qual o evento da pandemia do Covid-19 se enquadra, é necessária ainda a observância de outros requisitos.

5. DOS REQUISITOS PARA REVISÃO DO CONTRATO EM CASO DE DESEQUILÍBRIO DECORRENTE DE ÁLEA ECONÔMICA

Considerando-se tudo o quanto exposto até aqui, é possível condensar os requisitos para a revisão dos contratos em cinco: é necessário que (i) os contratos sejam de execução continuada ou de trato sucessivo; (ii) que se verifique a ocorrência de fato superveniente; (iii) que este fato seja imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis; (iv) que não esteja previsto na matriz de risco do

contrato como ônus da contratada; e (v) que gere onerosidade excessiva para uma das partes.

Os contratos de execução continuada ou de trato sucessivo não oferecem maiores dificuldades de compreensão, sendo aqueles que tem seu cumprimento previsto de forma contínua ou periódica no tempo. Apenas estes, nos quais as obrigações não são cumpridas imediatamente após a celebração, se sujeitam ao decurso do tempo que pode trazer consigo eventos aptos a alterarem as condições consideradas pelas partes quando da celebração da avença e, conseqüentemente, o desequilíbrio contratual.

A superveniência do fato deve ser entendida como aquela verificada após a apresentação da proposta comercial por parte da empresa contratada, quando em um processo licitatório, ou da assinatura do contrato, quando se está diante de uma hipótese de contratação direta. Isto porque, até estes momentos, é permitido ao particular alterar sua oferta, de modo a refletir em seu preço qualquer fator que exerça influência na precificação da prestação do serviço ou do fornecimento do bem[36].

As dificuldades maiores se iniciam, portanto, quando da identificação de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis. Neste ponto, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald[37] alertam que a lei exige fato imprevisível, e não imprevisto. Enquanto o primeiro qualifica o fato, o segundo descreve o estado de espírito do agente. A imprevisibilidade é objetiva, somente se verifica em situações anômalas, extraordinárias, sendo prescindível analisar se as partes previram ou não que determinado evento ocorreria.

De fato, não parece razoável, principalmente em contratos originados de procedimentos licitatórios, que sejam alteradas as bases acordadas em função de omissão ou falta de conhecimento do contratado acerca dos riscos inerentes a um contrato[38].

A lei tutela os riscos anormais a que um contrato pode estar sujeito, aqueles que nenhum cálculo racional econômico permitiria considerar, mas deixa ao encargo dos contratantes os riscos tipicamente conexos com a natureza do contrato celebrado, que se inserem no andamento natural daquele dado mercado, independente de terem ou não sido previstos.

A revisão também pode ser admitida quando as conseqüências de eventos tido como previsíveis (como guerras, catástrofes ou mesmo altas inflacionárias) são de intensidade tão drástica que fogem de qualquer possibilidade prévia de mensuração. Neste sentido, o Enunciado nº 175 da III Jornada de Direito Civil –

CEJ/CJF, o qual proclama que *"a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz"*.

Para que o particular faça jus à revisão do contrato, também é necessário que o evento não esteja previsto na matriz de risco contratual como um ônus seu, conforme preceitua o § 8º do art. 81 da Lei nº 13.303/16:

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

§ 8º É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

A matriz de risco é uma cláusula essencial dos contratos regidos pela Lei nº 13.303/16[39]. O art. 42, X, da Lei nº 13.303/16 fornece o conceito de matriz de risco como *"cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação"*.

Entre as informações que devem estar previstas nesta cláusula, consta a listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes do equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de celebração de termo aditivo quando de sua ocorrência (art. 42, X, alínea "a").

O referido dispositivo rompe com a lógica de que a ocorrência de eventos supervenientes aptos a alterar o equilíbrio contratual necessariamente dará ensejo à revisão do contrato[40]. A Lei n.º 13.303/16 admite que a Administração Pública atribua ao particular o ônus da ocorrência de alguns eventos que, em regra, seriam por ela suportados, o que deverá ser considerado em caso de eventual alegação de desequilíbrio contratual, conforme observa o autor Marçal Justen Filho:

"Dessa forma deve ser observada a parte final do art. 42, X. O mencionado dispositivo estabelece ser a distribuição de riscos e responsabilidades definida no contrato "a caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiros decorrentes de eventos supervenientes". É preciso que fique claro, então, que a matriz de risco deverá ser

incorporada pela proposta aceita pela empresa contratada – esta, sim, caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A proposta é o documento que materializará as condições que manterão o contrato equilibrado, estabelecendo os parâmetros a serem observados em casos de alterações por eventos supervenientes que abalem a sua estrutura. A matriz de risco será o guia referencial dos contratantes sobre os impactos de fatos supervenientes que serão absorvidos durante a execução contratual (seja com a necessidade de tomada de ações preventivas, contratação de seguros, pagamento de indenizações e reparação de danos, etc.), tornando a noção de equilíbrio contratual mais dinâmica” [41].

Outro requisito que oferece grandes desafios aos interpretes no âmbito da revisão dos contratos é aquele relacionado ao rompimento da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da administração, que pode ser entendido como análogo à onerosidade excessiva do art. 478 do CC ou à “*desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução*” do art. 317 do Código Civil, ou seja, diz respeito ao desequilíbrio contratual propriamente dito.

Isto porque, salvo raras exceções[42], o ordenamento jurídico não indica objetivamente o que caracterizaria o desequilíbrio ou a onerosidade excessiva em um contrato. Na doutrina, embora os autores busquem definir este requisito essencial para revisão dos contratos, o que se observa são visões diversas acerca do assunto, sem que se alcance qualquer consenso.

Na brilhante obra “*Equilíbrio contratual e dever de renegociar*”, o autor Anderson Schreiber faz minuciosa análise dos requisitos do art. 478 do Código Civil, destacando alguns entendimentos sobre o que de fato seria a onerosidade excessiva:

“Para parte da doutrina, trata-se de um agravamento notável no ‘custo’ da própria prestação, entre o momento da conclusão do contrato e o momento do cumprimento. Outros autores não aludem ao custo, mas ao ‘valor’ da prestação. Para uma terceira parcela da doutrina, a excessiva onerosidade diz respeito à ‘perda’ ou ‘destruição’ da relação de equivalência entre as prestações do contrato – compara-se, portanto, não o *custo* ou *valor* da prestação ao longo do tempo, mas sim a relação existente entre as prestações no momento e ao tempo

de execução. Há, ainda, autores que vinculam a excessiva onerosidade à impossibilidade de realização do fim contratual ou 'finalidade legitimamente esperada da relação obrigacional'." [43]

Independente da corrente que se filie, permanece o questionamento com relação ao *quantum* necessário para caracterização do desequilíbrio econômico. Qualquer aumento no custo ou no valor da prestação, ou, noutro giro, qualquer alteração na relação existente entre as prestações é apta a ensejar a revisão do contrato?

O autor Marçal Justen Filho defende que o particular que contrata com a Administração Pública tem direito de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se seus encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente [44].

Maria Sylvia Di Pietro, no entanto, destaca que para que os contratos sejam revisados é necessário, entre outros fatores, que se verifique um "*desequilíbrio muito grande no contrato*" [45].

O Tribunal de Contas da União parece compartilhar do entendimento de Maria Sylvia Di Pietro, ao mencionar em seus julgados que a revisão do contrato somente é cabível diante da "*inviabilidade de execução do contrato*" [46] ou de "*desequilíbrio insustentável*" [47].

De acordo com o autor Anderson Schreiber [48], a não previsão de uma medida fixa para avaliação da excessiva onerosidade foi uma opção legislativa, que se repete em outras codificações estrangeiras, como a italiana, argentina, peruana e portuguesa. Esta alternativa, embora permita uma análise considerando o caso concreto, muitas vezes provoca hesitações e inseguranças para aplicação do instituto da revisão contratual, principalmente nos contratos sujeitos a controle externo, como aqueles regidos pela Lei nº 13.303/16.

No entanto, é de extrema importância que o instituto seja adequadamente aplicado, de modo a evitar inseguranças jurídicas e contingências indevidas, conforme alerta Marçal Justen Filho:

"A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar à própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A administração arcaria com custos

correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando incorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública. [49]”

Considerando que este estudo se debruça sobre desequilíbrios contratuais no âmbito de contratos regidos pela Lei nº 13.303/16, sujeitos, portanto, à fiscalização do Tribunal de Contas da União, é salutar conhecer o entendimento da referida Corte de Contas sobre os requisitos que devem estar presentes para configuração do desequilíbrio e, conseqüentemente, para a revisão contratual.

6. DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL

Para subsidiar o presente trabalho, foram analisados vinte e cinco Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União, entre os anos de 2000 e 2017, versando de alguma forma sobre revisão de contratos em função de desequilíbrios contratuais. O que se observa é uma evolução de entendimento da referida Corte de Contas, com relação a eventos que podem ou não dar ensejo à revisão contratual, bem como uma metodologia que deve ser seguida para análise de eventual pleito de desequilíbrio contratual.

Na maioria dos casos, o que se notou foi que a revisão contratual foi tida por irregular em função da não observância dos requisitos relacionados à teoria da imprevisão ou a não adoção de algumas cautelas entendidas pelo Tribunal como imprescindíveis à apuração do desequilíbrio contratual.

Tal fato demonstra que não é o *quantum* relacionado à onerosidade excessiva o maior desafio à aplicação do instituto da revisão contratual, mas sim a falta de observância de todos os requisitos exigidos para demonstração de efetivo desequilíbrio[50].

As decisões do Tribunal de Contas da União exigem, por óbvio, que todos os requisitos relacionados à teoria da imprevisão estejam presentes. Sendo assim, somente desequilíbrios verificados em contratos de execução continuada ou diferida, decorrentes de eventos supervenientes, alheios à álea contratual ordinária, não previsto na matriz de risco contratual como ônus da contratada e que causem onerosidade excessiva a uma das partes, a qual deverá ser objetivamente demonstrada e justificada, podem dar ensejo à repactuação do contrato.

Além desses requisitos, outras medidas são exigidas para configuração de hipótese de revisão contratual, as quais serão abordadas a seguir.

A primeira medida exigida em boa parte das decisões do TCU foi a demonstração cabal do desequilíbrio alegado, competindo a contratada o ônus desta comprovação. A referida Corte de Contas entende que meras alegações de incrementos nos custos sem a demonstração objetiva do impacto nos contrato são insuficientes:

“A alegação genérica da crise como motivo para o reequilíbrio de contratos administrativos não se sustenta, sendo imprescindível a comprovação do reflexo desses fatos nos custos específicos de cada obra.

A contratada instruiu o pedido de recomposição com notícias de jornais especializados e notas fiscais de aquisição de insumos, sem que a documentação demonstre o aumento repentino ou a álea extraordinária.” (Acórdão 12.460/2016 - 2ª Câmara)

Para esta demonstração, podem ser consideradas as notas fiscais de aquisição dos insumos para prestação do serviço ou fornecimento dos bens, uma vez que estes documentos permitem verificar se a contratada de fato adquiriu os insumos nos períodos em que estes apresentavam valor majorado:

“Assim, o construtor seria beneficiado, pois teria sua remuneração majorada por índices que foram afetados ao menos parcialmente pelo câmbio, mas não incorreria em custos adicionais, haja vista que adquiriu os bens importados antes da depreciação do Real. Em outra circunstância, na qual o contratado ainda não tivesse incorrido nos gastos atrelados ao câmbio, certamente uma variação anômala da moeda poderia justificar o reequilíbrio. Portanto, pleitos do gênero não podem se basear exclusivamente nos preços contratuais ou na variação

de valores extraídos de sistemas referenciais de custos, sendo indispensável que se apresentem outros elementos adicionais do impacto cambial, tais como a comprovação dos custos efetivamente incorridos no contrato, demonstrados mediante notas fiscais.” (Acórdão 1.085/2015 – Plenário)

A verificação da majoração dos custos se dará por meio de comparação entre o custo atual e aquele previsto na proposta do particular. Para tanto, é necessário que a proposta possua um adequado demonstrativo de formação de preço (DFP) que permita conhecer os quantitativos, bem como índices de produtividade, considerados pela empresa formação do seu preço:

“Em sede de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, repita-se à exaustão, devem ser comprovados os custos inicialmente considerados (estes por meio das cotações obtidas à época da proposta ou por meio de DFP apresentado com a proposta) e os custos efetivamente incorridos (estes por meio de contratos assinados e/ou notas fiscais) (Acórdão 3.495/2012 – Plenário)

Indispensável que a revisão de preços encontrasse amparo na teoria da imprevisão dos contratos administrativos. Somente se admite a repactuação, quando decorre de fato: a) superveniente; b) imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis; c) alheio à vontade das partes; e d) que provoque grande desequilíbrio ao contrato. A elevação anormal do preço de serviço, decorrente de variação inesperada dos seus custos, pode motivar a revisão dos preços contratados, desde que observados todos os pressupostos legais. Tal situação deve ser objetiva e exaustivamente demonstrada. A comprovação da necessidade de reajustamento do preço, resultante da suposta elevação anormal de custos, exige a apresentação das planilhas de composição dos preços contratados, com todos os seus insumos, e dos critérios de apropriação dos custos indiretos da contratada.” (Acórdão 2.408/2009-TCU-Plenário)

O Tribunal de Contas da União exige, ainda, que a avaliação dos impactos no contrato seja ampla, não se restringindo apenas aos custos alegados como majorados. Isto porque, embora alguns itens possam ter seu custo majorados em função de um fato imprevisível e extraordinário, eventualmente, outros podem ter sido reduzidos, ocorrendo uma compensação entre eles. Sendo assim, apenas uma

avaliação ampla pode permitir que se avalie verdadeiramente se o contrato se encontra ou não desequilibrado.

Esta avaliação ampla, no entanto, não significa que seja necessário revisitar o valor de todos os insumos. Da mesma forma que o que se avalia no desequilíbrio são as majorações relevantes, compatível com a teoria da imprevisão, somente as reduções também verificadas nestas proporções devem ser consideradas:

“Importa destacar que eventual desequilíbrio econômico-financeiro não pode ser constatado a partir da variação de preços de apenas um serviço ou insumo. A avaliação da equidade do contrato deve ser resultado de um exame global da avença, haja vista que outros itens podem ter passado por diminuições de preço. (Acórdão 1466/2013 – Plenário do TCU. Relator: Min. Ana Arraes, 12/06/2013)

Cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, aplicar o reequilíbrio fazendo constar, dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença.” (1431/2017 – plenário)

“Em outras palavras, a análise para demonstração de desequilíbrio econômico-financeiro em contrato administrativo não requer que se considerem, como procedimento geral, todas as variações ordinárias nos preços dos insumos contratados – cobertos naturalmente pelos índices de reajustamento da avença –, mas apenas alterações de preços significativas e imprevisíveis (ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis), capazes de justificar a aplicação da teoria da imprevisão.

(...)

Mais uma vez, importante deixar claro que o instituto da revisão (ou recomposição) aplica-se diante de quadro de imprevisibilidade (ou de previsibilidade, porém diante de

consequências incalculáveis) e de grande impacto na relação contratual, sendo desarrazoado exigir-se, como regra geral, o cômputo de todas as possíveis variações de preços sofridas pelos insumos, as quais se inserem, via de regra, em álea ordinária afeta ao risco do contratado.

Essa possibilidade jurídica não implica dizer que a Administração está autorizada a omitir-se em investigar outras modificações contratuais de ordem extraordinária que possam modificar a equação econômico-financeira. Essa análise ampliativa é necessária e faz todo sentido como mecanismo de identificação de mudanças ou comportamentos imprevisíveis e atípicos (teoria da imprevisão, por exemplo) em outros itens do contrato. Uma vez identificados, a próxima etapa consistirá no cálculo final dessas variações extraordinárias para efeito de se restabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro.” (Acórdão 1604/2015 – plenário)

Importante também destacar o entendimento do TCU no sentido de que majorações de custos que não sejam compensadas em sua integralidade pelo reajuste contratual, não importam necessariamente desequilíbrio contratual. A Corte de Contas reconhece que as fórmulas de reajuste nem sempre acompanham o mercado *pari passu* e que, portanto, uma majoração de custos acima dos índices contratuais não caracteriza a ocorrência de fato extraordinário e imprevisível.

Não obstante, nos casos em que a majoração de custos de fato decorra de evento extraordinário e superveniente, atraindo a possibilidade de revisão do contrato, a proximidade da data de incidência do reajuste contratual deve ser considerada, uma vez que sua aplicação poderá, senão reequilibrar o contrato, ao menos mitigar o impacto alegado. Sendo assim, o gestor deve considerar este fato na sua análise, evitando que o reajuste se sobreponha à revisão do contrato e concedendo vantagem indevida à contratada:

“A oscilação normal dos preços presentes em economias estabilizadas não constitui fato capaz de justificar repactuação contratual com amparo na teoria da imprevisão, como quiseram os defendentes. Tal teoria socorre os contratantes nas hipóteses de ocorrência de fato do príncipe, fato da administração ou ainda em decorrência de caso fortuito ou força maior, o que não se confunde com mera oscilação de preços, típica da acomodação do mercado.” (Acórdão 7249/2016 - 2ª câmara)

“A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/93. Diferenças entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado.” (12.460/2016-TCU-2ª Câmara)

“A IS-DG 2/2015 estabelece critérios para a recomposição de preços dos insumos (...) não considera situações que podem não resultar em impacto acentuado na relação contratual, seja por que o seu estágio avançado de execução denota saldo pequeno de serviços contendo insumos betuminosos – e, por consequência, reflexo financeiro aparentemente suportável no período de incidência da norma –, com maior razão quando essa constatação é reforçada pelo confronto com o total de medições (em termos financeiros), realizadas e previstas, no período de validade do normativo (entre janeiro/2015 e o próximo reajuste anual); seja por que a data de reajuste anual (data de “aniversário”) leva à presunção de reequilíbrio ordinário em função da recomposição devida à incidência dos índices contratuais.” (1604/2015 – plenário)

“O reequilíbrio contratual decorrente da recomposição deve levar em conta os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, que não se confundem com os critérios de reajuste previstos contratualmente. Portanto, a recomposição concedida após o reajuste deverá recuperar o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a ela relacionados. Na hipótese de ser possível um futuro reajuste após concedida eventual recomposição, a Administração deverá estabelecer que esta recomposição vigorará até a data de concessão do novo reajuste, quando então deverá ser recalculada, de modo a expurgar da recomposição a parcela já contemplada no reajuste e, assim, evitar a sobreposição de parcelas concedidas, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante.” (Acórdão 1431/2017 – Plenário. Relator: VITAL DO RÊGO 21 de junho de 2017).

Por fim, é consenso na doutrina que as partes devem adotar medidas aptas a afastar ou mitigar os impactos que podem advir principalmente de eventos supervenientes e previsíveis, porém de consequências incalculáveis. Nesse sentido, o autor Marçal Justen Filho leciona que se uma das partes tomar conhecimento da iminência da concretização de um fato relevante e permanecer omissa, será responsável pelos prejuízos que uma atuação diligente poderia ter evitado[51].

O TCU adota entendimento semelhante nos casos de desequilíbrio contratual, entendendo que impactos que poderiam ser evitados pela adoção de medidas mitigadoras não são aptos a justificar a revisão do contrato:

“De fato, nem o edital nem o contrato exigiam tal proteção, ela deveria ser do interesse da contratada, a quem competia gerenciar seus próprios riscos de modo a garantir a execução do contrato. Ora, a não-proteção pode ter representado uma economia que tornou a empresa mais competitiva no procedimento licitatório. Quando a empresa solicita um reajuste de preços que poderia ter sido evitado, caso tivesse se protegido através de instrumentos financeiros, como é usual no caso de empresas que comercializam produtos muito sensíveis a variações cambiais, ela tenta se eximir de risco do qual se beneficiou para ganhar o certame. Ao optar por não contratar instrumentos de proteção, a empresa pode ganhar competitividade e, conseqüentemente, pode vir a vencer o certame, motivo pelo qual deve de fato assumir esse risco, e não tentar repassá-lo à Administração.” (2.837/2010 –Plenário)

7. RECOMENDAÇÕES PARA OS CONTRATOS EM VIGOR E PARA OS QUE SERÃO CELEBRADOS

Após a análise de todos os requisitos previsto no art. 81, VI, da Lei nº 13.303/16, é possível afirmar que os impactos da pandemia de Covid-19 nos custos e prazos de execução dos contratos de engenharia celebrados pelas empresas estatais podem dar ensejo à revisão do contrato, uma vez que resultam de evento superveniente e imprevisível.

Para que o contrato seja revisado, no entanto, será necessário avaliar o impacto que estes custos adicionais tiveram no contrato, de modo a demonstrar a onerosidade excessiva no caso concreto. Ademais, será necessário avaliar se algum custo reivindicado decorre de risco atribuído à própria contratada na matriz de risco contratual.

A análise da matriz de risco contratual deve ser feita com certa parcimônia, uma vez que, em regra, se prevê como risco da contratada alguns eventos relacionados ao atraso na conclusão dos serviços. Contudo, deve-se ter em mente que esta previsão se refere às situações comuns em que a contratada está no controle do gerenciamento da prestação do serviço.

Quando os atrasos decorrem de uma pandemia e se verificam independente da adoção de medidas mitigadoras pela contratada, não é possível imputar-lhe a responsabilidade e custos decorrentes desta situação, sob pena de desvirtuar o direito ao equilíbrio contratual garantido pela Constituição Federal.

Desde o início da pandemia, diversos eventos acadêmicos se dispuseram a debater as consequências da pandemia nos contratos e as medidas que poderiam ser adotadas para a resolução dos problemas. A doutrina parece uníssona no entendimento de que a melhor estratégia é a tentativa de negociação entre as partes, evitando litígios que implicam mais custos adicionais e, por muitas vezes, também decisões que não atendem aos anseios de nenhuma das partes.

O prazo para negociação também é relevante. Quanto antes eventual desequilíbrio for solucionado, mais rápido o ritmo de execução do contrato é retomado. O fato de o contrato ainda estar sofrendo impactos da pandemia não impede o início da negociação. É possível que as partes acordem uma linha de corte, estabelecendo que os impactos serão analisados até determinado momento. Posteriormente, nova análise pode ser feita avaliando o período remanescente.

Para os contratos que serão celebrados no curso da pandemia, é importante que se preveja antecipadamente a quem caberá arcar com os custos relacionados às medidas de prevenção, uma vez que atualmente não se trata mais de evento superveniente e imprevisível, mas sim de custos inerentes à execução do objeto contratual.

Por outro lado, é possível que estes custos não permaneçam os mesmos ou não sejam incorridos pela contratada até o final do contrato, em função do comportamento irregular da doença ou da possibilidade de disponibilização de uma vacina. Sendo assim, é recomendável que estes custos sejam remunerados por meio de mecanismos flexíveis ou que já se preveja que o contrato será revisto em caso de mudança do cenário contratual.

Por fim, embora ainda não se tenha ciência de alternativa que possa mitigar de forma relevante os impactos verificados nos contratos de engenharia, é

importante permanecer atento ao que o mercado de seguro pode passar a oferecer após a ocorrência desta pandemia e diante das chances de novos eventos similares.

8. CONCLUSÃO

Em razão da importante função que os contratos exercem na nossa sociedade, a lei atribui a estes negócios jurídicos uma força cogente, devendo as partes cumprir com as obrigações assumidas, sob pena de responderem por perdas e danos decorrentes do seu inadimplemento.

Não obstante, há situações em que se admite certa flexibilização desta vinculação obrigatória dos contratos, para que os contratantes não sejam submetidos a sacrifícios excessivos para cumprimento de suas obrigações. Ou seja, havendo alterações substanciais das condições existentes ao tempo da celebração da avença, os contratantes poderão ser liberados de seus encargos.

Isto se verifica nas hipóteses de ocorrência de caso fortuito ou força maior, nas quais, em função de ocorrência de fato necessário, superveniente e irresistível, a prestação se torna impossível de ser prestada, sendo o devedor liberado de sua obrigação sem que, no entanto, responda pelas perdas e danos decorrentes deste inadimplemento.

Por outro lado, caso a prestação contratual não se torne impossível, porém haja alteração significativa no equilíbrio do contrato, em função de evento superveniente, imprevisível ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, sob os quais o contratante não se responsabilizou, as bases contratuais devem ser revistas, de modo a recompor o equilíbrio contratual.

A pandemia do Covid-19, no âmbito dos contratos de engenharia, se insere neste contexto, uma vez que, embora sejam raros os casos em que o evento tenha impossibilitado a continuidade dos contratos, certamente causou atrasos e impactos que vem sendo pleiteados pelas empresas contratadas.

Nos contratos celebrados pelas empresas estatais e pela Administração Pública, a falta de critérios objetivos para aferição deste alegado desequilíbrio contratual aliado ao controle exercido pelos órgãos de controle, com possibilidade de responsabilização dos gestores, traz insegurança para aplicação do relevante instituto da revisão contratual.

Com objetivo de conferir aos gestores maiores subsídios para identificação dos casos em que a revisão contratual deve ser realizada, este estudo buscou esclarecer quais são os requisitos legais que devem estar presentes para que o contrato seja repactuado.

Ademais, foi analisada a jurisprudência do TCU acerca da aplicação do instituto, buscando uma diretriz sobre a forma adequada de aferição do desequilíbrio contratual. O que se observou é que, na maioria dos casos, a revisão contratual foi entendida como irregular não em razão do quantum alterado na relação entre os encargos do contratado e a retribuição da administração, mas sim por não se ter observado os requisitos previstos na própria legislação para aplicação do instituto ou não adoção das cautelas apontadas pelo TCU como imprescindível na análise de eventual desequilíbrio contratual.

O estudo, portanto, destaca a importância do conhecimento dos requisitos legais para aplicação do instituto da revisão contratual, bem como do entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a metodologia de análise de pleitos relacionados a desequilíbrio contratual, recomenda medidas para recomposição dos contratos e sugere medidas a serem observadas nos contratos que estão sendo celebrados no curso desta pandemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contratos administrativos** in Jabur, Gilberto Haddad & Pereira Junior, Antonio Jorge (coord.). *Direito dos Contratos II* – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2001. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em set. de 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em set. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília: Senado Federal, 1993. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em set. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em set. de 2020.

Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU** – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 2- volume: teoria geral das obrigações** - 22. ed. rev. e atual, de acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos** - 7. ed. rev e atual. - Salvador; Ed. JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral** – 13.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** - Ed. 2019: Revista dos Tribunais.

Estatuto jurídico das empresas estatais [livro eletrônico]: Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais” –1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: obrigações - parte geral (arts. 233 a 420), volume 2** – São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo** – 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – V. II** / Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo** – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar** – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** – 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NOTAS:

[1] No mês de abril e maio, o setor apresentou crescimento de 0,25% e 0,17%, respectivamente. Dados extraídos do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9270-sistema-nacional-de-pesquisa-de-custos-e-indices-da-construcao-civil.html?=&t=o-que-e>

[2] Não obstante, a decisão de continuidade das atividades ficou a cargo das autoridades estaduais ou municipais, tendo em vista a decisão do Supremo

Tribunal Federal no julgamento da ADI 6341 que assegurou aos estados e municípios a competência comum para legislar sobre saúde pública (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal).

[3] O art. 68 da Lei nº 13.303/16 estabelece que os contratos das empresas estatais são regidos por aquela Lei, suas cláusulas e pelos preceitos de direito privado. Sendo assim, o estudo das disposições do Código Civil acerca da revisão dos contratos é imprescindível para uma compreensão adequada do instituto também nos contratos celebrados pelas empresas estatais.

[4] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral – 13.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 63.

[5] A Lei 48 do Código de Hammurabi, grafado em pedra 2.700 anos antes de nossa era, já trazia latente esta teoria, ao estabelecer que *"se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano"*.

[6] Neste sentido o art. 422 do CC, o qual dispõe que *"a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato"*.

[7] SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[8] Ibidem pp. 58.

[9] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[10] Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral

da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. pp. 811.

[11] Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

[12] Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. pp.185.

[13] Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.

[14] Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

[15] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 2- volume: teoria geral das obrigações - 22. ed. rev. e atual, de acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 368.

[16] Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

[17] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – V. II / Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 340.

[18] Pietro, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo* – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp. 370.

[19] Para os casos de desequilíbrio decorrente de perda do poder aquisitivo da moeda, em função do decurso do tempo, os mecanismos são o reajuste, a atualização monetária e a correção monetária.

[20] Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o art. 478 adere à teoria da imprevisão, enquanto o art. 317 aproxima-se da teoria da excessiva onerosidade.

[21] LOTUFO, Renan. Código civil comentado: obrigações - parte geral (arts. 233 a 420), volume 2 – São Paulo: Saraiva, 2003.

[22] Em sentido contrário o Enunciado 367 do Conselho da Justiça Federal prevê que, “em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório.

[23] Neste sentido, TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único – 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

[24] Filiam-se a esta corrente Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Novo curso de direito civil, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral, cit.

[25] SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar, cit., p. 182.

[26] O único elemento do art. 478 que não encontra paralelo no art. 317 é a extrema vantagem para outra parte. A jurisprudência, tanto das cortes judiciais como a do Tribunal de Contas da União, pouco trata deste elemento, muitas vezes presumindo sua existência quando verificada a excessiva onerosidade da outra parte, motivo pelo qual deixa-se de abordar este requisito no presente estudo. Para aprofundamento do assunto, sugere-se a leitura da obra “Equilíbrio contratual e dever de renegociar”, de Anderson Schreiber, na qual o autor realiza profunda análise e sugere uma proposta interpretativa para este elemento.

[27] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[28] Poderia se argumentar que a intenção do legislador, ao incluir estes institutos no art. 65, II, d da Lei nº 8.666/93 e no art. 81, VI da Lei nº 13.303/16, era admitir que desequilíbrios contratuais decorrentes de situação imprevisíveis, quando não impossibilitarem o cumprimento da obrigação, poderão dar ensejo à revisão do

contrato. Contudo, esta hipótese já está expressamente prevista no dispositivo, que faz menção à "*fatos imprevisíveis*".

[29] MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo – 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores. pp.733.

[30] Um exemplo de fato do príncipe é a situação de aumento da alíquota do imposto de importação pela União que onera a execução de contrato com ela celebrado, dado que a matéria-prima importada sofre aumento do valor.

[31] Um exemplo de fato da Administração é a não liberação, pela Administração, de área, local ou objeto para execução de obra ou serviço.

[32] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Contratos administrativos *in* Jabur, Gilberto Haddad & Pereira Junior, Antonio Jorge (coord.). Direito dos Contratos II – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

[33] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, cit., p. 367.

[34] MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, cit. pp. 734

[35] Com entendimento oposto, Fernando Dias Menezes de Almeida, o qual defende que desequilíbrios provocados por áleas econômicas garantem recomposição parcial, com mecanismo de repartição dos ônus adicionais entre as partes, tendo em vista não se tratar de causa imputável à Administração Pública (Contratos administrativos *in* Jabur, Gilberto Haddad & Pereira Junior, Antonio Jorge (coord.). Direito dos Contratos II – São Paulo: Quartier Latin, 2008).

[36] Neste sentido, Acórdão 2408/2009 Plenário do Tribunal de Contas da União, o qual entendeu "*descabida a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, no próprio mês de apresentação da proposta, porque fatos contemporâneos a sua elaboração não atendem aos critérios de superveniência e imprevisibilidade*".

[37] FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. contratos* - 7. ed. rev e atual. - Salvador; Ed. JusPodivm, 2017. p. 614 – 615.

[38] Neste sentido o Enunciado nº 439 do Conselho de Justiça Federal dispõe que "*é possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato*".

[39] Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

X - matriz de riscos.

[40] Trata-se de um instrumento que, quando bem utilizado, pode trazer economicidade ao contrato, uma vez que confere transparência sobre quais riscos o particular de fato está sujeito e quais as contingências devem ser consideradas na sua proposta. Conhecendo adequadamente o contrato, é possível atribuir à parte que detém melhor condições de mitigar ou lidar com as consequências de determinado evento, o ônus da sua ocorrência.

O Professor Marçal Justen Filho, no entanto, alerta que deve ser evitado a previsão de termos residuais e genéricos na matriz de risco, que determinem, por exemplo, que todos os fatos supervenientes, que não esteja, discriminados na listagem são atribuídos ao particular, uma vez que esta medida cria uma obrigação impossível, já que não será possível ao particular contingenciar e precificar todos os riscos sobre os quais estará sujeito, desvirtuando assim o objetivo da matriz de risco.

[41] JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto jurídico das empresas estatais [Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”] – Revista dos Tribunais. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/115834883/v1/document/117238713/anchor/a-117238713>. Acesso setembro/2020.

[42] O art. 620 do Código Civil prevê que *“se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada”*. Embora o referido dispositivo se aplique a contratos de empreitada, que apresentam certa similaridade aos contratos de engenharia celebrados pela empresas estatais, o Tribunal de Contas da União não utiliza este dispositivo como parâmetro para determinação de desequilíbrio contratual.

[43] SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar, cit., p. 177.

[44] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Ed. 2019: Revista dos Tribunais. Art. 65. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/98527100/v18/page/RL-1.14>

[45] Pietro, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo, cit., pp 369.

[46] Acórdão 3495/2012 – Plenário e Acórdão 12460/2016 - Segunda Câmara.

[47] Acórdão 300/2013 – Plenário.

[48] SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar, cit., p. 222.

[49] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Op. cit. Art. 65.

[50] Embora o Acórdão 2.365/2010-TCU-Plenário não tenha considerado a revisão contratual realizada pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) irregular em função, exclusivamente, do percentual de incremento dos custos, mas sim da não demonstração de que o desequilíbrio contratual decorreu das hipóteses previstas na lei, o referido Acórdão faz interessante menção a este ponto, que merece ser aqui registrada:

“Como dizer que uma variação de preços da ordem de 0,771% (após reajustes e na celebração do 6º termo aditivo) ou de 2,9% (após 7º termo aditivo) se enquadraria com fato previsível de conseqüências incalculáveis? A simples demonstração dessa pequena variação de preços (em termos percentuais) não demonstra que conseqüências incalculáveis adviriam do não realinhamento dos preços do contrato em questão”.

[51] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Op. cit. Art. 78.

GUARDA COMPARTILHADA: A GUARDA COMPARTILHADA NA DISSOLUÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

GREYCE KELLY RODRIGUES DE OLIVEIRA:

Acadêmica do 10º período do curso de Direito,
pela Universidade Luterana do Brasil – Ulbra

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa expor a visão jurídica em relação a guarda compartilhada dos filhos na dissolução da família homoafetiva, com o advento da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 e a Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 no qual complementam ao Código Civil, com isso, identificar os tipos de guarda de filhos apresentados no ordenamento jurídico, apontar os principais aspectos da guarda compartilhada e evidenciar a equiparação de direitos aos casais homoafetivos. A pesquisa apresentada se caracteriza como documental e bibliográfica, por utilização de documentos da legislação contemporânea e pela divulgação de interpretações jurídicas referentes à temática.

Palavras chaves: Guarda compartilhada; Dissolução homoafetiva; Adoção.

ABSTRACT: This article aims to expose the legal view regarding the shared custody of children in the dissolution of the homoaffective family, with the advent of Law 11,698 of June 13, 2008 and Law 13,058 of December 22, 2014 in which they complement the Civil Code, with this, identify the types of child custody presented in the legal system, point out the main aspects of shared custody and show the equalization of rights to same-sex couples. The presented research is characterized as documental and bibliographic, for the use of contemporary legislation documents and for the dissemination of legal interpretations referring to the theme.

Keywords: Shared custody; Homoaffective dissolution: Adoption

INTRODUÇÃO

Com a entrada da Lei 11.698 de 2008 no ordenamento jurídico, foi estabelecida e determinada a guarda compartilhada, onde vem garantindo uma ampla estrutura de convivência, comunicação e contato entre pais e filhos.

Em seu artigo 1.583 § 1º, na última parte, conceitua a guarda compartilhada como sendo o comprometimento conjunto e o exercício de direitos e deveres do pai e da

mãe que vivam sobre o mesmo teto, referente ao poder familiar dos filhos em comum.

Sendo assim, as famílias homoafetivas estão incluídas no âmbito da guarda compartilhada? No decorrer do trabalho essa pergunta será respondida.

De acordo com as constantes mudanças sofridas na sociedade pós-moderna, sobretudo no que concerne as modificações nas estruturas familiares, é possível identificar que a ideia de família já não é mais aquela formada pela consagração do casamento. Hoje são reconhecidas como entidade familiar as uniões existentes entre casais do mesmo sexo, ou seja, são as denominadas famílias contemporâneas, de acordo com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal. Desde essa condeação novos empenhos e conflitos foram contínuos contra a extinção do preconceito em prol da igualdade e, especialmente o avanço de direitos concernente às famílias nominadas tradicionais.

Logo as famílias homoafetivas podem gozar do direito de acordarem entre as partes ou requerer em juízo a guarda compartilhada dos filhos.

A importância desse estudo é apresentar o direito que a família homoafetiva possui em disfrutar sobre a guarda compartilhada de seus filhos quando á uma dissolução de sua família. Onde o objetivo principal da guarda compartilhada é proteger o interesse da criança em poder conviver com ambos os pais.

A ruptura conjugal dos genitores leva o menor a certa vulnerabilidade, expondo-o a sofrer danos que resultaram no impedimento de seu pleno desenvolvimento. Na época atual, a guarda compartilhada é a forma ideal para a dissolução conjugal para as famílias, pois os pais conseguem ter uma atuação de forma igualitária na vida dos filhos, observando o princípio do melhor interesse da criança.

O SURGIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

Até o ano de 2008, a guarda praticada como regra no Brasil, era a guarda unilateral, a qual se levava em conta o responsável pela guarda a pessoa que possuísse melhores condições de exerce-la. Independentemente de existir algumas decisões dispersa de tribunais sobre a guarda compartilhada, no entanto não havia proteção legal preciso para a aplicação da guarda compartilhada, como também não existia vedação por alguma outra norma.

Ainda que não existisse fundamento legal específico, a aplicabilidade da guarda compartilhada amparada na Constituição Federal do Brasil, com base nos artigos 5º caput e 226§ 5º:

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: [...] Art. 226 [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Por meio de seus artigos 5º caput e 226§ 5º, a Carta Magna, já assegurava ao homem e à mulher paridade em todos os direitos e deveres do casamento, sem qualquer diferença.

Em julho de 1990, foi publicado outro documento importante, a lei 8.069, persistiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990).

Através do Estatuto da Criança e do Adolescente pode-se notar que o pátrio poder, antigamente era desempenhado apenas pelo homem no direito romano, sucedeu a ser desempenhado sem desigualdade entre pai e mãe, fazendo importante destaque ao Princípio da Igualdade Parental. Vale salientar que o artigo mencionado retrata o status de igualdade do pátrio poder sem apontar casos de união ou dissolução dos genitores, mostrando que independentemente da situação em que se encontre seus genitores, juntos ou separados, o pátrio poder será dividido entre ambos e havendo desacordo caberia ao judiciário decidir.

Destaca-se que, para Cezar Fiuza (2013, p. 1232), que não se perde o poder familiar o genitor que não possui a guarda do filho, ocorre apenas o uma variação do seu exercício, o que ocorre é que esse poder vai ser limitado a distância, ou seja, o genitor que não detiver a guarda do filho não perde o poder familiar, tendo em vista que irá ocorrer apenas uma alternância provisória da guarda com o outro genitor, quando um destes não estiver com a guarda do filho.

Enfatizando a ideia de resguardo ao menor e seu melhor interesse, em novembro de 1990, o Brasil, ratificou a Convenção dos Direitos da Criança através do Decreto 99.710, podendo ser mencionado o artigo 18 do referido decreto:

Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança (BRASIL, 1990).

Embora essa ratificação tenha ocorrido por parte do governo brasileiro mais de 30 anos após a ratificação dos direitos da criança da Organização das Nações de 1959, verifica-se que seus preceitos levaram a preocupação mundial e também brasileira se voltasse a proteger o melhor interesse da criança. Portanto, assegurou que ambos os pais seriam de fato responsáveis pela educação e desenvolvimento do menor.

Reforçando ainda com a ideia da prática da guarda compartilhada, no artigo 1.586 do código civil de 2002, prevê "Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais" (BRASIL, 2002).

Mesmo sem mencionar o termo Guarda Compartilhada, o dispositivo legal citado, viabilizou ao juiz determinar a relação entre pais e filhos. Dessa forma, naquela época, quando havia um rompimento da união conjugal, a guarda unilateral era a regra vigente. Porém o mencionado artigo permitiu ao juiz regular de modo diferente a guarda, ou seja, empregar a guarda mútua com respaldo legal.

A realidade é que o modelo de guarda unilateral não atende mais as perspectivas sociais, uma vez que o direito brasileiro, seguindo o direito comparado, foi submetido a se adaptar e criar uma semelhança nos papéis familiares, retirando do ordenamento pátrio o poder parental unilateral.

PRINCIPAIS ASPECTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Neste modelo de guarda, existem vantagens e desvantagens. Dentre as vantagens da guarda compartilhada, temos os privilégios que ela proporciona tanto para os pais quanto para os filhos, produzindo assim uma harmonia entre ambos e diminuindo as contendas existentes entre eles, criando uma convivência continuada entre pais e filhos que na grande maioria das vezes termina de maneira traumática, causando um abalo emocional depois da separação dos cônjuges. Conforme aduz Ana Carolina Silveira Akel:

A guarda conjunta ou compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa normalmente de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o genitor preterido, possibilitando o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e à união estável, a saber, a guarda, o sustento e a educação da prole. Não há dúvida de que, através deste sistema, o sentimento de culpa e frustração do genitor não guardião, pela ausência de cuidados em relação aos filhos, são diminuídos de forma significativa. A guarda compartilhada privilegia e envolve, de forma igualitária, ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo àquelas maiores responsabilidades e garantido a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda unilateral. Ademais a adoção do exercício conjunto da guarda facilita a solução de diversos problemas decorrentes da responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores. (AKEL, 2009, p.107).

Dessa maneira, podemos perceber que a guarda compartilhada é sempre favorável para todos, fazendo com que haja uma boa convivência entre os filhos e seus genitores, e estabelecendo uma responsabilidade mútua entre ambos os genitores na educação, criação e cuidados com os filhos.

A guarda compartilhada proporciona o convívio dos filhos com seus pais de forma contínua, fixando direitos e deveres referentes a guarda compartilhada que a mesma deve ser praticada de forma justa entre pai e mãe.

Esse modelo de guarda também favorece muito os filhos de casais que se separam, pois com a guarda compartilhada o filho passa a ter menos problemas emocionais, não muda drasticamente seu comportamento, o rendimento na escola não baixa, sua autoestima se eleva. Com a guarda compartilhada as crianças se sentem como se estivessem em uma família normal e com seus pais sempre perto.

Os filhos menores são os mais beneficiados com esse modelo de guarda, pois eles teriam mais tempo para desfrutar da convivência com cada um dos seus genitores, reduzindo assim o sentimento de culpa, a sensação de ter perdido um de

seus pais, uma situação de confusão quando os pais reconstroem sua vida conjugal com outras pessoas.

Também é bastante beneficiado o cônjuge que não é o guardião das crianças menores, porquanto ela sai do papel de mero “visitante” e de mero provedor, para sentir-se plenamente como pai ou mãe com os mesmos direitos e deveres do outro cônjuge, assim podendo opinar sobre a escolha da escola, os costumes referentes à liberdade e aos limites necessários que devem ser ministrados aos filhos, etc. (DELGADO; COLTRO, 2009, p.106).

Sendo assim, com a guarda compartilhada as crianças deixam de ser apenas uma forma para efeitos da pensão alimentícia e outras questões patrimoniais. A guarda compartilhada muda a situação dos pais frente às crianças, pois não será apenas um mero visitador, passará a atuar afetivamente na vida dos filhos.

Apesar da guarda compartilhada ter inúmeras vantagens, também tem suas desvantagens, uma delas é a de casais que tem bastante conflitos e brigam muito, nesse caso a guarda compartilhada não funcionará, pois, os cônjuges que não tem uma boa comunicação entre si irão corromper a educação proporcionada aos seus filhos, e nesse caso a guarda compartilhada não alcançara o seu objetivo. No caso de famílias que não estão preparadas para desfrutar da guarda compartilhada, deve-se analisar o caso atentamente para estabelecer um modo que favoreça o melhor interesse da criança para que possa conviver com seus genitores.

Essa falta de diálogo entre os pais, é o maior inimigo da guarda compartilhada, pois os mesmos vivem em constantes confrontos e utilizam dos filhos para atingir o outro, fazendo com que a criança fique transtornada e desconfiada em relação ao seu pai ou sua mãe. O que faz com que os resultados da guarda compartilhada fiquem frustrados.

RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO UNIDADE FAMILIAR

As relações homoafetivas são uma realidade no Brasil e no mundo. O primeiro país a reconhecer essa união foi a Dinamarca, no ano de 1989. Em 1996, a Constituição d África do Sul, foi a primeira a proibir a discriminação referente a orientação sexual. O primeiro país a autorizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo foi a Holanda, no ano de 2001.

A legislação brasileira não trata os sobre a relação homossexual, os dispositivos legais são reativos ao casamento e união estável entre homem e mulher, no entanto os tribunais passaram a ver que as questões homossexuais vinham mudando com o passar dos anos.

A realidade é que o direito deve acompanhar as mudanças e transformações sociais, a partir de casos existentes que representem novas realidades nas relações interpessoais.

O princípio da igualdade previsto nos artigos 3º, inciso IV e 5º da Constituição Federal, extinguiu terminantemente, qualquer forma de discriminação.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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.

Um dos propósitos presentes na disciplina dos direitos fundamentais, é o de assegurar a não discriminação, deste modo, a norma constitucional se aplica a todos os direitos, incluindo, ainda, as liberdades e garantias pessoais.

A igualdade caminha junto com os princípios de idêntica relevância, não sendo capaz de estar separado do princípio da justiça, em sua definição mais pura. ao ser negado um direito fundamental as pessoas, que se fosse de sexo diferentes, obteriam resultado em auferi-los, ferindo o significado que o Poder Constituinte buscou defender.

As uniões constituídas por pessoas do mesmo sexo ganharam força, diante das últimas decisões no âmbito do poder judiciário. Recentes julgados equipararam às uniões homoafetivas as uniões estáveis e logo foram declaradas por direito como entidade familiar.

A GUARDA COMPARTILHADA E A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Em concordância com as mudanças contínuas sofridas na sociedade pós-moderna, especialmente no que refere-se as alterações nas estruturas familiares, é possível comprovar que a família não é mais aquela instituída pela consagração do casamento. De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo são reconhecidas como entidade familiar, ou seja, são intituladas como famílias contemporâneas.

Em vista aos princípios basilares da Constituição Federal a família homoafetiva tem direito a adoção, e levando em consideração os padrões das jurisprudências, no caso de dissolução do casamento, essa nova família terá direito a guarda compartilhada dos filhos. Desse modo, é possível identificar o cumprimento do princípio da igualdade vigente na Carta Magna, assim como a observância do artigo 28º do Estatuto da criança e do adolescente que dispõe: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”.

O artigo 33º dessa mesma lei complementa “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Sendo assim, não há legislação que impeça o exercício da guarda a ser empregada no rompimento da união e a sua concessão não deve fazer diferenciação ao modelo de família, quer seja ela proveniente do matrimônio, ou de união homoafetiva. Faz-se essencial para quem irá compartilhar a guarda, possuir os recursos adequados à proteção do menor, tais como, alimentação, educação, saúde e especialmente o afeto.

Uma vez que a sua aplicação vem sendo constante na ruptura das uniões atuais, pode-se concluir que a guarda compartilhada é apropriada as famílias homoafetivas, visto que faz total alusão aos modelos contemporâneos.

CONCLUSÃO

Acima de qualquer outro aspecto, os pais tem a obrigação de participar efetivamente na saúde, lazer, alimentação, educação e outras atividades que envolvam seus filhos, exercendo sua responsabilidade para que a mesma não se limite com a dissolução da união, mas que se conserve seu vínculo com os que acabam sendo os mais afetados.

A guarda compartilhada é um modelo a ser praticado diante do rompimento das relações familiares, que tem como objetivo compartilhar a custódia do menor com os pais. Ambos possuem a guarda dos filhos e serão responsáveis solidariamente

pela educação, cuidados e além disso, com os deveres básicos inerentes ao poder familiar.

A aplicação dessa espécie de guarda se mostra cada vez mais eficiente, no qual é possível demonstrar que sua utilização se tornou constante.

A guarda compartilhada também é o melhor modelo a ser utilizado na separação do casal homoafetivo com filhos menores. Perante a aprovação do direito de adoção conhecido a família homoafetiva, continua na mesma linha a expectativa de aplicação da guarda compartilhada em consequência da dissolução da família.

Portanto a guarda compartilhada poderá ser aplicada tanto as famílias tradicionais como as famílias homoafetivas em observância aos preceitos que regem o direito a igualdade e vedam a discriminação. Destarte, esse modelo é adequado às relações homoafetivas, pois se mostra compatível com as dinâmicas das famílias contemporâneas. No âmbito do judiciário, a guarda unilateral deixou de ser regra, enquanto a guarda compartilhada passou a ser prioridade, com vista a efetivar o princípio do melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7º ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2011.

_____. **União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça**. 5º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRISARD, Waldyr Filho. **Guarda Compartilhada um novo modelo de responsabilidade parental**. 5º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico**. 2º ed. 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Artur Marques Filho. **Adoção**. 3º ed. São Pulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 6º ed. São Paulo, 2011.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União Homoafetiva Direito Sucessório e Novos Direitos**. 2º ed. Curitiba. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

INTERNET

ARAÚJO, Juliana Rocha. **Guarda e Direito de Visita entre Casais Homoafetivos**. Disponível em: <www.unit.br/Publica/2011.2/Humanas/GUARDA%20E%20DIREITO%20DE%20VISITA.pdf>. Acesso em: 08/03/2020

CHAVES, Marianna. **A guarda compartilhada e as famílias homoafetivas**.

Disponível em: <jus.com.br/revista/texto/17988/a-guarda-compartilhada-e-as-familias-homoafetivas>. Acesso em: 10/04/2020

DIETER, Cristina Ternes. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br> Acesso em: 25/04/2020.

JACINTA, Gomes Fernandes. **União Homoafetiva como entidade familiar, reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br> Acesso em: 25/04/2020.

[1] Pós-graduado em Direito com ênfase em Direito público; Titulação acadêmica: Especialista.

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABANDONO AFETIVO

JOAO VICTOR CASCAES BARROS:

Graduando em direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus, Manaus
– Amazonas

JOÃO CHAVES BOAVENTURA^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa analisar as causas de abandono afetivo, o dever legal de cuidado e participação material e afetiva no processo de criação dos filhos possibilitando responsabilização civil, inclusive indenização por danos morais, como tem-se entendido Tribunais Estaduais e Cortes Superiores. Compreende-se que as causas do abandono afetivo está relacionado ao distanciamento natural da criança por aquele que não tem sua guarda, ou até mesmo, por causa de desavenças entre o pai e a mãe. O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este em sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade (HIRONAKA, s. d., p. 04). O dever de indenizar surgiu a partir dos elementos da responsabilidade civil, sendo a conduta Humana (positiva ou negativa), o dano e o nexo causal. Suas Principais funções consistem em compensar a vítima do dano experimentado, de punir o ofensor e desmotivar socialmente a pratica da conduta lesiva. O código civil classifica responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, sendo a primeira elencada no Art. 186 do código civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Já a responsabilidade civil objetiva para ser caracterizada é irrelevante a existência de dolo ou culpa do agente, sendo necessário apenas estabelecer nexo de causalidade entre a conduta humana e o dano sofrido.

Palavras-chave: Responsabilização Civil, Abandono Afetivo

INTRODUÇÃO

O direito de família no Brasil sofreu algumas alterações ao longo dos anos, tendo ganhado grande relevância com a Constituição Federal de 1988, que atribuiu maior proteção a família, que é a base da sociedade e que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios do direito de família. Além disso, Consolida a instituição política estatal, modifica a ideia de filiação e consigna o reconhecimento de outros modelos familiares monoparentais, anaparentais e homoafetivos, assim como os modelos já existentes.

No Brasil mesmo que a criança e o adolescente tenham seus direitos resguardados, tornou-se comum a prática de abandono afetivo. Levando as vítimas de tal ato a buscar a responsabilização de seus responsáveis.

Jurisprudências recentes como a do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que condenou o pai a pagar a indenização de duzentos salários mínimos a título de danos morais ao filho, por não ter com ele convívio (Apelação Cível n. 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte. Sétima Câmara Cível. Presidiu o julgamento o Juiz José Affonso da Costa Côrtes e dele participaram os Juizes Unias Silva, relator, D. Viçoso Rodrigues, revisor, e José Flávio Almeida, vogal). Abre a discussão acerca da possibilidade de ressarcir as crianças e adolescentes aos danos psicológicos causados pelo abandono socioafetivo.

Sendo assim, de acordo com artigo 186 do Código Civil pode-se afirmar que o primeiro elemento da responsabilidade civil por abandono afetivo a ser preenchido é a omissão dos pais em cumprir o dever jurídico de assistir imaterialmente seus filhos.

[...] tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente [...] Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.26).

I – DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PODER FAMILIAR

O direito de família no Brasil sofreu algumas alterações ao longo dos anos, tendo ganhado grande relevância com a Constituição Federal de 1988, que traz em

seu rol 5 artigos que tratam sobre o direito de família. O Art. 226 descreve a família como base da sociedade, com especial proteção do estado.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Os pais detêm o exercício do poder familiar, a doutrina conceitua como sendo "o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes" (Direito Civil, v. 6, 2002, p.356).

Tais deveres não devem apenas estar interligados a deveres materiais dos pais para com os filhos, como alimentação, abrigo e saúde, os deveres também devem ser de cunho imaterial, necessário para uma adequada formação, educação, lazer, regras de conduta e afeto.

Mesmo que haja o fim do casamento ou dissolução da união estável não alterar o poder familiar, o que ocorre é apenas a regulamentação da guarda do menor a fim de assegurar o seu desenvolvimento saudável, ficando ambos os genitores responsáveis em garantir e zelar por todos os seus direitos, conforme preceitua o artigo 229 da Constituição Federal "Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

No mesmo sentido, tem-se o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/90, que, em seu art. 21, dispõe que o poder familiar:

Art. 21. O ~~pátrio poder~~ poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

No entanto, observa-se que os filhos são utilizados como forma de vingança entre os casais que rompe o relacionamento para atingir o outro genitor, tal ato pode vim a acarretar danos psicológicos ao menor. Além, de ser considerado crime de Alienação parental segundo a Lei 12.318, que conceitua em seu artigo 2º a alienação parental: "Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculo com este".

Send o assim, verifica-se que os filhos, especialmente os menores, possuem direitos à tratamento digno, a carinho, afeto e atenção ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, sendo dever dos pais garantir-lhes tais direitos.

II – ABANDONO AFETIVO

A constituição federal em seu artigo 227 elenca que “ É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Redação semelhante é dada pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) “ É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Tais fundamentações atribuí aos pais a responsabilidade do dever de cuidado, criação e convivência familiar. Deixando claro que não existe a obrigação de amar o filho, no entanto, a legislação garante o dever de ser cuidado.

O abandono afetivo conceitua-se como o não cumprimento de cuidado e criação dos filhos. O rompimento do elo de afetividade entre pais e filhos, acarretam danos psicológicos e comprometem o desenvolvimento saudável da prole, além de privar o menor do direito a comunhão familiar e a dignidade humana.

Nas lições de Costa (2008):

O abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. Ou mais. A carência material pode ser superada com muito trabalho, muita dedicação do genitor que preserve a guarda do infante, mas a carência de afeto corrói princípios, se estes não estão seguramente distintos na percepção da criança. É o afeto que delineia o caráter e, como é passível de entendimento coletivo, é a família estruturada que representa a base da sociedade. É comumente a falta de estrutura que conduz os homens aos desatinos criminosos, ao desequilíbrio social. Não que seja de extrema importância manter os pais dentro de casa, ou obrigá-los a amar ou a ter envolvimento afetivo contra sua própria natureza, mas é de fundamental valoração a manutenção dos vínculos com os filhos e a sua ausência pode desencadear prejuízos muitas vezes irreparáveis ao ser humano em constituição.

Destaca-se que o abandono afetivo por si só, não justifica o pagamento de indenização por danos morais, ou seja, para que obrigação de indenizar seja criada é necessário a demonstração efetiva da existência de dano e culpa do agente.

III – RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil compreende que a violação de um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar. Podemos dizer que ato Lícito são os atos que estão de acordo com a lei, é a causa geradora de obrigação. Já os ilícitos são os que estão em desacordo com o ordenamento jurídico, pressupõe culpa lato sensu do agente, logo, de acordo com as normas legais causam um dano ou um prejuízo a alguém por negligencia, imprudência e imperícia, criando uma obrigação de reparar o dano.

Divide-se responsabilidade civil em responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. O código civil descreve responsabilidade civil subjetiva em seu art. 186: "Aquele que por ação ou omissão voluntaria, negligência ou imprudência, viola direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Já o art. 927 elenca que "aquele que por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a reparar-lo". Em responsabilidade civil objetiva, conforme parágrafo único do art. 927 "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autos do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Ou seja, é irrelevante a existência de dolo ou culpa do agente, sendo necessário apenas estabelecer nexos de causalidade entre a conduta humana e o dano sofrido.

Sabe-se que a reparação civil surge como necessidade de compensar a vítima do dano sofrido, no que tange a possibilidade de reparação civil por abandono afetivo segundo Hironaka (2006):

O que produzirá o liame necessário – nexos de causalidade essencial para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho, pelo fato desde abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele.

Segundo Figueredo:

“O entendimento daqueles que admitem a possibilidade de reparação civil em razão do abandono afetivo, as relações familiares devem ser pautadas no desenvolvimento ético, solidário e afetivo, tendo a afetividade como principal pilar de existência e de dignidade das entidades familiares e deste modo, a responsabilidade parental deve sempre buscar o efetivo desenvolvimento da personalidade e da formação do ser humano, prestando assistência afetiva, moral e psíquica na busca do melhor interesse da criança e do adolescente, não sendo possível limitar-se apenas à presença física dos genitores.”

Observa-se que aqueles que não reconhecem a reparação civil por abandono afetivo, defende a impossibilidade de aferição do elemento culpa, inviabilizando a possibilidade de indenização pelo dano causado.

Diversas Jurisprudências abriram a discussão acerca da possibilidade de ressarcir as crianças e adolescente aos danos psicológicos causados pelo abandono socioafetivo.

EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação

psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso Documento: 1067604 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/05/2012 Página 1 de 49 Superior Tribunal de Justiça especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

A jurisprudência mencionada trata-se de Ação de indenização por danos morais e materiais, ajuizada pela filha em face do pai, por ter sofrido abandono afetivo durante a infância e adolescência, o juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida. O TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). (BRASIL, 2012)

Durante o julgamento do Recurso especial nº 1.159.242/SP, a Excelentíssima Ministra Relatora Nancy Andrighi, discorreu sobre a não existência de restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a

matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas (BRASIL, 2012).

A relatora também aponta a perda do poder Familiar não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos (Brasil, 2012).

Tal jurisprudência ainda incrementa diversos debates acerca da Responsabilização Civil por abandono afetivo, que não se trata de processar o pai ou mãe pela falta de amor, e sim pela omissão de cuidado, cuidado esse, que incorpora-se em nosso ordenamento jurídico, não como expressão, mas como locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como observa-se do art. 227 CF/88, o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar (BRASIL, 2012).

A Relatora estabelece que para a configuração da responsabilidade civil é necessária a subsistência de uma ação ou omissão. A omissão ocorre quando há negligência ao dever de cuidar. A recorrida carregar um sentimento perpetuo que deriva das omissões do dever de cuidado por parte do pai, o que acabou por caracterizar dano moral *in re ipsa*, estando configurada a negligência, o dano e o nexa causal (BRASIL, 2012).

Analisando a decisão em dá-se parcial provimento ao recurso especial, verifica-se, que apesar de não haver unanimidade quanto a tal decisão, existe a possibilidade de Responsabilização civil por abandono afetivo, caso cumpra os requisitos para a sua configuração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de família no Brasil sofreu algumas alterações ao longo dos anos, tendo ganhado grande relevância com a Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu rol 5 artigos que tratam sobre o direito de família. Além de ser explanados em outro títulos com valor jurídico, como na Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente.

Desta forma, ficou claro que o poder familiar será exercido pelos pais, que ficam responsáveis não só pelos deveres de cunho material como alimentação, abrigo e saúde, como também ficam responsáveis pelo dever de cunho imaterial, que é necessário para uma adequada formação, como a conduta e o afeto. Sendo assim, a fundamentação de poder familiar, atribui aos pais a responsabilidade do dever de cuidado, criação e convivência familiar. Deixando claro que não existe a obrigação de amar o filho, no entanto, a legislação garante o dever de ser cuidado.

Nesse sentido, Conceitua-se o abandono afetivo como sendo o não cumprimento de cuidado e criação dos filhos, sendo um dos fatores que acarretam não só danos psicológicos, como comprometem o desenvolvimento saudável da prole, além de privar o menor ao direito a comunhão familiar e a dignidade humana.

Decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça apontam em Responsabilizar civilmente os pais e indenizar por danos morais a criança e o adolescentes vítimas do abandono afetivo.

Diante do julgamento do Recurso especial nº 1.159.242/SP, observa-se que não se busca vingança ou ganhos financeiros indevidos diante dos tribunais, o que busca-se é a reparação, a compensação pelo dano moral causado por aqueles que detém o poder familiar e que são responsáveis em cuidar e garantir o seu desenvolvimento saudável.

Diante disso, conclui-se, que a falta de cuidado e afeto geram danos irreparáveis na formação e desenvolvimento da criança e adolescente, configurando os pressupostos da responsabilidade civil, sendo possível sua reparação através da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 07 mai. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. Abandono afetivo parental. A traição do dever do apoio moral. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2017, 8 jan. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12159>. Acesso em: 4 out. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>>. Acesso em 07 mai. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. Repertório de Jurisprudência IOB. [S.I.], v. 3. n, 18, 568-582, set, 2006.

Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Poder Executivo. Brasília, DF 16 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 07 mai. 2020.

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Poder Executivo. Brasília, DF 11 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 07 mai. 2020.

Lei Federal 12.318, de 26 de agosto de 2020. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Poder Executivo. Brasília, DF, 26 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à Pessoa Humana, uma leitura Civil-

Constitucional dos Danos Morais. Ed Renovar. Rio de Janeiro. 2003.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1979.v.1.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000. Relator: Unias Silva. Minas Gerais, 01 de abril de 2004. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 04 outubro 2020.

STJ - REsp: 1159242 SP 2009/0193701-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2012 RDDP vol. 112 p. 137 RDTJRJ vol. 100 p. 167 RSTJ vol. 226 p. 435.

Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9/inteiro-teor-865731399?ref=serp>>.
Acesso em 08 de outubro de 2020.

NOTAS:

[1] Bacharel em Direito e em Economia, Especialista em Ciências Criminais, Especialista em Marketing, Especialista em Projetos Econômicos e Mestre em História do Pensamento Econômico.

LEI MARIA DA PENHA: A EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE FIGUEIREDO – AMAZONAS

RUANE SILVA PINHEIRO:
Graduando na Ulbra em Direito.

RUBENS ALVES DA SILVA ^[1]

RESUMO: O presente artigo se pautou em apresentar A Lei Maria da Penha veio com o intuito de resguardar e amparar as mulheres de todos os tipos de violência, sejam elas, física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, buscando ações e mecanismos que visam coibir a violência de gênero. A violência doméstica constitui uma problemática que atinge toda a população, independente da classe social, raça ou etnia. Desta forma, com a necessidade de diminuir os delitos dessa natureza, tornando-a realmente eficaz, implantaram-se políticas públicas no combate à violência doméstica contra a mulher, as quais ampliaram e introduziram serviços especializados, bem como articularam serviços em prol das vítimas.

Palavras chave: Lei Maria da Penha, Violência Doméstica; Políticas Públicas.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo é de cunho bibliográfico descritivo, onde a pesquisa para o embasamento teórico contou com dados quantitativos dos setores do 37º Distrito de Polícia Integrado, do Fórum de Justiça Desembargadora Nayde Vasconcelos e do Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS, do município de Presidente Figueiredo, Amazonas.

Em resposta à violência contra a mulher, políticas de medidas protetivas são instauradas na Lei Maria da Penha Lei nº. 11.340/2006, com a finalidade de mudar definitivamente a punição de seus agressores, como forma de justiça e fim da impunidade, sem penas pecuniárias como a doação de cestas básicas e aplicação de multa. As medidas protetivas instauradas na Lei vieram para garantir a mulher o direito de segurança e liberdade, no sentido de viver.

O processo descritivo visa à identificação, registro e análise das características, fatores ou variáveis que se relacionam com o fenômeno ou processo. Esse tipo de pesquisa pode ser entendida como um estudo de caso onde, após a coleta de dados, é realizada uma análise das relações entre as variáveis para uma posterior determinação do efeitos resultantes em uma empresa, sistema de produção ou produto (Perovano, 2014).

O objetivo da pesquisa quantitativa é medir relações entre variáveis por associação e obter informações sobre determinada população. “As análises quantitativas são muito divulgadas e, nesse sentido, sua planificação geralmente necessita de menos explicações que as análises qualitativas” (CONTANDRIOPOULOS, 1994)

Os dados quantitativos obtidos a partir da tabulação do levantamento de dados foram divididos e analisados conforme a disposição dos registros, analisando-se primeiramente os aspectos pertinentes a quantidade de inquéritos instaurados das mulheres vítimas de agressões estudada e em seguida a percepção do encaminhamento do processo encaminhado ao setor competente para julgar as causas dos referidos processos.

2 LEI 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, tendo como objetivo geral, demonstrar a aplicabilidade dos mecanismos de proteção à mulher em situação de violência doméstica no âmbito do município de Presidente Figueiredo, onde nas palavras de Piovesan e Pimentel (2007), considera-se a Lei Maria da Penha como instrumento de igualdade material, que confere efetividade aos preceitos constitucionais”, problematizando a eficácia das Medidas Protetivas de Urgência. Uma vez que a violência doméstica contra a mulher ocorre diariamente e que é um problema social que precisa ser sanado, pois causa danos irreparáveis em muitas mulheres pelo mundo todo, gerando problemas de saúde para o resto da vida.

De acordo com o Portal do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, a violência contra a mulher é referida de diversas formas desde a década de 50. Foi designada como violência intrafamiliar, violência contra a mulher, violência doméstica e na década de 90 os estudos passam a tratar essas relações de poder, em que a mulher em qualquer faixa etária é submetida e subjugada, como violência de gênero.

A partir da Lei nº 11.340/2006 - Maria da Penha, a violência doméstica é definida no artigo 5º, in verbis:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

No ano de 2019, Manaus registrou 25,3 mil casos de violência doméstica, elas responderam por 96,9% dos casos que chegaram aos Distritos Integrados de Polícia Civil. Foram 24,5 mil queixas entre situações de lesão corporal, difamação, violação de domicílio e outros tipos de ocorrência, todos cometidos por seus ex-companheiros, os dados acima relacionados foram extraídos da Secretaria de Segurança Pública do Amazonas – SSP/AM.

Conforme os dados do 37 ° Distrito de Polícia Integrado, no município de Presidente Figueiredo entre os anos de 2018 e 2019 foram remetidos de 140 (cento e quarenta) inquéritos policiais em relação a violência doméstica, para o Fórum de Justiça Desembargadora Nayde Vasconcelos.

2.1 FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei nº 11.340/2006 - Maria da Penha, define os tipos de violência doméstica no seu artigo 7º, in verbis:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e

decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Consoante aos dados obtidos, foi possível verificar por meio dos boletins de ocorrências e os inquéritos policiais instaurados no 37º Distrito de Polícia Integrado, quais os tipos de violência sofrida mais frequentes pelas vítimas. Foram identificadas que 92% das ocorrências registradas trata-se de violência física, psicológica e sexual. Nos episódios de agressões físicas as vítimas foram agredidas por meio de socos, empurrões, ou ainda lesões corporais graves ocasionadas por objetos perfurocortantes. Ressalta-se que a violência psicológica esteve sempre presente através de ameaças, humilhações e ofensas. Outro ponto a destacar, são os tipos de violências moral injúria, calúnia ou difamações ou patrimonial que correspondem a 8% da estatística.

Em resposta à violência contra a mulher, políticas de medidas protetivas são instauradas na Lei Maria da Penha Lei nº. 11.340/2006, com a finalidade de mudar definitivamente a punição de seus agressores, como forma de justiça e fim da impunidade, sem penas pecuniárias como a doação de cestas básicas e

aplicação de multa. As medidas protetivas instauradas na Lei vieram para garantir a mulher o direito de segurança e liberdade, no sentido de viver.

2.2 DADOS ESTATÍSTICOS E A EFICÁCIA DA LEI NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO

Os casos relacionados a violência doméstica no município de Presidente Figueiredo, vem crescendo muito ao decorrer dos anos, por tais razões foi realizada a presente pesquisa para saber de qual forma o Poder Público vem tomando medidas de prevenção ou de acompanhamento das vítimas.

As vítimas chegam até o 37º DIP, pois o município não dispõe de uma delegacia especializada de atendimento à mulher, onde são registrados os casos de violência domésticas, em seguidas são destinadas para o cartório da delegacia, onde são acompanhadas para a realização do exame de corpo de delito, em seguida serem ouvidas e apresentarem o termo de representação de Medidas Protetivas de Urgência contra seus ex-companheiros, a maioria das vítimas já sofreram algum tipo de violência antes de tomar tão decisão. No ano de 2018 a 2019 foram instaurados 140 (cento e quarenta) inquéritos policias, sendo que todas solicitaram as medidas protetivas de urgências, que foram remetidas em até 24 horas, via Sistema de Processo Eletrônico do Judiciário do Amazonas – PROJUDI/AM. Após os agressores serem ouvidos o inquérito policial remetidos à justiça. No ensejo, ressalta-se ainda que 90% dos casos houve o descumprimento das medidas protetivas de urgência, na maioria das vezes por parte do agressor ou até mesmo pela vítima, que após reatarem retornam à delegacia para fazerem retiradas das queixas, porém não é possível.

O Fórum de Justiça Desembargadora Nayde Vasconcelos no ano de 2018, recebeu por meio do Sistema de Processo Eletrônico do Judiciário do Amazonas – PROJUDI/AM, 54 (cinquenta e quatro) inquéritos policias, sendo que destes processos apenas 01 (um) caso o réu foi condenado, 02 (dois) casos encontram-se arquivado e 51 (cinquenta e um) processos em andamento, por motivo de não encontrar a localização do réu ou por outros fatores judiciais. Já no ano de 2019, os casos de violência doméstica tiveram o aumento significativo, onde foram instaurados cerca de 86 (oitenta e seis) inquéritos policias, sendo eles atualmente 84 (oitenta e quatro) processos em andamento e 02 (dois) arquivados. É importante ressaltar que os processos que estão em andamento, muitos já estão conclusos para decisão e outros devido o nosso cenário atual ocasionado pela pandemia, estão para serem julgados a partir do mês de julho de 2020.

O Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS, não têm programas, projetos ou rodas de conversas para as mulheres vítimas de violência

doméstica, porém caso a vítima precise de acompanhamento psicossocial o delegado titular entra em contato com a coordenadora do referido centro, para que a mesma tenha um acompanhamento psicológico e assistencial, onde um relatório técnico é realizado com a vítima e posteriormente encaminhado para a delegacia para ser anexados aos autos. Mas as assistentes sociais e psicólogas realizam mensalmente palestras e campanhas nas escolas do município em toda a zona rural e urbana, realizando assim um trabalho de prevenção e encorajando as vítimas para denunciarem os agressores e de que elas não estão sozinhas nesta batalha.

Outra questão que dever ser observado que o município é região metropolitana, mas ainda não foi contemplado com o Projeto Ronda Maria da Penha, que é desenvolvido pela Polícia Militar – PM, que atua como mecanismo de defesa no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Dentre as ações garante o cumprimento das Medidas Protetivas de Urgência que são providências garantidas pela Lei 11.340/06. O acompanhamento às vítimas que tem a finalidade de garantir a sua proteção e de sua família, dissuadindo e reprimindo o descumprimento de Ordem Judicial, uma ferramenta muito importante que pode evitar uma tragédia, pois muitas mulheres são agredidas fisicamente e segundo os dados recolhidos já sofreram tentativa de feminicídio.

É importante ressaltar que a violência conjugal é de caráter multifatorial, tendo em vista os diversos fatores correlacionados. Desse modo, não podemos falar de uma causa única. Conforme os relatos registrados das mulheres, o abuso de substâncias das drogas lícitas, ilícitas e o principal fator sentimental o ciúme por parte do parceiro são fatores importantes que contribuem como causas da violência. O ciúme provoca aumento da tensão entre o casal, demonstrando um caráter de dominação e posse. Quando os agressores estão sobre efeitos de drogas, muitas vezes as mulheres não os denunciam por considerá-los outra pessoa naquele momento, e preferem dar outra chance, ou as vezes são por ter filhos preferem sofrer caladas.

A violência contra a mulher é fruto das desigualdades de gênero sendo estas identificadas nos papéis atribuídos pela sociedade aos homens e as mulheres e que isto advém de raízes culturais criadas e impostas pelos indivíduos. São exatamente essas práticas machistas que legitimam e acabam contribuindo para que as mulheres se vejam como dependentes em relação ao marido/companheiro tanto financeiramente como afetivamente, no qual sentem dificuldades de erradicar com a situação em que se encontram. Os setores supramencionados que dispuseram de dados para realização desta pesquisa, nos mostrou que por maior que seja esforço do Poder Público a Lei Maria da Penha – 11.340 de 07 de agosto de 2006, ainda falta muito para se tornar eficaz em Presidente Figueiredo, pois o município por mais que

seja região metropolitana de Manaus, não consta com o apoio da Ronda Maria da Penha, e no presente não apresenta um plano voltado ao enfrentamento ao combate a violência doméstica,

Com isso, finaliza-se com a certeza de que é preciso tratar a situação de violência contra a mulher, não somente como uma questão de justiça, mas também forma elos para que a lei se torne mais eficaz, acolhendo as vítimas com serviço qualificado e capacitado, estabelecendo e construindo dados que embasem medidas para prevenção coletiva, realizando um trabalho objetivo, em rede e multidisciplinar. A intervenção nas situações de violência cabe a todos os serviços estatais, polícia, justiça e saúde, e os que atuam nesses setores devem ser capacitados para atender tais vítimas. Para que a referida Lei se torne mais eficaz no município de Presidente Figueiredo é de extrema importância que tenha uma rede de proteção integrada e articulada entre as instâncias jurídicas, legislativas, executivas, as autoridades policiais, para promover uma ação qualitativa e efetiva a fim de erradicar e punir a violência.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio dos dados obtidos, é perceptível que as vítimas de violência doméstica, no município de Presidente Figueiredo, não têm acompanhamento após a instauração do inquérito policial, realizado no 37º DIP, o que torna a lei ineficaz, uma vez que muitas retornam para o seu lar e voltam a conviver com o agressor. Muitas destas mulheres, chegam a realizar outro registro, pelo fato do réu ter descumprido as medidas protetivas de urgência.

As vítimas até tomarem a decisão de realizar a denúncia, muita das vezes não é a primeira vez, que ela é acometida a alguma violência seja ela: física, psicológicas, sexual, patrimonial ou moral, por dependerem de seu companheiro financeiramente e não terem com manter o sustento de sua casa, ou se sujeitar por ter que mostrar a sociedade e aos filhos que são uma família estruturada, enquanto a mulher dentro de seu próprio lar sofre agressões corriqueiramente.

Diante dos fatos e dados aduzidos, é possível verificar que a justiça deve ser mais ágil, pois muitos processos são arquivados, ou demoram muito para a condenação do réu, tornando a Medida Protetiva de Urgência ineficaz, por as mesmas não terem a segurança o qual a lei estabelece, chegando até mesmo serem vítimas de feminicídio tentado ou consumado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 04 abril de 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. O que é a violência contra a mulher? Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br>. Acesso em 04 de abril de 2020.

Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS/Presidente Figueiredo

CONTANDRIOPOULOS, A. P. **Saber Preparar uma Pesquisa**. São Paulo-Rio de Janeiro: Hucitec/Abrasco, 1994.

Fórum de Justiça Desembargadora Nayde Vasconcelos – Presidente Figueiredo

MATTAR, F. N. **Pesquisa de marketing**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. Disponível <file:///C:/Users/PGM/Downloads/11638-39037-1-PB.pdf>. Acesso em 07 de maio de 2020.

PEROVANO. Dalton Gean. Manual de metodologia da pesquisa científica. São Paulo. 2014

PIOVESAN Flávia; PIMENTEL Silvia. **Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela**. São Paulo. 2017

37º Distrito de Polícia Integrado do Município de Presidente Figueiredo - Amazonas

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiAt6SXw-bpAhWtm-AKHd-EC-gQFjABegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ssp.am.gov.br%2Fmulheres-sao-vitimas-de-97-dos-crimes-de-violencia-domestica-registrados-em-manaus%2F&usg=AOvVaw2J-F443UcgaILMHL88j2oe> . Acesso em 04 de abril de 2020

[1] Docente na Ulbra – Bacharel em direito, Advogado, Especialista em Processo Civil Judiciário, Especialista em Docência e Gestão do Ensino Superior, Autor de Livros e Mestre em Direito.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO BENEFÍCIO RELACIONADO À SEGURIDADE SOCIAL SEM FONTE DE CUSTEIO: BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC- LOAS)

ESTER SOUZA DA SILVA DO NASCIMENTO:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus- CEULM/ULBRA

RESUMO: No presente trabalho visa-se abordar acerca do Benefício Assistencial que tem se tornado fonte de subsistência entre muitos brasileiros com impedimentos de trabalho, de todo modo, a Constituição Federal estabelece requisitos para majoração e criação de benefícios como a prévia fonte de custeio dentro da seguridade social. Logo, abordaremos a respeito do benefício, como sua importância para o desenvolvimento social bem como o desenvolvimento de projetos para elucidação das questões jurídicas e constitucionais ainda com uma reflexão como diminuição das desigualdades sociais. Desse modo, o objetivo é abordar a problemática financeira que assola o Benefício de Prestação Continuada o qual possa restar demonstrado conflitos à Carta Magna no segmento de proveniência da fonte de custeio, principalmente no cenário atual.

Palavras-chave: Benefício. Fonte de Custeio. Inconstitucionalidade. Seguridade Social.

ABSTRACT: The present work aims to address the Assistance Benefit that has become a source of subsistence among many Brazilians with work impediments, however, the Federal Constitution establishes requirements for the increase and creation of benefits as the previous source of costing within security Social. Therefore, we will address the benefit, such as its importance for social development as well as the development of projects to clarify legal and constitutional issues, with a reflection on how to reduce social inequalities. So, the objective is to address the financial problem that plagues the Continuous Installment Benefit, which may still show conflicts with the Charter in the segment of origin of the cost source, especially in the current scenario.

Keywords: Benefit. Source of Cost. Unconstitutionality. Social Security.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Histórico da Seguridade Social no Brasil e no mundo – 3. O Tripé da Seguridade Social- 4. Financiamento da Seguridade Social – 5. Prévia fonte de Custeio – 6. Benefício de Prestação Continuada (BPC- LOAS) – 7. IGF: Imposto sobre as Grandes Fortunas – 8. O Imposto sobre as Grandes Fortunas e a Seguridade Social – 9. Considerações Finais – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Seguridade Social é um dos elementos essenciais para o bom desenvolvimento de uma sociedade. É através dela, que um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Desse modo, a seguridade social é dividida em 3 ramos: A saúde, que busca estabelecer assistência médica e ambulatorial. A previdência, que assegura benefícios aos trabalhos formais e informais, mediante contribuição prévia. A assistência social, que independe de contribuição, destinado às pessoas mais carentes. De todo modo, a seguridade garante um conjunto de ações e políticas sociais que têm como objetivos, o bem estar e a justiça social, uma sociedade solidária visando erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos e encontra-se regido pela Constituição Federal do art. 194 ao 204.

A seguridade em um todo é sustentada por arrecadações do Estado, sejam elas provenientes de contribuições sociais derivadas de tributos e outras fontes quanto de receitas originárias (proveniente do patrimônio público). Equivale ressaltar, de forma sucinta e objetiva, que a Seguridade Social deve ser sustentável, de tal modo que é impedida a criação e majoração de qualquer benefício ou serviços relacionados a ela sem a devida indicação de sua fonte de financiamento, independente de qual seja.

O princípio aplicado na relação de custeio trata-se do financiamento por toda sociedade, portanto, uma relação estatutária inexistindo uma faculdade em optar em contribuir ou não, tratando-se compulsoriamente de uma obrigação imposta por lei. Não se pode olvidar que a Carta Magna elege, com grande valor social, o primado do trabalho, que por meio desta relação é gerada a arrecadação dos tributos como contribuições sociais e de outras fontes, como os impostos, que compõem o orçamento dos entes federados e fundos de financiamento do leque de serviços e garantias exclusivos da seguridade social.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC-LOAS) visa garantir um auxílio para os que não possuem meios de prover sua própria subsistência ou de sua família. Desse modo, é uma garantia constitucional do cidadão preservando o princípio da dignidade da pessoa humana e o cumprimento de suas garantias sociais. Apesar de encontrar-se em vigência desde 1993, traz uma discussão atual com grande impacto financeiro.

2. HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL E MUNDO

A Seguridade Social surgiu com o intuito de proteção aos trabalhadores ao desenvolver suas atividades.

As pioneiras acerca deste tema são Inglaterra, com criação da Lei de Amparo aos Pobres e a Alemanha trazendo a Lei do Seguro Doença, criada pelo tão conhecido pai do seguro social, Otton Von Bismarck em 1883. Em 1929, o México dispõe sobre a seguridade e como o surgimento do New Deal, nos Estados Unidos, a previdência social foi criada em 1935.

Diante de todo esse desenvolvimento, em 1942, William Beveridge, adotou um plano conhecido por levar seu sobrenome, designou às categorias de trabalho a prestação pecuniária compulsória para promover como recurso de financiamento da seguridade social.

O surgimento das garantias sociais no Brasil deu-se em 1824, quando a Constituição Federal visava garantir assistência, mais precisamente saúde para a população mais carente. Em 1835, criou-se o Plano MONGERAL, inspirado no plano Beveridge, visando a ideia de proteção aos riscos sociais entre as categorias.

Em 1891, é promulgada a Constituição que trazia no art. 75, o direito a aposentadoria por Invalidez para os servidores públicos. Em 1923, como Decreto Legislativo 4.682, conhecida como Lei Eloy chaves, criou-se no Brasil a Previdência Social por intermédio das Caixas de Aposentadorias e Pensões- CAP, porém, destinadas aos ferroviários, de âmbito nacional, sem abrangência de outra área trabalhadora. Logo mais, após reforma legislativa, as CAP's passaram a abranger a outras categorias sendo criado o Instituto de Aposentadorias e Pensões- IAP.

A Constituição de 1934, já previa assistência médica e sanitária e ouvia-se falar em previdência, em 1937, foram adicionados seguros de acidente de trabalho, invalidez, velhice e vida onde passa a modificar o termo previdência para seguro social, surgindo o termo previdência social.

Sem mudanças nesse sentido entre as Constituições de 1967 e 1969, surgiu a manifestação de criar uma nova constituição, foi então que a Constituição Federal de 1988 passa a prever a Seguridade Social, derrubando os termos Previdência e Seguro. A expressão no entanto tornou-se alvo de críticas por sua finalidade ser segurança, não seguridade.

A Seguridade, no entanto, tem seu texto conceitual compreendido de forma sucinta em nosso ordenamento jurídico, conceitua no art. 194 da Constituição Federal de 1988:

Art. 194. A seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

De tal modo, (IBRAHIM, 2012, p. 5) [1] endossa:

“A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuição de todos, incluindo por parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna”

A Seguridade é a busca da justiça social e bem estar, seguindo os princípios de seletividade, distributividade e isonomia, bem como ideais de justiça para garantir as classes sociais mais baixas o mínimo de subsistência.

3.O TRIPÉ DA SEGURIDADE SOCIAL

O sistema de seguridade social segue os princípios estabelecidos no art. 194, parágrafo único da CF/88 de modo a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social, sendo eles:

Universalidade da cobertura e do atendimento;

Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

Irredutibilidade do valor dos benefícios;

Equidade na forma de participação no custeio;

Diversidade da base de financiamento;

Caráter democrático e descentralizado da administração; mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Portanto, a Seguridade é um sistema de proteção que consiste em três programas sociais: A Saúde, a Previdência e Assistência.

Saúde: A Saúde, tem seu pleno conceito no art. 196 da Carta Magna, que diz:

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.

A saúde é de grande relevância pública e direito de todo cidadão, visando reduzir os riscos de doença e outros agravos, trata-se de um dever do Estado por seu financiamento ser pago pelos impostos de tal modo que o Estado precisa viabilizar condições para que o direito à saúde seja uma realidade.

Previdência: A Previdência assegura aos cidadãos contribuintes garantias e benefícios quando encontrar-se em situações excepcionais, descritos nos incisos do artigo abaixo mencionado, para desenvolver seu próprio sustento ou daqueles que dependiam economicamente, conforme conceitua o art. 201 da Constituição Federal de 1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei.

Assistência: A Assistência Social prevê atendimento às necessidades básicas de todos os cidadãos, especialmente para as classes mais baixas independentemente de contribuição, conforme o art. 203 da CF/88:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Assistência portanto, constitui uma proteção social para abranger as classes mais baixas, que não são cobertas pela Previdência Social em virtude da não contribuição para manutenção dos benefícios, haja vista que o caráter contributivo é requisito essencial, no entanto, a assistência social visa o oferecimento de condições mínimas para subsistência com dignidade.

Destarte, a Saúde, a Previdência e a Assistência Social integram os três pilares que sustentam a Seguridade Social visando realizar de forma integrada o enfrentamento à pobreza, garantir aos cidadãos um padrão social mínimo e condições essenciais.

4.FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade é financiada por toda a sociedade, conforme previsto no art. 195 da Constituição Federal, o orçamento é composto por contribuições de maneira direta e indireta, sendo desde recolhimento de contribuições sociais até receitas da União e de outras fontes. Valendo-se do financiamento da seguridade social, Frederico Amado (pg. 202, 2017) [2] discorre:

É possível defini-la como um vínculo jurídico obrigacional público, em que o sujeito ativo (Estado) é credor do sujeito passivo (responsável ou contribuinte), que deverá promover o recolhimento de contribuição destinada ao custeio da seguridade social, acrescida de eventuais consectários legais (multas, juros de mora e correção monetária).

O financiamento da seguridade é organizado administrativamente de forma descentralizada e coordenado pela União, sendo a Assistência Social amparada pelos recursos provenientes da Seguridade Social.

No que rege o âmbito tributário, as contribuições sociais encontram-se regulamentadas por meio de Lei Ordinária (Lei 8.212/91) e tem sido admitida, desde que não haja afronta às normas gerais definidas pela Constituição e do CTN e para tanto cita SABBAG (2015, p.638) [3]:

O orçamento da seguridade social é composto de receitas oriundas de recursos dos entes públicos (financiamento indireto) – por meio dos impostos – e de hauridas das contribuições específicas (financiamento direto). Estas últimas são instituídas por lei, com respaldo constitucional, para o custeio da seguridade social (art.195 da CF c/c art. 11 da Lei n. 8212/91).

A diversidade da base de financiamento da Seguridade Social é um princípio constitucional, previsto no art. 194, parágrafo único, inciso VI, o que tange nesta linha de raciocínio o que explica os doutrinadores Castro e Lazzari (2017, pg. 233) [4]:

“Com a adoção desse princípio, está prejudicada a possibilidade de estabelecer-se o sistema não contributivo, decorrente da cobrança de tributos não vinculados, visto que o financiamento deve ser feito por meio de diversas fontes e não de fonte única”

Neste diapasão, toda a sociedade, de forma direta ou indireta, financia a seguridade social, o que revela a concretização do princípio da solidariedade neste gravame.

5.PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO

Previsto no art. 195 da CF, o regramento estabelecido para a compulsoriedade de contribuições para financiamento, valendo ressaltar a importância do §5º da art. 195, que prevê o princípio da prévia fonte de custeio. De forma sucinta, visa estabelecer equilíbrio financeiro e atuarial, haja vista que a Seguridade Social exerce dinâmica organizacional em torná-la sustentável, desse modo, impede a criação ou aumento dos benefícios sem a indicação de sua fonte de custeio, ou seja, de onde sairão os custos de manutenção.

Art. 195 (..)

§5- Nenhum benefício ou serviço da seguridade poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O dispositivo em questão, mostra a necessidade de reflexão sobre sua importância, haja vista que, a realidade do Brasil promove a necessidade de garantir a universalidade de direitos, inclusive da camada mais necessitada. O tema discutido nesse levante é que todas as garantias têm um custo, e precisa ser analisado se esse

custo é suportado por toda a sociedade, tornando-se necessário pensar em políticas públicas que assegurem à Seguridade Social responsabilidade na criação e majoração dos benefícios e serviços.

O que nos sugere salientar que, o princípio não deve ser interpretado no sentido de estagnação da Seguridade Social. Mas sim, o reconhecimento da necessidade do Estado promover o cumprimento das garantias sociais. Carlos Alberto Pereira e João Batista Lazzari trazem à luz um ensinamento deixado por Russomano ao comentar a CLPS/8: [5]

“o problema do custeio, em Previdência Social (hoje seguridade), é um dos pontos de relevância prática, pois está ligado, intimamente, à organização administrativa e à amplitude do funcionamento do sistema”.

E, com bastante atualidade, endossa:

“A circunstância de o custeio de um sistema de Previdência Social (como se verifica no Brasil) depende, fundamentalmente, da, contribuição de trabalhadores e empresários resulta de uma contingência, isto é, da impossibilidade prática de instalação, no País, de um regime mais amplo, de autêntica Seguridade Social, em que a responsabilidade pecuniária seja atribuída ao Estado. As demais fontes de receita do (então) INPS, na prática, são irrelevantes”

A importância do princípio inserido na Carta Magna é necessária para enquadrar no conceito de contingência, pois a criação e majoração de benefícios sem freios poderá tornar o modelo de financiamento atual inviável, de modo que terão suas consequências, principalmente no cenário de calamidade pública que vivemos.

É preciso manter direitos para promover a inserção das camadas mais pobres, principalmente na realidade atual pelo enfrentamento de momentos de calamidade pública, o que se aponta, na verdade, é a necessidade de custeamento para todas as garantias e esse custo é suprido por toda a sociedade, necessitando então de responsabilidade de todos.

Com a obrigação dos trabalhadores em contribuir com o sistema, é necessário destacar os dois lados da moeda. Ou seja, quanto mais pessoas trabalharem, mais contribuições ao sistema terá, e em épocas de crise, como esta que vivenciamos, quanto mais pessoas fora do mercado de trabalho menor será a

arrecadação e ainda mais benefícios serão pagos, como o Benefício de Prestação Continuada.

Logo, é necessário reconhecer a necessidade de novas fontes de custeio e torná-la uma forma mais justa e equânime para o cumprimento das garantias sociais.

6. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC-LOAS)

Disciplinado pela Lei nº 8.742, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), rege o respectivo benefício denominado como Benefício de Prestação Continuada (BPC) ou Benefício Assistencial, ou abreviadamente BPC-LOAS, é operacionalizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em virtude de sua estrutura abranger todo o território nacional embora seja um benefício que não possua natureza previdenciária, pois não exige contribuição do beneficiário.

O BPC-LOAS visa a garantia da dignidade humana aos indivíduos de baixa renda, possibilitando o provimento de auxílio de um salário mínimo mensalmente para sua subsistência. Abrange os idosos a partir de 65 anos e aos portadores de deficiência, ambos que comprovem renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. A percepção desta renda auxiliadora representa aos seus beneficiários o respeito a alguns de seus direitos fundamentais e a chance de uma vida mais digna.

Este benefício é pago pelo Governo Federal através do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) com ajuda do INSS, logo, não dispõe de uma fonte de custeio própria, sendo remanejada sem base de financiamento, haja vista que seus beneficiários não são contribuintes.

O tema de sua inconstitucionalidade voltou a ganhar grande repercussão no período que estamos vivenciando, a pandemia causada pelo covid-19, isso porque os impactos desse evento serão para a economia global serão de notória diminuição enquanto perdurar a pandemia.

Embora para muitos o entendimento seja que a seguridade seja vista de forma restrita, é uma das áreas que mais terão impacto financeiro neste período de calamidade pública, pois os desafios para o sistema de seguridade social são enormes e estão ligados diretamente à queda na quantidade de contribuições previdenciárias e ao mesmo tempo ao aumento de solicitações de benefícios em escala crescente, sem contar os beneficiários que aguardam os pagamentos dos mais diversos benefícios previdenciários. E na seara assistencial, a questão voltasse a aqueles que, comprovadamente, necessitam da ajuda do Estado, como os beneficiários do BPC-LOAS.

O contexto atual abrange conflitos sociais, normativos e econômicos e se torna extremamente relevante na história do Brasil, trazendo muitos desafios quanto a eficácia na tentativa de reduzir os impactos que a pandemia do coronavírus (COVID-19) causou.

Um dos grandes desafios que traz à luz grande discussão e embates no Supremo Tribunal Federal (STF) foi a ampliação do Benefício de Prestação Continuada (BPC-LOAS) que viola o art. 195, § 5º da CF, onde expressa sobre a vedação de criação e majoração de benefícios da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio, trazendo posicionamentos relevantes elencados ao cenário político-econômico que vivenciamos em busca de alternativa que viabilize a melhor aplicabilidade deste sistema de proteção em seu quesito social, constitucional e econômico.

De todo modo, a perspectiva é a respeito do financiamento deste benefício e a realidade econômica do país, pois, é possível ter a clara leitura que a Assistência Social, mais precisamente o BPC-LOAS foge do simples caráter de assistencialismo como é prevista na legislação, haja vista que não é prestado um auxílio momentaneamente, mas sim, um direito de cidadania. Por outro lado, ante a realidade e o grande quadro de miserabilidade é acertado o entendimento que com as alterações propostas, a abrangência do Benefício Assistencial estenderia-se ao maior número de indivíduos que dele necessitam, aumentando com isso as despesas e causando grande impacto financeiro e orçamentário, sem a respectiva fonte de custeio para abranger a ampliação estabelecida.

Conforme Castro e Lazzari (2015, pg.30) [6]:

“seja para financiar novos benefícios e serviços, seja para manter os já existentes, sendo certo que é vedado ao legislador criar ou estender benefício ou serviço, ou aumentar seu valor, sem que, ao menos simultaneamente, institua fonte de custeio capaz de atender às despesas daí decorrentes”

A relevância deste tema ganhou grande proporção no cenário atual após suspensão da ampliação do BPC por ausência de fonte de custeio, sugerida no Projeto que trata da medida emergencial e temporária, que foi voltada ao enfrentamento da pandemia. Segundo o ministro Gilmar Mendes do STF: [7]

“a expansão do BPC implicará custo de R\$ 20 bilhões por ano aos cofres públicos, o que aumentaria a projeção da dívida pública nacional nos próximos anos. “O período emergencial não constitui motivo suficiente para afastar a exigência

constitucional da correspondente fonte de custeio para ampliação de benefício assistencial, sobretudo por se tratar de proposta de majoração permanente da prestação continuada”

Vale destacar que, a ampliação não é uma medida voltada ao enfrentamento da pandemia, como salienta o referido ministro Gilmar Mendes do STF [8]:

“Ao contrário de outros benefícios emergenciais, a majoração do BPC nos termos propostos tem caráter permanente, ou seja, trata-se de uma expansão definitiva do benefício, que sequer está condicionada ao período de crise”

No exame do pedido de medida cautelar ajuizado pela AGU, o relator entendeu que o dispositivo violou o art. 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal, por ter aumento sem indicação da respectiva fonte de custeio, o que nos leva a refletir sobre as propostas resolutivas deste problema, não necessariamente por conta desta calamidade pública, haja vista que o BPC advém das arrecadações da União, e não de uma fonte destinada a ele, desse modo, nos leva a interpretar que este benefício nasceu inconstitucional.

A partir do cenário político econômico atual que teve grandes discussões e desdobramentos, surge a dúvida de sobrecarregar a população como modalidade de suprimento deste período recessivo, de tal modo que nos leva a analisar as vertentes e sugerir uma dogmática resolução sobre a instituição do IGF: Imposto sobre as Grandes Fortunas.

7.IGF: IMPOSTO SOBRE AS GRANDES FORTUNAS

O Imposto sobre as Grandes Fortunas- IGF é expresso na Constituição no art. 153, inciso VII da Carta Magna, que diz:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

VII- grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Apesar de explícito, o tema rege muita polêmica pelos eventuais debates acerca da regulamentação, que traz preocupação sobre perda de investimentos e “fuga de capitais” para outros países. Por conta disso, o IGF é o único que sete tributos descritos neste artigo constitucional que ainda não teve implementação.

Com esta demora questiona-se sobre a eficácia das normas e partindo do momento que o cenário político-econômico demanda cortes de gastos, surge a indagação do que fazer sem sobrecarga populacional, é preciso pensar em propostas sem prejudicar o contribuinte, que já tem uma grande carga de impostos, inclusive, nos bens consumidos no seu dia a dia. Cabe salientar que o fator principiante desta proposta seria exatamente uma “grande fortuna” referindo-se aos que estão excluídos da hipótese de incidência de tributos. Para isso, é necessário trazer à luz uma análise deste projeto não somente de âmbito econômico mas também social e dessa forma, é necessário entender o motivo da não implantação no país apesar de previsto. Desse modo, o tema se torna cada dia mais atual e polêmico.

Vários países já o regulamentaram, embora com outros critérios e formas, o IGF é visto desde a Roma antiga, onde já se ouvia falar em tributos sobre patrimônios, onde destinava-se o dinheiro arrecadado para os custos do exército, posteriormente, passou-se a ver confisco de heranças recebidas por solteiros e metade dos bens eram destinadas aos casados que não tinham filhos, e assim foi mantido até a era do Imperador Justiniano.

No mundo contemporâneo, a França instituiu em 1982 o “Impôt sur Les Grandes Fortunes”, com mecanismo de garantia do mínimo existencial aos mais necessitados, sendo este, a inspiração para regulamentação do IGF na Constituição Brasileira de 1988.

Thomas Piketty, discorre [9]:

“O imposto sobre as grandes fortunas foi introduzido na França em 1981, extinto em 1986, depois reintroduzido em 1988 sob a forma de solidariedade sobre as fortunas (ISF). Os valores de mercado têm, às vezes, variações bruscas que podem parecer arbitrárias, mas têm o mérito de fornecer a única base objetiva universalmente aceita para tal imposto”

Anos depois, os Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Inglaterra, Canadá optaram pelo aperfeiçoamento do Imposto de Renda ao invés de adotar um novo imposto, vale ressaltar que em 2015, o presidente dos Estados Unidos Barack Obama, apresentou uma proposta de aumento dos impostos da classe alta, sendo vetado pelo congresso controlado pela maioria da oposição. O imposto sobre heranças nos Estados Unidos chega a 30% quanto no Brasil é de alíquota máxima de 8%, todavia a média cobrada é menor que 4%.

Um país que demonstra grande sucesso na implementação do imposto é a Suíça, optando em uma alíquota reduzida de 1%, de modo que o imposto não tem

grande impacto fiscal. Entre os países europeus que possuem hoje uma taxa aos ricos são: Suíça, Islândia, Espanha, Holanda, França, Noruega, Hungria e Luxemburgo.

Na América do Sul, a Argentina adotou o “Imposto sobre Bienes Personales”, abrangente aos patrimônios dos cidadãos residentes no país, mesmo que encontrados no exterior, e os bens situados no território argentino que pertença a pessoas físicas ou jurídicas que residam no exterior.

De todo modo, essa análise nos permite chegar a conclusão que a exacerbada concentração de renda é um problema visto não somente no Brasil, mas sim no mundo. Thomas Piketty [10], economista renomado em economia popular, discorre:

“O imposto sobre o capital parece logicamente necessário em vista do crescimento das necessidades dos governos (considerando a prosperidade dos patrimônios privados e a estagnação das rendas, seria preciso ser cego para se abster dessa base fiscal, qualquer que seja a ideologia política no poder), mas difícil de implementar de forma correta em um país isolado. Resumindo, o imposto sobre o capital é uma ideia nova, que deve ser inteiramente repensada no contexto do capitalismo patrimonial globalizado do século XXI, tanto em termos de taxas de tributação como de suas modalidades práticas, por meio de uma lógica de troca automática de informações bancárias internacionais, de declarações preenchidas e de valores de mercado”

A tributação no Brasil iniciou-se com a chegada dos portugueses, os cidadãos que viessem colonizar as terras já deviam pagar impostos a Portugal, ato seguinte, surgiu sobre a exploração de minérios o “quinto” e a “derrama” sendo considerados abusivos de tal modo que deram início à inconfidência mineira.

Em 1808, o Brasil tornou-se a sede da Coroa com a família real implantando a criação de mais impostos destinados a manter as regalias e o alto custo de manutenção. Sem critérios, nessa época os produtos eram tributados *bis in idem* sobre *bis in idem*, por exemplo o açúcar, que não recebia tributação menos que cinco vezes. Afinal, os tributos eram exclusivamente para sustentar o Estado haja vista que não havia nenhum retorno beneficente para a população. Conceito este passando a modificar-se com a revolução francesa que pregoava ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Hoje, o objetivo dos tributos, teoricamente, é garantir a justiça social e o bem-estar de todos, de modo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 regulamenta sete tributos, entre eles, o IGF. Segundo Amir Khair, ex-secretário de Finanças de São Paulo, em entrevista à Carta Capital [11]:

“A previsão de arrecadação que o IGF geraria no Brasil seria de aproximadamente 100 bilhões de reais por ano se aplicado com uma alíquota de 1% sobre os valores superiores a um milhão de reais”

Importante salientar que esta taxa tiraria cerca de 95% da população da área de incidência e de forma simplista, Amir afirma que a resistência dos mais ricos quanto à taxa seria para proteção da renda, de modo que a má distribuição da renda, em longo prazo, poderia acarretar uma maior fragilidade econômica, a nível nacional.

O Imposto sobre as Grandes Fortunas poderia ser uma proposta de ajuste fiscal desenvolvido pelo governo, haja vista que segundo Thomas Piketty, o IGF ajudaria na redução de impostos introduzidos no consumo que chegam a ultrapassar 50% enquanto os países desenvolvidos chegam a 30%, no máximo. Logo, o Brasil taxa excessivamente os produtos de consumo enquanto os patrimônios são sub taxados.

Chamado por alguns de imposto “Robin Hood”, o IGF é entendido como a arrecadação dos tributos da classe rica para beneficiar aos pobres, logo, é visto como o imposto de “justiça social”. Discorre o doutrinador Sérgio Ricardo Ferreira Mota [12]:

“O Imposto sobre as Grandes Fortunas pode vir a constituir instrumento de alcance da justiça tributária no Brasil, uma vez que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades sociais verificadas no país e, por consequência, a pobreza da grande parte da população”

Aos doutrinadores favoráveis a este imposto, a justiça social seria por intermédio da capacidade contributiva, de modo a ser uma grande aliada política quanto a erradicação da pobreza existente no Brasil. Já os doutrinadores contrários tem por argumento que o IGF fere o princípio de igualdade, de acordo com Ives Gandra da Silva Martins [13]:

“ As vantagens do tributo são duvidosas: a de que promoveria a distribuição de riquezas é atalhada pelo fato de que poucos

países que o adotaram e terminaram por abandoná-lo ou reduzi-lo a sua expressão nenhuma; a de que desencorajaria a acumulação de renda, induzindo a aplicação de riqueza na produção, que seria isenta de tributo, leva a ferir o princípio da igualdade, impossibilitando que os grandes empresários estivessem a salvo da imposição; a de que aumentaria a arrecadação do Estado não leva em conta a possibilidade de acelerar o processo inflacionário por excesso de demanda”

Portanto, o debate sobre este imposto sempre levanta polêmicas, no qual a única certeza seria que o IGF encontra-se disposto na Constituição, ferindo ou não princípios, e cabe o próprio poder constituinte o regulamentar como aliado de novos meios de arrecadações para suprir as áreas que encontram-se com grande recessão econômica, como a Seguridade Social.

Nesse sentido, o IGF auxiliaria na isonomia tributária, haja vista que a alta carga tributária atinge as camadas de classes baixas e médias, apresentando-se como distribuidor de renda, principalmente no momento atual vivido no Brasil de crise econômica e política.

Um ponto positivo para o Estado quanto à instituição do IGF seria um instrumento de efetivar o controle da administração tributária, como explica Henry Tilbury [14]:

“A redistribuição da riqueza seria outro efeito benéfico do IGF, que funcionaria como instrumento de controle da administração tributária, mediante cruzamento de dados com base nas declarações da renda auferida, dos bens para o IR ou o IGF e das parcelas do patrimônio consideradas para tributações específicas, Haveria, assim, menor possibilidade de evasão de diversos tributos”.

O capital no século XXI, livro de Thomas Piketty, debate quanto a aplicação do Imposto sobre as Grandes Fortunas e afirma que não ocorreria desestímulo a novos investimentos em virtude da incidência que se dá sob o patrimônio acumulado e não da percepção de rendimentos. Todavia, reconhece que há risco para saída das Grandes Fortunas no país, dificultando o desenvolvimento econômico. Para isso, ele desenvolve uma teoria de combate como uma “utopia útil” adotado em escala global, o que o seria impossível atualmente, conforme elabora o autor [15]:

“O imposto sobre o capital é uma utopia: seria difícil acreditar que as nações do mundo pudessem concordar com essa ideia,

estabelecer um cálculo de tributação para ser aplicada a todas as fortunas do mundo e depois redistribuir harmoniosamente essas receitas entre os países”

Não deixa de ser uma ideia interessante, considerando que o Brasil já possui em seus tratados internacionais uma cláusula de troca de informações em matéria fiscal, e assim evitaria a bitributação internacional.

Houveram propostas no Congresso Nacional para implementação do Imposto sobre as Grandes Fortunas desde 1989, de autoria do senador Fernando Henrique Cardoso (PL 162/89), passando por longos anos com propostas do deputado Juarez Marques Batista (PL 108/89), deputado Antônio Mariz (PL 208/89), presidente Fernando Collor de Mello (PL 277/08) e pelos deputados Luciana Genro, Chico Alencar e Ivan Valente (PL 277/08), porém, até hoje nenhuma obteve êxito.

Em maio de 2020, o PSOL levantou proposta com base na decretação do estado de calamidade pública em virtude do coronavírus, quanto a tributação das grandes fortunas, como exemplo, a taxa da fortuna de Salim Mattar, dono da localiza, que está avaliada em 1,8 Bilhões de reais, taxando a 2% seria arrecadado 36 milhões que na proposta seria destinado ao pagamento de 60 mil auxílios emergenciais, benefício gerado neste período para ajudar as camadas mais pobres e trabalhadores informais. Marcelo freixo endossa [16]:

“O Estado tem capacidade de aumentar o investimento público e deve agir urgentemente garantindo transferência de renda para salvar as vidas de quem mais precisa, os trabalhadores. É urgente que se implementem medidas de taxa no andar de cima para que caminhemos em direção à justiça tributária”

O senador Plínio Valério, do PSDB, defende o projeto de lei apresentado por ele ano passado (PL 183/2019) que dispõe a favor da criação do tributo sobre as grandes fortunas que segundo ele, essa medida de taxa visa corrigir injustiças para garantir equilíbrio tributário.

8.0 IMPOSTO SOBRE AS GRANDES FORTUNAS E A SEGURIDADE SOCIAL

O IGF centraliza sua função social em torno da redistribuição de renda e principalmente na diminuição das desigualdades sociais haja vista que sua função seria de tornar mais igualitário o Sistema Tributário Nacional, valendo-se do Brasil possuir uma alta carga tributária não administrada com competência suficiente para garantir o mínimo básico como assistência, educação e saúde, por exemplo.

Mesmo com a alta carga tributária, quem paga a maior parte são os trabalhadores de classe baixa e média, no entanto, a instituição do IGF abriria brecha para diminuição dos impostos pagos pela população de menor renda.

De maneira simples a pensar, a fonte de custeio dos benefícios previdenciários advém das contribuições, logo, os que contribuem estarão assegurados. Já no assistencialismo, essa dinâmica não funciona haja vista que seus beneficiários não possuem contribuições, como é o caso do Benefício de Prestação Continuada.

Desse modo, a arrecadação distribuída advém das contribuições dos trabalhadores, impostos, tributos, já que de algum modo o Estado precisa suprir os mais pobres. Como a fonte de financiamento do BPC não existe, sendo mantido de fundos de arrecadação de todos, o IGF seria um meio de resolução da falta de custeio e de justiça social de modo que os ricos promoveriam o mínimo digno aos mais pobres, como no caso dos beneficiários do BPC que são obrigados a comprovarem renda menor que $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para concessão do benefício.

Visando o cenário atual de pandemia, levanta-se uma lógica simples: Com os cortes trabalhistas, escassez de empregos e desestímulo de consumo não há contribuições, pagamento de tributos nem circulação abrangente da moeda, logo, a meta de arrecadação do governo não é alcançada para manutenção dos benefícios da seguridade, uma vez que, sem a respectiva instituição de fonte de custeio é mantido pela arrecadação geral da União.

O Imposto sobre as Grandes Fortunas (IGF) está regulamentado no art. 153, inciso VII da Constituição Federal, entre os impostos federais, ou seja, de competência da União. E, por força do art. 195, § 4º da CF, a criação de novas fontes de custeio da seguridade deverão obedecer aos condicionamentos: Competência exclusiva da União, necessidade de lei complementar, vedação de edição de medida provisória para tal finalidade, o tributo não deve ser cumulativo e não pode ter fato gerador ou base de cálculo já utilizados para arrecadação de outra contribuição já existente.

Endossa MAZZA, (2019 pg. 666) [17]:

“Por razões meramente políticas, o IGF ainda não foi criado. É certo, entretanto, que, nos termos do citado dispositivo constitucional, a União deverá instituí-lo por meio de lei complementar, vedada sua criação por medida provisória”

Tornando assim, o IGF plenamente competente para ser instituído como fonte de custeio para financiamento da seguridade social, haja vista que a ideia central da função social do Imposto sobre Grandes Fortunas parte da premissa de redistribuição de renda e diminuição das desigualdades sociais, é visto como uma forma mais igualitário o Sistema Tributário Nacional.

O problema para a boa desenvoltura dessa proposta é a falta de comprometimento do poder público, como discorre Hugo de Brito Machado [18]:

“Infelizmente, na prática, o gasto público é geralmente objeto de péssima gestão, quase sempre desatenta à solidariedade social, verificando-se com enorme frequência o desperdício e a corrupção, de tal que, por maior que seja a arrecadação os recursos públicos são sempre insuficientes. E isto enfraquece a ideia de solidariedade como fundamento da cobrança do tributo, pois os contribuintes se sentem enganadas pelos governantes ao perceberem que a solidariedade não passa de um pretexto para a cobrança do tributo. A rigor, portanto, até para que a solidariedade social possa funcionar como fundamento da instituição e a cobrança do tributo, é importante que ela esteja presente no gasto público, que há de ser realizado com seriedade e tendo em vista sobretudo as necessidades dos mais pobres”

Destarte, a legislação traça um rumo claro para a sociedade buscando garantir a todos os cidadãos os direitos sociais e constitucionais. A justiça tributária e a sua função social são argumentos nobres. Se instituído, pode ser uma forma de redistribuição de riqueza e auxílio do financiamento da seguridade, visto que o contribuinte com menor capacidade contributiva é o que está sendo mais sufocado pelo acúmulo de impostos, visando assim, garantir uma proteção à toda sociedade de maneira mais justo e equânime, e, apontar para o fato de que o cumprimento das garantias sociais, em tempos de crise mundial, deve ser feito de forma otimizada.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia mínima social é direito de todos os cidadãos, no entanto, o presente trabalho enfoca na camada mais pobre haja vista que eles dependem do assistencialismo do Estado para o seu sustento. O Benefício de Prestação Continuada representa aos seus beneficiários a tentativa de ver alguns de seus direitos fundamentais e conseqüentemente, uma vida mais digna.

Apesar da grande demanda deste benefício, a eficácia do Benefício de Prestação Continuada é pequena frente ao quadro de miserabilidade no Brasil, e em tempos sombrios, mais cidadãos encontram-se na situação de miséria.

A dignidade da pessoa humana, direito fundamental de todos, encontra neste diapasão obstáculos para ser concretizado, portanto, é dever do Estado a criação de propostas que visem garantir principalmente aos que são incapacitados de trabalhar, o mínimo de suas garantias sociais.

Buscou-se analisar este tema sob a ótica do contexto atual brasileiro bem como um adendo em sua história para chegar no momento atual. Além disso, fez-se paralelo com a Constituição Federal de modo que é ela que conceitua, regulamente e garante as diretrizes para o ordenamento jurídico brasileiro.

Vale ressaltar que o Imposto sobre as Grandes Fortunas não é a resolução de todos os problemas e se criado no sentido de redistribuição das riquezas, deve ser instituído com destinação às reais necessidades da população para garantia dos direitos sociais.

No tocante, é necessário salientar que o Brasil encontra uma grande dificuldade quanto a inexistência de experiência empírica para regulamentação do tributo citado, haja vista que o atual sistema tributário sufoca o maior responsável por seu desenvolvimento, os contribuintes, com acúmulo de impostos cada vez com tributações maiores.

Como bem define Clóvis de Barros Filho [19]:

“Se você quiser mudar de verdade o direito, isto é, redefinir mesmo o que podemos ou não fazer na sociedade- e não apenas reformá-lo dourando a pílula, mas conservando os privilégios de sempre- incida sobre a relação de forças vigentes na luta de classes. Retire de uma dessas classes a primazia de seus interesses. Considere nas normas jurídicas os reais interesses de quem não é proprietário”

São inúmeros os desafios quanto à eficácia, a aplicabilidade das ações do sistema de proteção social, especialmente em momentos de crise política. A Seguridade Social não pode ser vista como um gasto para o Estado mas como uma forma de investimento social, principalmente aos necessitados de assistência dos serviços essenciais afim de reduzir as desigualdades.

Portanto, nada vai adiantar introduzir mais um imposto se o sentido conservado visa privilegiar os de sempre, é necessário melhorias em todo o sistema estatal para levar o respeito e o mínimo existente a ser acessível a todos e elevar o real espírito do legislador para a criação do Imposto sobre as Grandes Fortunas e assim tornar o sistema brasileiro mais justo e equânime.

11.REFERÊNCIAS

[1] IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17 ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2012;

[2] AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário/ Frederico Amado. 9ed. Salvador: JusPodivm, 2017;

[3] SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

[4] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 20 ed. rev. atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2017;

[5] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[6] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

[7] DISTRITO FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 0088720-53.2020.1.00.0000. ADPF 662. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de Março de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880970>> Acesso em: 06/04/2020

[8] DISTRITO FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 0088720-53.2020.1.00.0000. ADPF 662. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de Março de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880970>> Acesso em: 06/04/2020

[9] PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI. 01 ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca: 2014;

[10] PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI. 01 ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca: 2014;

[11] CARTA CAPITAL. Imposto sobre as grandes fortunas renderia 100 bilhões por ano. Disponível em < <http://www.cartacapital.com.br/economia/imposto-sobre->

grandes-fortunas-renderia-100-bilhoes-por-ano-1096.html >. Acesso em: 11 out. 2020

[12] MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. Imposto sobre as Grandes Fortunas no Brasil: Origens, especulações e arquétipo constitucional. São Paulo: MP Editora, 2015;

[13] MARTINS, Ives Gandra da Silva. O imposto sobre grandes fortunas. Jus Navigandi. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/10977>>. Acesso em: 09 out. 2020

[14] TILBURY. Henry. In: CORSATTO, Olavo Nery. Imposto sobre grandes fortunas. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/48099/a-nao-regulamentacao-do-imposto-sobre-grandes-fortunas>. Acesso em: 08 out. 2020

[15] PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI. 01 ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca: 2014;

[16] FREIXO, Marcelo. Taxar grandes fortunas pode ajudar a salvar vidas na pandemia?. Disponível em: <http://www.sintfub.org.br/2020/05/taxar-grandes-fortunas-pode-ajudar-a-salvar-vidas-na-pandemia/>. Acesso em 11 out. 2020;

[17] MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

[18] MACHADO. Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2001;

[19] FILHO, Clovis de Barros; DAINÉZI, Gustavo Fernandes. Devaneios sobre a atualidade do capital. 1 ed. [S.L.]: Sanskrito, 2014.

APLICAÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS: RETENÇÃO DE PASSAPORTE E SUSPENSÃO DA CNH E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

ALICIO FABIO MARTINS: Servidor Público Estadual (DETRAN/RO) desde 2008, Bacharel em Administração pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA no ano 2013, Pós Graduado Latu-Sensu em Gestão da Clínica nas Regiões de Saúde pelo Hospital Sírio Libanês no no de 2016, e atualmente acadêmico do 10º período de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

RESUMO: A presente pesquisa tem por finalidade analisar uma das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo aquela prevista no artigo 139, inciso IV que possibilita aos magistrados a adoção de medidas coercitivas atípicas, com ênfase na suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e a retenção de passaporte de devedores em processo de execução. Utilizando o método dedutivo, a presente pesquisa é classificada como exploratória e bibliográfica e sua abordagem é qualitativa, tendo como principal fonte a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, Jurisprudências, além de estudos publicados em obras de renomados autores. Sua finalidade de demonstrar se a aplicação de tais medidas viola ou não o direito constitucional de liberdade de locomoção, assim como demonstrar como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado sobre o assunto. Dessa maneira, no desígnio de facilitar a compreensão do leitor, inicialmente é feita uma abordagem de forma sucinta quanto à origem, conceito e requisitos da execução, bem como nos principais princípios norteadores que regem o processo executivo até chegar no entendimento jurisprudencial firmado pela mais alta Corte Constitucional do país.

Palavras-chave: Execução. Medidas Atípicas. Suspensão. Carteira Nacional de Habilitação. Apreensão do passaporte.

ABSTRACT: The purpose of this research is to analyze one of the innovations brought by the Civil Procedure Code of 2015, the one foreseen in the article 139, item IV, which allows the judges to adopt atypical coercive measures, emphasizing the suspension of the National Driver's License and the retention of the passport of debtors in execution processes. Utilizing the deductive method, this research is classified as exploratory and bibliographic and the approach used is the qualitative one, having as its main source the Federal Constitution, the Civil Procedure Code, Jurisprudences, besides studies published in writings of renowned authors. Its goal is to demonstrate if the application of such measures violates the constitutional right

of freedom of locomotion, as well as demonstrating how the Federal Supreme Court has been positioning itself about the subject. Therefore, in order to facilitate the understanding of the reader, initially it is made a succinct approach to the origin, concept and requirements of the execution, as well as the main guiding principles that conduct the execution process until reaching a consolidated jurisprudential understanding by the highest Constitutional Court of the country.

Keywords: Execution. Atypical Measures. Suspension. National Driver's License. Passport apprehension.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos direitos fundamentais e suas limitações. 3. Execução civil e seus princípios norteadores. 3.1. Execução civil – origem, conceito e requisitos. 3.2. Execução como expropriação e como sanção. 3.3 Princípios norteadores da execução civil. 3.3.1. Princípio da *nulla executio sine título* (não há execução sem título). 3.3.2. Princípio da patrimonialidade. 3.3.3. Princípio do resultado. 3.3.4. Princípio da menor onerosidade. 4. Meios executórios: execução direta e indireta. 4.1. Medidas atípicas indutivas e mandamentais. 4.2. Princípio da atipicidade dos meios executivos. 4.3. Princípio da proporcionalidade aplicado à medida executiva atípica. 5. Dos limites na aplicação do artigo 139, inciso IV do CPC de 2015. 5.1. Da suspensão da CNH e apreensão de passaporte como medida coercitiva atípica e o direito constitucional de ir e vir. 5.2. Do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da ação direta de inconstitucionalidade nº 5941/DF. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, espelhada na Declaração Universal de Direitos Humanos assinada em Paris no ano 1948, dedicou um capítulo específico para tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais inerentes à pessoa humana, que de acordo com a teoria interna, o núcleo essencial de um direito fundamental jamais pode ser violado.

Todavia, com o advento da Lei nº 13.105/15 que instituiu o atual Código de Processo Civil, trouxe importantes inovações para o meio jurídico, entre elas está aquela que por meio de uma cláusula geral autoriza o magistrado à adoção de medidas executivas atípicas em processos de execução de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto. Isso porque, no entendimento do legislador, o modelo de execução prevista no antigo Código já não mais atendia seu propósito de forma efetiva, tal qual a satisfação plena do direito material pleiteado.

Dessa forma, no intuito dar maior efetividade ao processo de execução e amparados pelo poder geral de efetivação, insculpido no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, cada vez mais os magistrados começaram a adotar medidas

executivas atípicas, como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte de devedores executados.

É justamente nessa problemática que a presente pesquisa, utilizando o método dedutivo, procura analisar se as medidas atípicas previstas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil está em consonância com o direito fundamental de liberdade de locomoção e com os principais princípios norteadores do processo executivo.

Para isso, a pesquisa classificada como exploratória e bibliográfica e com uma abordagem qualitativa, utilizando como principal fonte a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, Jurisprudências, além de grandes obras de renomados autores, procura introduzir o leitor no universo das execuções civis a fim que possa melhor compreender sobre a atipicidade dos meios empregados no processo de execução, principalmente no que tange a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte de devedores em processo de execução.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES

É praticamente impossível discorrer sobre direitos fundamentais sem voltar ao tempo do surgimento das primeiras constituições, pois é com a criação das constituições dentro do movimento do constitucionalismo moderno que os poderes estatais foram limitados e os direitos fundamentais foram criados.

O marco histórico desse movimento se deu com a criação das Constituições dos Estados Unidos da América no ano de 1787 e da França de no ano 1791, em que estabeleceu a separação dos poderes e instituiu um rol de direitos e garantias fundamentais, mesmo que minimamente.

No Brasil, a limitação do poder estatal de forma expressiva, só ocorreu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que espelhada na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, trouxe em seu bojo um título específico para tratar dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais foram expressamente subdivididos em cinco capítulos, sendo eles: Direitos individuais e coletivos; Direitos sociais; Direitos de nacionalidade; Direitos políticos, e por fim, os Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos (BRASIL, 2020).

Contudo, conforme ensina Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 71), os direitos fundamentais têm como função proteger o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado. Tal proteção, só pode ser limitada por expressa disposição constitucional

também conhecida como “restrição imediata”, ou por meio da criação de lei ordinária fundada na própria Constituição denominada de “restrição mediata”.

A doutrina aborda duas teorias que tratam das limitações dos direitos fundamentais: a interna e a externa. Para a teoria interna (absoluta) o núcleo essencial de um direito fundamental não pode ser violado. Enquanto a teoria externa (relativa), por sua vez, entende que a definição dos limites aos direitos fundamentais é um processo externo a esses direitos. Ou seja, são os fatores externos que irão identificar os limites dos direitos fundamentais, respeitando a análise de cada caso concreto.

Nesse diapasão, abarcada pela teoria externa, a teoria dos “limites dos limites” (schraken-schraken), sustenta a possibilidade de limitação de direitos fundamentais previstos na Constituição por normas infraconstitucionais. Contudo, essa limitação deve estar sempre alicerçada na possibilidade de ampliação da tutela dos direitos fundamentais.

Mas, pode então a lei impor restrições aos direitos fundamentais? A resposta a essa indagação corre por caminhos estreitos e perigosos. Isso porque em determinada situação fática, a aplicação de tal medida pode acirrar uma grande discussão jurídica e doutrinária, uma vez que envolve direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Magna, e que serão analisados de forma mais detalhada no decorrer desse estudo.

3 EXECUÇÃO CIVIL E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

3.1 EXECUÇÃO CIVIL – ORIGEM, CONCEITO E REQUISITOS

Antes de analisar a execução civil no que tange a aplicação de medidas coercitivas atípicas, com ênfase na retenção de passaporte e suspensão de CNH e o direito constitucional de locomoção, é imprescindível discorrer sobre alguns conceitos que notadamente serão de grande importância a boa compreensão do presente estudo.

Inicialmente, é imperioso discorrer sobre a origem da execução. Para isso, Cândido Dinamarco em sua obra *Execução Civil* (2000), tece comentários importantíssimos sobre a origem da execução civil, contextualizando as diferentes realidades culturais e políticas de uma época em que o Estado não tinha força suficiente para resolver os conflitos, de maneira que restava aos particulares recorrer à força bruta para satisfazer seus interesses.

O autor faz ainda uma abordagem sobre a estatalização, patrimonialização e humanização da execução. Para ele, a história não caminha em linha reta, evoluindo

inexoravelmente no sentido das tendências da humanidade e de sua civilização, sem percalços, sem estagnações ou sem retrocessos. E, só após um longo período de importantes mudanças, é que nasceria o título executivo, por influência do direito germânico, onde os negócios entre os particulares poderiam conduzir diretamente à execução forçada, sem prévia cognição, se consubstanciados em instrumentos de determinados tipos, *os instrumenta guarentigiata ou confessionata* (uma espécie de escritura pública de confissão de dívida).

Dinamarco acrescenta ainda que, uma vez obtida a sentença, a letra de câmbio, o reconhecimento do direito em juízo ou a confissão perante o juiz encarregado, podia o credor promover a execução forçada em juízo, apresentando simplesmente o documento comprobatório do título. De posse do documento era incumbência do juiz fazer uma verificação e, uma vez estando tudo de acordo, era expedido em seguida um mandado, iniciando em seguida a invasão patrimonial em caso de recalcitrância do devedor.

Na tentativa de conceituar a execução e assim propiciar ao leitor uma melhor compreensão sobre a atipicidade dos meios executivos, recorreremos ao autor Enrico Tulio Liebman que citado por Dinamarco (2000, p. 223) diz que execução é o

conjunto de medidas pelas quais se invade o patrimônio do devedor, com o objetivo de extrair dali o necessário para a satisfação do credor, independente do concurso da vontade daquele ou mesmo contra ela. [De acordo com Dinamarco estas não são as exatas palavras de Liebman, porém refletem o seu pensamento].

Assim, podemos dizer que a execução civil são atos jurídicos processuais que tem por objetivo proporcionar a satisfação de um direito já reconhecido, que em regra encontra-se previsto num título executivo. Portanto, executar é satisfazer uma prestação devida independentemente da vontade do credor.

Já no que diz respeito aos seus requisitos, o atual Código de Processo Civil ao tratar da execução em seu artigo 786 estabelece que "A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo." É com esse fundamento que apontamos os dois requisitos considerados primordiais na execução civil. O primeiro é que deve haver uma obrigação líquida, certa e exigível. E o segundo é que essa obrigação esteja materializada em um título executivo. Pouco importando se a execução corre em fase de processo executivo ou em cumprimento de sentença.

3.2 EXECUÇÃO COMO EXPROPRIAÇÃO E COMO SANÇÃO

É da essência da atividade executiva a invasão forçada no domínio jurídico, pessoal ou patrimonial do executado e, se necessário for, inclusive com “[...] emprego da força física” (BORGES, 2019, p. 36). Nesse diapasão é que dizemos que ninguém recorre ao judiciário com o objetivo de obter apenas uma sentença, uma decisão interlocutória, um mandamento ou uma penhora, pois a finalidade será sempre ter plenamente satisfeito ou realizado um direito já acertado ou definido em título judicial ou extrajudicial.

Assim, considerada como a fase final do processo executivo, a expropriação visa a transferência de bens ou valores do patrimônio do executado para o patrimônio do exequente, nos limites da obrigação devida. Contudo, deve o exequente ter atenção redobrada e traçar a melhor estratégia para que a execução não se torne um problema. Isso porque, ao solicitar uma penhora, já deve-se ter em mente o destino dessa penhora. Caso o objeto seja um imóvel, por exemplo, deve-se atentar para a sua liquidez, se é facilmente alienável. E se for entrega de coisa, o que será feito com ela.

A compreensão da execução pela perspectiva da expropriação deixa evidente pelo menos dois aspectos. O primeiro é que se deve fazer uma análise da execução como um todo, de forma mais ampla possível, e não somente a partir de seus atos constitutivos. O segundo, seria pensar na possibilidade de obtenção de êxito na penhora de determinada coisa, mesmo sabendo ser o bem de difícil alienação, quando se tem clara intenção de adjudicá-lo. Contudo, de nada adiantaria centralizar esforços e alcançar o sucesso na realização de um único ato se este não levar à entrega da prestação devida, ou a satisfação do exequente.

Já a execução vista sob a perspectiva de sanção, Carnelutti (2000, p. 288) entende que ela surge quando a pretensão, mesmo reconhecida juridicamente, não é satisfeita. Para ele, basta que o executado descumpra o mandado jurídico para que seja possível aplicar a sanção mediante a execução forçada. É nesse contexto que, ainda segundo Carnelutti, o processo civil pode ser dividido em dois momentos: processo jurisdicional e processo executivo. O primeiro utilizado para esclarecer o direito, enquanto o segundo utilizado para fazer valer a força estatal, no sentido de cumprir o direito reconhecido e até então não realizado.

Desse modo, ainda sob o prisma de execução como sanção, Liebman (1986, p. 2) compartilha do mesmo entendimento de Carnelutti. Para ele, as sanções são medidas impostas pelas leis como consequência da inobservância dos preceitos legais. Ele entende que bastaria a existência de sistemas de sub-rogação para que o devedor se sentisse psicologicamente pressionado a realizar a prestação, temendo passar por situação vexatória de ver seu bem penhorado.

3.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO CIVIL

3.3.1 Princípio da *Nulla Executio Sine Título* (Não há execução sem título)

Não há execução sem título que a embase, porque na execução, além da permissão para a invasão do patrimônio do executado por meio de atos de constrição judicial (por exemplo, penhora, busca e apreensão, imissão na posse), o executado é colocado numa situação processual desvantajosa em relação ao exequente. Esse foi o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp. 700.144/MT, sob relatoria do Min. Luiz Fux.

Nessa mesma linha, Dinamarco (2000, p. 457-458), diz que é “preciso que haja uma probabilidade de que o crédito representado no título efetivamente exista para justificar essas desvantagens que serão suportadas pelo executado”.

Já Araken de Assis (2010, p. 120) leciona que

[...] a execução das prestações pecuniárias baseia-se em título judicial, isto é, não há como executar um sujeito de direito sem pretexto concreto e sedimentado – traduzido no título executivo – capaz de assegurar a existência de um crédito cediço a ser recebido pela pessoa do exequente.

Dessa maneira, o principal objetivo desse princípio é conferir maior segurança jurídica ao executado, haja vista que uma mera alegação sem qualquer fundamento poderia levar o executado à condição de réu num processo de execução, podendo chegar à constrição judicial de seus bens. Por esse motivo exige-se que haja um título que garanta ou que demonstre ao menos uma probabilidade de existência de crédito.

3.3.2. Princípio da Patrimonialidade

O princípio da patrimonialidade traduz a proibição da execução pessoal, inadmitindo-se que ela recaia sobre o corpo do devedor, salvo exceção estritamente admitida no direito pátrio, como por exemplo, a prisão civil por dívida de alimentos. A lei das XII Tábuas, felizmente faz parte de um passado, o qual não merece ser ressuscitado.

Portanto, a execução é sempre real, e nunca pessoal, em razão de serem os bens do executado os responsáveis materiais pela satisfação do direito do exequente. Assim, a proibição de que o corpo do devedor responda por suas dívidas, deixando de lado a visão de execução como forma de vingança privada do credor, é vista como

um progresso que o processo de execução adquiriu durante seu desenvolvimento histórico.

Mas, a clara representação da humanização que o processo executivo adquiriu com o passar dos tempos, não se limitou a coibir a execução do corpo do devedor, mas limitou também a responsabilidade patrimonial ao valor da dívida. Chegou-se ao ponto de criar a impenhorabilidade de bens, como por exemplo, o disposto no artigo 833 do atual Código de Processo Civil.

3.3.3 Princípio do Resultado

Tendo o processo de execução a finalidade única de satisfazer o direito do exequente, ele acaba por ter um único desfecho, podendo ser normal ou anômalo. Dizemos que execução chega a seu final normal quando é bem sucedida, ou seja, quando se verifica a entrega ao exequente exatamente aquilo que receberia se não necessitasse do processo de execução, mediante sentença declaratória, nos termos do artigo 924 do CPC.

Já o final anômalo do processo de execução, assim como ocorre no de conhecimento e cautelar, se dá com sua extinção sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485 do CPC, ou com o acolhimento integral dos embargos à execução com fundamento na inexistência do direito material do autor.

Dessa forma, por ter a execução esse único objetivo é que se fala em *princípio de resultado ou desfecho único*. Uma vez que a única forma de prestação que pode ser obtida em tal processo é a satisfação do direito do credor, visto que na execução não se discute mérito, busca-se apenas a satisfação do direito.

3.3.4 Princípio da menor onerosidade

Como dito no tópico anterior, o processo de execução não é instrumento de exercício de vingança privada, e nada justifica o executado sofrer mais do que o necessário. Assim, sempre que possível, é imprescindível valer-se de outros meios que *também* possa levar a satisfação do direito do credor. É sob essa premissa que o princípio da menor onerosidade se fundamenta, uma vez que também está insculpido no Código de Processo Civil, quando em seu artigo 805 institui que "Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado."

Entretanto, tal princípio deve ser interpretado à luz do princípio da efetividade da tutela executiva, sem a qual o processo não passa de enganação, pois em busca de ter seu direito atendido, o exequente criará gravames ao executado. No

entanto, o que se pretende evitar é o excesso, o exagero desnecessário de tais medidas, como por exemplo, não permitir que um bem do devedor seja alienado em leilão judicial por preço vil.

Sendo assim, o magistrado, sempre pautado pela razoabilidade e proporcionalidade, deverá descobrir um meio-termo a fim de evitar situações de sacrifício exagerados tanto ao exequente como ao executado.

4 MEIOS EXECUTÓRIOS: EXECUÇÃO DIRETA E INDIRETA

Os instrumentos utilizados pelo Estado como sanção executiva para forçar o devedor a cumprir com determinada obrigação são chamados de meios executivos de sub-rogação (execução direta) e coerção (execução indireta). Pois é através deles que o judiciário atuará, de forma a aplicar a regra jurídica concreta e assim promover a satisfação do direito tutelado pelo credor.

Na execução por sub-rogação ou direta, o Estado-Juiz substitui o devedor, independentemente de vontade e colaboração, ou seja, o juiz tomará as providências que deveriam ter sido tomadas pelo devedor. Um exemplo claro é a penhora de bens e alienação, onde na obrigação de entrega de bem, o devedor podendo e não fazendo, o Estado por meio da sub-rogação o fará; ou ainda, se o devedor não cumpre a obrigação de pintar o muro, o Estado autoriza a contratação de outro pintor, que o faça às expensas do devedor.

Ainda nessa esteira, Assis (2016, p. 77) ensina que a sub-rogação abrange a expropriação, o desapossamento e a transformação, nos termos dos artigos 825, 806, §2º e 817, respectivamente, todos do CPC.

Já na execução por coerção ou indireta, o Estado-Juiz irá promover a execução com a colaboração do devedor, forçando que ele próprio cumpra a obrigação. Aqui, ocorre a imposição por meio de coerção psicológica, de maneira que a fazer o executado cumpra com a prestação devida. As *astreintes* ou multas diárias, são exemplos muito úteis aplicadas em obrigação de natureza personalíssima, assim como a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, termos do artigo 782, § 3º.

Ao falar sobre a execução por coerção, Assis (2016, p. 77) instrui que “a coerção utiliza a ameaça de prisão (art. 528, caput e § 3.º) e de imposição de multa em dinheiro (v.g., art. 814, caput)”. Influenciando diretamente sobre sua psique, o Estado-Juiz força o credor a cumprir com sua obrigação, fazendo com que ele reflita sobre a sua situação e chegue à conclusão de que é mais vantajoso cumprir com o que deve do que arcar com males maiores.

Sendo assim, mesmo com parte da doutrina, tratando-a inicialmente com certa desconfiança, preconceito e má vontade, os meios de coerção indireta são uma realidade no processo contemporâneo. Tal mudança deveu-se ao fato de ser consideradas menos onerosas e mais eficazes, uma vez que ela não envolve elevados custos, com por exemplo, gastos com pessoal para a realização da penhora, custos gerados pelo depósito do bem, gastos na alienação etc.

4.1 MEDIDAS ATÍPICAS INDUTIVAS E MANDAMENTAIS

No tópico anterior, discorreremos sobre as medidas sub-rogatórias e coercitivas. Agora, abordaremos mesmo que sucintamente, sobre as medidas indutivas e mandamentais trazidas expressamente no artigo 139, inciso IV do CPC.

A palavra indutiva significa estimular, incentivar, proceder por indução. Logo uma medida indutiva é aquela em que se busca oferecer ao executado um benefício, uma recompensa, como estímulo ao cumprimento de uma decisão judicial. Nas palavras de Carreira (2018, p. 243), as medidas indutivas

São aquelas que trazem um incentivo ao cumprimento do conteúdo da decisão judicial. Trata-se do positive reinforcement, ou da técnica psicológica do reforço positivo aplicado ao direito, ocorrendo um fortalecimento do comportamento positivo de cumprir a decisão. Aquele que cumprir a decisão espontaneamente receberá uma vantagem por isso. Por esse motivo, devem ser as primeiras medidas a serem tomadas, se estiverem disponíveis, para garantir o cumprimento de decisão judicial.

No entanto, medidas indutivas não se confundem com medidas coercitivas, uma vez que estas se diferenciam pela natureza da sanção estabelecida. Haja vista que enquanto as coercitivas caracterizam-se pelo temor imposto ao executado, cuja desobediência ensejaria uma sanção enquanto castigo, as medidas indutivas, pelo contrário, buscam incentivar o obrigado a dar cumprimento à ordem judicial como ocorre nos casos previstos no artigo 827, §1º do Código de Processo Civil.

Assim, no desígnio de diferenciá-las, Meireles (2018, p. 550) explica que

A diferença está que, nas medidas coercitivas, busca-se impor ao obrigado uma sanção enquanto castigo, ou seja, uma sanção negativa, que pode ser um mal econômico (v.g., multa), social (v.g., banimento), moral (v.g., advertência), jurídico (v.g., perda da capacidade) ou até mesmo físico (v.g., açoites).

Óbvio que nem todas essas sanções são permitidas no nosso ordenamento jurídico. [...] Em suma, em face do descumprimento da decisão, o devedor sofre um prejuízo. Tem afetado sua situação jurídica de forma desfavorável.

Já nas medidas indutivas se busca oferecer ao obrigado uma vantagem, um “prêmio”, como incentivo (coaçoão premial) ao cumprimento da decisão judicial. Daí porque a doutrina denomina essa sanção como premial. Busca-se, com essas medidas, provocar, incentivar, a prática do ato de forma mais atraente, ainda que com sacrifício à situação jurídica [mais favorável] de outrem.

Já a respeito das medidas mandamentais também prevista no Código de Processo Civil em seu artigo 139, inciso IV, a doutrina diverge na medida que enquanto uma parte não a consideram como uma medida, mas sim um “[...] efeito típico decorrente das ordens judiciais, que, por sua vez, pode veicular medidas indutivas ou sub-rogoratórias” (MARINONI, 2016, p. 273). Outra parte defende que tais medidas são sim medidas, e não apenas um efeito das decisões judiciais. Para essa parte da doutrina, medidas mandamentais são aquelas decisões judiciais em que o magistrado expede uma ordem mandamental que se não cumprida, acarreta no crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal.

Contudo, as medidas mandamentais podem ser empregadas desde que com cautela, devendo a mesma ser utilizada como última opção. É cabível nas hipóteses de cumprimento das obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa, podendo também ser determinadas nas ações que objetivam a prestação pecuniária, como por exemplo, “[...] na ordem para que o devedor indique onde estão seus bens penhoráveis, para exibição de coisa ou documentos etc”. (MEIRELES, 2018, p. 549-550)

4.2 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Por determinado período vigorou no ordenamento jurídico processual brasileiro o entendimento que os meios executivos deveriam ser apenas típicos. Ou seja, cabia ao magistrado impor apenas aquelas medidas executivas expressamente estipuladas em lei. Tal limitação impedia que o juiz pudesse entregar de forma efetiva a tutela pleiteada pelo credor, tendo em vista que a legislação não atendia às necessidades exigidas pelo caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015, entre tantas outras inovações, trouxe em seu bojo o princípio da atipicidade dos meios executivos, visando cobrir as lacunas

deixadas pela legislação anterior e, assim, proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva, justa e em tempo razoável. Para isso, o magistrado conta o amparo legal previsto no artigo 139, inciso IV que permite ao juiz a determinação de “[...] todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” (BRASIL, 2015)

É o poder geral de efetivação das decisões judiciais que permite a aplicação de tais medidas atípicas. Sobre ele, o enunciado 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que assim dispõe:

O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais. (ENFAM, Enunciado 48, p. 5)

Assim, visando sempre a satisfação do direito do exequente, o magistrado passa a gozar de maior liberdade, podendo escolher quais medidas típicas e atípicas poderão ser aplicadas ao caso concreto, assumindo definitivamente uma postura mais ativa e participativa no processo de execução. Entretanto, na mesma proporção que concede ao magistrado um enorme poder, também gera uma grande responsabilidade, uma vez que a aplicação equivocada pode causar grandes prejuízos e violações aos direitos e garantias do executado.

4.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA

Uma vez escolhido a medida atípica a ser aplicada, esta deve ser passada pelo crivo da proporcionalidade, na qual não deve ser observada apenas a vantagem ocasionada pela medida, mas também as restrições que ela poderá causar.

Nesse sentido, o artigo 8º do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015).

A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito são elementos ou subprincípios que devem ser observados ao aplicar a proporcionalidade ao caso concreto. Nesse contexto, Thiago André Pierobom de Ávila, diz que a *necessidade* “[...] significa a utilização, entre as várias aptas, da mais benigna, mais suave, menos restritiva” (ÁVILA, 2007, p. 19). Já a respeito da *adequação*, Gustavo Ferreira Santos assevera que “[...] cuida-se de uma relação de causalidade entre a medida a ser adotada pelo Estado e o fim que visa alcançar” (SANTOS, 2006, p. 108-109). E por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* versa basicamente da ponderação entre os direitos, bens, interesses e valores envolvidos.

Já, para o professor Humberto Ávila, o critério da proporcionalidade deve ser visto como um

Postulado estruturador da aplicação de outros princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possuindo aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende do elemento sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico. (2013, p. 183-184)

De todo o modo, a medida executiva atípica adotada pelo magistrado deve estar revestida do princípio da proporcionalidade, para que, em havendo conflitos entre princípios ou regras, é este que seguramente deverá ser empregado com a finalidade de definir qual será empregado.

5 DOS LIMITES NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, INCISO IV DO CPC DE 2015

É sempre bom rememorar que para a adequada aplicação de medidas atípicas, o artigo 8º do Código de Processo Civil impõe a necessidade de observar e respeitar a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Todavia, o artigo 139, inciso IV do mesmo Código, apenas dispõe que cabe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. No entanto, o referido dispositivo não deixa claro quanto aos requisitos ou critérios mais apropriados para a aplicação dessas medidas atípicas.

Poderia então o magistrado aplicar tais medidas indistintamente? A resposta é não. Nessa esteira, o autor Didier Jr. *et al.* (2018, p. 310) diz que “[...] é tarefa da

doutrina e dos tribunais fornecer critérios dogmáticos seguros para a aplicação desses dispositivos”. Trata-se, portanto, de um caminho perigoso, visto a pluralidade de ideias ensejariam nas mais variadas teses, contudo os doutrinadores têm se mostrado cautelosos, seguindo um padrão de maneira a não permitir que a aplicação de tais medidas atípicas, penetre na esfera dos direitos constitucionalmente protegidos do devedor.

No entanto, há quem defenda que o juiz pode praticar desde logo, ou seja, *prima ratio* (primeiro recurso) qualquer medida atípica, desde que considerada legal. Por outro lado, a doutrina majoritária entende que há limites, e que o artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil deve ser aplicado como *ultima ratio* (último recurso), ou seja, como medida excepcional, no qual sua aplicação somente é cabível após ter sido esgotadas as possibilidades de aplicação das medidas típicas. Com isso, fica claro que a regra será sempre as medidas típicas, enquanto que as medidas atípicas, a exceção.

Então, qual seria o limite para aplicação do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil? A resposta passa pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito do mínimo existencial do devedor, do direito de ir e vir, entre tantos outros. Dessa forma, não esgotando outras possibilidades, Alexandre Câmara defende que “[...] por força do princípio da patrimonialidade da execução, as medidas coercitivas e sub-rogoratórios devem ter necessariamente caráter patrimonial, de maneira que só os bens do executado devem responder” (CÂMARA, 2018, p. 236).

Todavia, o respeito aos limites permitidos pelo comento dispositivo e o êxito do processo de execução passa pela adoção de alguns cuidados. Nesse sentido, Ferreira (2018, p. 383) elenca como elementos indispensáveis os seguintes:

- i) necessidade de fundamentação substancial; ii) observância do contraditório; iii) existência de indícios de que o devedor tem condições de cumprir a obrigação, omitindo seu patrimônio; iv) aplicação do princípio da proporcionalidade; iv) incidência apenas caso o itinerário típico se mostre frustrado.

Dessa forma, podemos concluir que de fato o artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil, não apenas permite ao juiz a escolha das medidas a serem empregadas de acordo com o caso concreto, mas impõe limites que obrigatoriamente devem ser observados. De maneira que sua tomada de decisão esteja sempre pautada em princípios, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a razoabilidade.

5.1 DA SUSPENSÃO DA CNH E APREENSÃO DE PASSAPORTE COMO MEDIDA COERCITIVA ATÍPICA E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE IR E VIR

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XV, garante o direito de liberdade de locomoção. Trata-se, portanto, de um direito fundamental de primeira geração que assegura a todo cidadão, em tempo de paz e nos termos da lei, entrar, sair ou permanecer no território nacional.

Na verdade, o direito de ir e vir é um desdobramento do direito fundamental da liberdade também assegurado pela Constituição Federal. A restrição de tal direito de forma arbitrária fere expressamente outro importante princípio, o devido processo legal, que em sua essência estabelece que todo ato processual, para ser considerado válido, justo e eficaz, deve obedecer às etapas previstas em lei. Ou seja, assegura a todos o direito a um processo com todas as prerrogativas previstas em lei, além daquelas garantidas pela Constituição Federal.

Como vimos em tópicos anteriores, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma série de mudanças, entre elas aquela que autoriza o magistrado a adotar medidas atípicas em processos de execução. Dentre as mais polêmicas, está a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte dos devedores. Se, por um lado, o referido Código possibilita a aplicação de tais medidas, por outro, incumbe ao juiz a responsabilidade de avaliar se tais decisões não viola, expressamente, direitos constitucionais do executado.

Em se tratando de procedimento de execução, o atual Código de Processo Civil traz três cláusulas gerais processuais executivas, as quais aumentam substancialmente o poder criativo do magistrado. Previstas nos artigos 139, IV, 297 e 536, §1º do mencionado Código, limitaremos a tratar apenas do artigo 139, IV, pois é ele que autoriza o juiz a determinar medidas sub-rogatórias, coercitivas, indutivas e mandamentais, conforme visto anteriormente.

Foi com fundamento nesse dispositivo (art. 139, IV do CPC) que alguns magistrados expediram decisões que determinavam a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e a retenção de passaporte de devedores em processo de execução, sem que antes tenha sido esgotadas todas as possibilidades de aplicação das medidas consideradas típicas. Por esse motivo, tais decisões foram alvo de duras e intensas críticas de grande parte da doutrina, além, é claro, de advogados e órgãos de representação. Isso porque tais decisões estariam eivadas de inconstitucionalidades violando expressamente direitos e garantias que a duras penas foram conquistados.

Não obstante a grave afronta à Constituição, para os críticos tais decisões violam explicitamente o artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que garante:

1) – Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2) – Todo o homem tem direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar (Assembleia Geral da ONU, art. 13).

Do mesmo modo, o Pacto de São José da Costa Rica, que o Brasil é signatário, em seu artigo 22 também garante o direito à circulação. Senão vejamos:

Artigo 22 - Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

No entanto, desde a vigência do atual Código de Processo Civil, muitos tribunais estão aplicando “indistintamente” o dispositivo previsto no artigo 139, inciso IV sob o argumento de dar ao procedimento de execução maior celeridade e efetividade. Todavia, começaram a chegar inúmeros recursos na Suprema Corte, onde em decisão de primeira instância o magistrado determinava a retenção do passaporte e a suspensão da CNH do executado até a liquidação da dívida.

5.2 DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5941/DF

Após o longo percurso até chegar aqui, é inviável fazer uma abordagem mais detalhada sobre todos os pedidos impetrados na Suprema Corte que versem sobre a aplicação das medidas atípicas em processo de execução, em especial a suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte dos executados. Até

porque lá o tema tem sido tratado de forma equilibrada pelos íclitos julgadores, pelo menos até que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941 seja julgada. Sendo assim, faremos uma abordagem apenas sobre as principais decisões de maneira que fique evidenciado o propósito da pesquisa, que é demonstrar em quais situações a (im)possibilidade de suspensão dos referidos documentos.

Desde que o atual Código de Processo Civil entrou em vigor, iniciou-se uma acirrada discussão sobre a aplicabilidade das medidas executivas atípicas empregadas sob o fundamento do artigo 139, inciso IV. Se de um lado temos a Carta Magna trazendo em seu bojo os direitos e garantias fundamentais do executado, de outro temos o interesse e o direito do credor em ter seu crédito satisfeito.

A discussão ficou ainda mais intensa no ano de 2016, após a juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Pinheiros/SP proferir decisão nos autos do processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011 determinando a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão do passaporte do passaporte do devedor, além de ordenar o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da dívida, que já se arrastava por três anos.

Em sua decisão a magistrada sustentou que

O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução. Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se, porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva. Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. (TJSP, 2ª Vara, processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011)

A decisão da magistrada ganhou repercussão nacional ao ponto de levar o Partido dos Trabalhadores a impetrar no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, que será abordada posteriormente neste mesmo estudo.

No ano de 2018, ao julgar o Recurso de Habeas Corpus nº 97.876 em que o juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte do executado até a liquidação da dívida, o ministro relator Luís Felipe Salomão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a retenção do passaporte é medida possível, desde que fundamentada e analisada caso a caso. Mas que naquela ocasião, a proporcionalidade e razoabilidade entre o direito submetido (liberdade de locomoção) e aquele que se pretendia favorecer (adimplemento de dívida civil), não ficou caracterizado, e por isso determinou a devolução do documento ao executado. Tal entendimento foi acompanhado pelos demais ministros que entenderam que a medida violou o direito constitucional de ir e vir do executado e o princípio da legalidade.

Quanto à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado, o ministro relator Luís Felipe Salomão disse que a medida é legal e, portanto, passível de ser aplicada, uma vez que já havia precedentes daquela Corte afirmando que tal medida não ofende o direito de ir e vir. Ele acrescenta ainda que “Com a decretação da medida, segue o detentor da habilitação com capacidade de ir e vir, para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como condutor do veículo”. Contudo, ele reconhece que esse tipo de medida, quando aplicada à motoristas profissionais, pode trazer alguns transtornos, mas que face ao direito do contraditório pode ser questionado nas vias judiciais. Nesse sentido,

É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa [...] (BRASIL, 2018, p.22)

Com isso, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, determina a desconstituição da medida coercitiva de apreensão de passaporte, porém mantém a decisão do juízo de instância inferior que determina a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do devedor.

No ano seguinte (2019) ao julgar o Recurso Especial nº 1.782.418/RJ e o Recurso Especial nº 1.788.950/MT em que os recorrentes também pediam a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e o recolhimento do Passaporte dos devedores para a satisfação de seus créditos, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento que o magistrado pode adotar meios executivos indiretos desde que verificada a existência de indícios que o devedor possua patrimônio para cumprir a obrigação; que as medidas sejam empregadas de modo subsidiário; que a decisão necessariamente esteja revestida de fundamentação adequada às especificidades do caso concreto; e que seja observado os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Naquela ocasião, a ministra relatora Nancy Andrichi explicou que o inciso IV do artigo 139 do atual Código de Processo Civil veio a conferir “[...] maior elasticidade ao desenvolvimento do processo satisfativo, de acordo com as circunstâncias de cada caso e com as exigências necessárias à tutela do direito material anteriormente reconhecido.” (BRASIL, 2019, on-line)

Ela ainda continua:

Respeitado esse contexto, portanto, o juiz está autorizado a adotar medidas que entenda adequadas, necessárias e razoáveis para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar sem razão o processo executivo. (BRASIL, 2019, on-line)

Em sua decisão a ministra diz que mesmo não estando consolidada a jurisprudência daquela Suprema Corte, que a suspensão da CNH e a retenção do Passaporte de devedor só poderá ser adotada se forem esgotados os meios típicos de cobrança de crédito e mediante decisão fundamentada, além de intimação prévia do juiz para que o devedor salde suas dívidas. Ou seja, a adoção de tais medidas se justifica apenas quando estiver evidenciado que o devedor está a se furtar de satisfazer a sua obrigação inadimplida, não, em si, por ausência de bens, mas mediante atos a fazer inalcançável o seu patrimônio pelo credor.

Todavia, foi a partir desse julgamento que ficaram estabelecidas balizas para que tais medidas executivas atípicas sejam consideradas válidas, quais sejam: a) clara evidência de estar o devedor a se furtar de satisfazer a sua obrigação inadimplida, não, em si, por ausência de bens, mas mediante atos a fazer inalcançável o seu patrimônio pelo credor; b) intimação prévia do devedor pelo juiz, seja para liquidação ou apresentação de bens destinados a saldá-la; c) necessidade de decisão devidamente fundamentada, sendo insuficiente a mera indicação ou reprodução do

texto legal e; d) que seja previamente esgotados os meios típicos de satisfação do crédito.

Tramita no Supremo Tribunal Federal desde o início do ano de 2018, o processo nº 0070735-42.2018.1.00.0000 cujo objeto é Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF movida pelo Partidos dos Trabalhadores que dentre outras coisas, pretende obter a declaração de inconstitucionalidade do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil. Isso porque, de acordo com o impetrante,

admitir, com fundamento no artigo 139, inciso IV, do CPC, a apreensão de passaporte ou da carteira nacional de habilitação como atos executivos atípicos enseja violação ao direito de liberdade de locomoção (artigo 5º, incisos XV e LIV) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). (BRASIL, 2018, p. 7)

Para o autor da ação, tais medidas não podem servir como forma de resolução de conflitos, uma vez que são absolutamente desarrazoadas e desproporcionais.

Após percorrer um longo caminho, no final daquele mesmo ano, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Geral da República, se posicionou a respeito do pedido. Em seu parecer, antes de adentrar ao mérito, a Procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge fala de como o assunto foi tratado nos diversos órgãos em que a lei exige prévia manifestação.

A Presidência da República afirmou quer as normas questionadas fortalecem o direito fundamental à tutela executiva que visa “garantir aos sujeitos de direito não só um provimento jurisdicional que reconheça determinado direito subjetivo, mas que também lhes ofereça meios suficientes para satisfazê-lo”. Manifestou-se, assim, pela improcedência do pedido.

A Câmara dos Deputados limitou-se a informar que o Projeto de Lei 8.406/2010, que deu origem à Lei 13.105/2015, foi processado dentro dos trâmites constitucionais e regimentais.

A Advocacia-Geral da União afirma, preliminarmente, que o autor não impugnou todo complexo normativo e que o instrumento de mandato não contém referência expressa a todos os dispositivos impugnados, sendo, portanto, irregular. No mérito, defendeu a constitucionalidade das normas,

ressaltando que, se observados os critérios da proporcionalidade e respeito às garantias fundamentais, as normas se adequam ao texto constitucional.

O Senado Federal opinou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pelo integral desprovimento do pedido. (BRASIL, 2018)

Após abordar diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a procuradora pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para excluir do campo de incidência dos artigos 139-IV, 297, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536-caput e §1º e 773 da Lei 13.105/2015 medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias de apreensão da carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública, bem como outras medidas que não tenham caráter patrimonial e ensejem restrições desproporcionais de direitos.

Contudo, o julgamento está previsto para acontecer quarta-feira, dia 28 de outubro de 2020, e ao que tudo indica o pedido de inconstitucionalidade deverá ser rejeitado, colocando assim um ponto final em toda essa discussão que envolve a aplicação de medidas executivas atípicas.

6 CONCLUSÃO

Como vimos uma das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 é a possibilidade dos magistrados se valerem das medidas executivas atípicas como forma de garantir o resultado útil do processo, ou seja, a satisfação do direito do credor.

Previstas no artigo 139, inciso IV do referido Código, tais medidas surgem com a finalidade de forçar o devedor a cumprir com determinada obrigação. Para tanto, os magistrados inicialmente valeram-se desse mecanismo de coação de forma indiscriminada, provocando inúmeras discussões no campo jurídico e doutrinário. Entre as mais polêmicas, destacamos a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e a apreensão de passaporte de devedores em processos de execução.

Assim, mesmo sabendo que a finalidade da execução seja única, ou seja, a satisfação do direito do credor, não se pode ir além do que a própria lei estabelece. É nessa esteira que a pesquisa procurou esclarecer se a adoção de tais medidas estaria violando o direito fundamental de liberdade de locomoção do devedor, bem

como demonstrar o entendimento doutrinário predominante e como o Superior Tribunal de Justiça tem tratado do assunto.

No que tange à apreensão de passaporte de devedores, vimos que há um certo consenso entre a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais, visto que ambos concordam ser inadmissível a adoção dessa medida executiva atípica como forma de coagir o executado a cumprir com a obrigação por ele assumida. Isso porque a medida viola diretamente o princípio garantido pela Constituição Cidadã, qual seja, a liberdade de locomoção.

Já a utilização da medida executiva atípica de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação como forma de garantir a satisfação do direito do credor ainda gera inúmeras controvérsias, visto que até o presente momento não há um entendimento pacificado sobre o assunto. A Jurisprudência ainda não consolidada do Superior Tribunal de Justiça é de que a referida medida executiva não ofende o direito de ir e vir do cidadão, uma vez que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não tira do cidadão a capacidade de locomoção.

Portanto, o que se encontra pacificado naquela Suprema Corte é que seja para a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação ou para a apreensão do passaporte, os magistrados ao adotarem tais medidas executivas devem observar o seguinte: a) clara evidência de estar o devedor a se furtar de satisfazer a sua obrigação inadimplida, não, em si, por ausência de bens, mas mediante atos a fazer inalcançável o seu patrimônio pelo credor; b) intimação prévia do devedor pelo juiz, seja para liquidação ou apresentação de bens destinados a saldá-la; c) necessidade de decisão devidamente fundamentada, sendo insuficiente a mera indicação ou reprodução do texto legal e; d) que seja previamente esgotados os meios típicos de satisfação do crédito.

Por fim, ao nosso ver, tal discussão encontra-se próximo do fim, isso porque a Suprema Corte está prestes a julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF que tem como principal finalidade obter a declaração de inconstitucionalidade do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil. Com isso acreditamos que após o julgamento será colocado um ponto final nessa discussão que já perdura desde que o atual Código de Processo Civil entrou em vigor.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Processo Civil Brasileiro**, v. IV [livro eletrônico]: manual da execução. 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Maleiros Editores, 2013.

ÁVILA, Thiago A. Peirobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias** [livro eletrônico]: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**: Enunciado 48. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 700.114/MT**, Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 27/03/2007, DJ 14-05-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1782418/RJ**, Relatora: Ministra Nancy ANDRIGHI. Julgado em: 23/04/2019, DJe 26-04-2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1788950/MT**, Relatora: Ministra Nancy ANDRIGHI. Julgado em: 23/04/2019, DJe 26-04-2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 97876/SP**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em: 05/06/2018, DJe 09-08-2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5941/DF**, Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Partido dos Trabalhadores-PT. Autos conclusos ao relator. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Regional XI - Pinheiros da Comarca de São Paulo. Ação de Execução de Título Extrajudicial. **Processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011**, Juíza: Andrea Ferraz Musa. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/open.do>>. Acesso em: 28 out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. v.1. Introdução e função do processo civil/Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinícius Caldas da Gama. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.

DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A Reforma da Reforma**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Gabriela Macedo. Poder geral de efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV do Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2016.

MEIRELES, Edilton. Cooperação judicial e poderes do juiz na execução. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acessado em 15 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acessado em: 15 out. 2020.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DANO EXISTENCIAL NOS BANCÁRIOS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DO TRABALHO: VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

KARLA FERREIRA VIEIRA:

Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Luterana de Manaus – ULBRA

RESUMO- O tema em questão surgiu a partir da necessidade em aprofundarmos os estudos quanto ao dano existencial, dano este que violam direitos da personalidade resguardados constitucionalmente, porém mesmo com a Reforma Trabalhista da Lei 13.467/2017 que reconheceu a possibilidade de reparação do dano existencial no âmbito jurídico dentro do Direito do Trabalho, ainda é preciso aprofundarmos os estudos tornando-o mais claro o seu reconhecimento. Importante compreender o dano existencial como aquilo que viola os direitos da personalidade do indivíduo, também conhecido como dano à existência do trabalhador que precisa ser reconhecido independentemente da existência do dano moral na relação de trabalho. Neste contexto, a profissão dos bancários foi utilizada como objeto de estudo, porém sem a pretensão de particularizar o dano existencial a esta atividade, utilizando-os apenas como enfoque para exemplificar profissionais que são diretamente afetados por estas lesões existenciais desenvolvidas ao longo de sua atividade laboral, e que precisam ser reconhecidos no âmbito jurídico de forma mais clara nas jurisprudências e afins. Foram realizadas pesquisas com informações verbais colhidas por meio de entrevistas com diversos bancários de instituições públicas e privadas, e ainda baseado de pesquisas bibliográficas acerca do conceito de dano existencial, a importância do seu reconhecimento e de construção de amparo jurídico que resguardem as relações do trabalhador, oferecendo-os mais dignidade e qualidade de vida, criando obrigações preventivas de administrar e perceber situações de possível danos existenciais, melhorando suas gestões de pessoas com modelos mais humanizados, e que em casos negativos, a justiça venha a punir as empresas que causarem tal dano ao trabalhador através de pagamentos de indenizações a serem arbitradas pelo poder judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Existencial. Bancários. Direitos da Personalidade.

ABSTRACT- The theme in question arose from the need to deepen our studies on existential damage, damage that violates constitutionally protected personality rights, but even with the Labor Reform of Law 13.467 / 2017 that recognized the possibility of repairing existential damage in the legal scope within Labor Law, it is still necessary to deepen the studies making it clearer its recognition. It is important to understand existential damage as that which violates the rights of the individual's personality, also known as damage to the existence of the worker who needs to be

recognized regardless of the existence of moral damage in the employment relationship. In this context, the profession of bank employees was used as an object of study, but without the intention of particularizing the existential damage to this activity, using them only as a focus to exemplify professionals who are directly affected by these existential injuries developed throughout their activity. and which need to be recognized in the legal sphere more clearly in jurisprudence and the like. Research was carried out with verbal information collected through interviews with several bank employees from public and private institutions, and also based on bibliographic research on the concept of existential damage, the importance of its recognition and the construction of legal support that safeguards worker relations. , offering them more dignity and quality of life, creating preventive obligations to manage and perceive situations of possible existential damage, improving their management of people with more humanized models, and that in negative cases, justice will punish companies that cause such damage to the worker through indemnity payments to be arbitrated by the judiciary.

KEYWORDS: Existential Damage. Banking. Personality Rights.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como principal enfoque discorrer sobre a importância de aprofundarmos os estudos sobre o dano existencial no Direito do Trabalho quanto à violação de espécies de direitos da personalidade: o direito à integridade física e psíquica, intelectual e social do trabalhador. Muitas vezes sendo tratadas estas violações apenas com reparação por dano moral. Foram utilizados como objeto de estudo os profissionais que exercem atividades bancárias, porém sem particularizar o dano existencial a esta classe trabalhista.

O desejo da ascensão financeira acabou tornando-se um benefício tentador e ao mesmo tempo exaustivo para quem exerce a profissão de bancário, pois encobre uma questão danosa à saúde física e mental destes trabalhadores que sofrem assédios psicológicos de diversas formas, e que por tudo isso precisam ter maior amparo jurídico para a arguição de provas e reconhecimento destas como dano existencial, independentemente do dano moral, visto que, quando se fala em danos à saúde do trabalhador, as pessoas associam muito a fatores do meio externo como estrutura do ambiente de trabalho, posição de trabalho, movimentos repetitivos e até mesmo conflitos com funcionários que exercem cargos superiores e acabam sendo esquecidos um dos fatores de maior relevância: o cotidiano do trabalhador, as jornadas exaustivas de trabalho.

O cotidiano dos bancários de conviver sob pressão das cobranças e metas elevadas, que muitas vezes são superiores à capacidade que um individuo teria de

executar, e quando alcançam ainda são cobrados por mais para buscar atingir a meta estabelecida da instituição como um todo, acabam adoecendo diariamente calados, por diversas situações de estresse que o trabalhador é acometido diariamente e com maior frequência no fechamento de cada mês, tornando uma situação que perdura no tempo, capaz de alterar o seu objetivo de vida, trazendo prejuízo à sua dignidade humana e personalidade.

Geralmente, o maior índice de afastamento destes trabalhadores do serviço, são com diagnósticos de: depressão, cardiopatas, problemas no sistema nervoso, crises de ansiedade, entre outras causas. Todas resultado de anos de serviço acumulando emoções, sensações, distúrbios de comportamento que vão suportando afim de manter seus empregos que apesar dos transtornos possuem boa remuneração e benefícios, que em muitas vezes são perdidos com o desligamento inesperado por motivos ocasionados a partir de toda essa construção diária de um profissional doente, infeliz e consecutivamente desmotivado, o ápice de uma verdadeira desconstrução profissional ocasionada pelo exercício da própria atividade laboral, atividade esta que necessita de esforço diário do indivíduo para realização e bom desempenho do serviço para cumprir as metas inerentes ao seu cargo seja ele qual for e que o bom desempenho destas atividades estão diretamente ligados ao bem estar desse indivíduo no momento.

Portanto, o presente artigo foi construído com base em pesquisas bibliográficas sobre o tema que ainda é uma discussão recente (dano existencial) e pesquisa de campo, entrevistando bancários de instituições privadas e públicas que relatam as mesmas condições de trabalho e desencadeiam os mesmos problemas de danos existenciais inerentes a sua profissão que precisam ser reconhecidos na esfera trabalhista como meio de desencadear melhorias nas empresas na gestão mais humanizada de seus colaboradores.

Por fim, conclui – se que, o referido artigo tem como principal objetivo discorrer sobre o conceito e o reconhecimento do dano existencial no âmbito do Direito do Trabalho com enfoque em uma das profissões que sofrem diariamente assédios em sua atividade laboral, e que precisam de maior amparo jurídico para que tenham esses direitos resguardados de forma justa perante a lei para que venham a ser reconhecidos nesta relação de trabalho dentro dos tribunais, independentemente do dano moral e sirvam esses direitos reconhecidos como forma de alerta para as empresas e principalmente as instituições financeiras para geração de melhorias na sua gestão de pessoas quanto à preservação da dignidade humana e qualidade de vida de seus colaboradores.

1. CONCEITO DO DANO EXISTENCIAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O dano existencial é aquele que atinge a qualidade de vida do indivíduo, ocorre a impossibilidade e a dificuldade com a convivência familiar e até mesmo o cultivo de amizades e relacionamentos, está extremamente ligado à ideia de frustração e engloba duas subvertentes: o dano à vida em relação e o dano ao projeto de vida. Podemos verificar que não é qualquer dano que é considerado como dano existencial, mas é preciso salientar a observância da manutenção de uma relação familiar e todos os meios de relações que trazem o bem-estar do indivíduo enquanto ser humano que são diretamente afetados.

De acordo com Marco Aurélio Bezerra de Melo (2016), *"o nosso ordenamento é tão fértil na proteção dos direitos da personalidade que todas as hipóteses apontadas como dano existencial já estariam inseridas na violação de algum dos direitos da personalidade"*.

O dano existencial compromete, sensivelmente, a situação existencial do indivíduo, e que está extremamente ligado à ideia de frustrações pessoais que englobam dois pontos relevantes que devem ser destacados: o dano a vida em relação e o dano ao projeto de vida, ou seja, causam mudanças no cotidiano da pessoa, que pode alterar direta ou indiretamente a sua relação com a sociedade, sejam eles amigos, família, e principalmente com si mesmo, atingindo o desempenho da sua felicidade e satisfação pessoal. Ele é comumente caracterizado em situações nas quais o trabalhador é submetido habitualmente a jornadas exaustivas.

"[...] decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de ser relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades criativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade, ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal."
(ALVARENGA, BOUCINHAS Jr., 2013, p. 33)

Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 44), descreve que o dano existencial pode ser caracterizado como uma lesão a um conjunto de relações que fazem parte do desenvolvimento da personalidade de um indivíduo, de ordem pessoal ou social, sendo uma afetação *"negativa, total ou parcial, permanente ou temporária"* a uma determinada atividade ou até mesmo mais de uma que faça parte do cotidiano do sujeito.

Se traduz o dano existencial através da violação de qualquer dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, acarretando na lesão da própria existência

do indivíduo, e conseqüentemente em violação aos direitos da personalidade. Visto que, impossibilita que o empregado exerça suas atividades de lazer, estudos, práticas esportivas, interfere em seu descanso e planejamento de vida, sendo assim, uma afronta à existência humana.

Conforme, Gagliano (2017, p. 211 e 212):

Assim, sem pretender esgotá-los, classificamos os direitos da personalidade de acordo com a proteção à:

- Vida e integridade física (corpo vivo, cadáver, voz);
- Integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo);
- Integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal).

Importante salientar que mesmo com a Reforma Trabalhista da Lei 13.467/2017 que trouxe pela disposição do novo artigo 223-A, da CLT o reconhecimento da possibilidade de reparação do dano existencial – dano ao projeto de vida e à vida de relações, ainda veio acompanhado de parâmetros de indenização duvidosa, por isso, trouxemos exemplos reais do cotidiano de alguns trabalhadores de que o dano existe e deve ser tratado de forma mais clara dentro do nosso ordenamento jurídico.

Por este motivo, é que não devem ser levadas em consideração apenas as jornadas exaustivas de trabalho com relação a privatização de férias, horas extras, entre outros motivos já defendidos pelo Direito do Trabalho e até mesmo civil, mas sim, considerar como principal dano ligado diretamente ao indivíduo que é sua proteção de integridade física e mental sendo considerado como dano existencial.

2.DANO EXISTENCIAL X ASSÉDIO

Segundo matéria de título: “TST aponta novo tipo de assédio: o dano existencial”, publicada em 04 de setembro de 2016 no Jornal do Cruzeiro que: vem sendo considerado o dano existencial como um novo tipo de assédio, já esta sendo julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que busca preservar a existência social, o objetivo e o projeto de vida do trabalhador. Várias causas vêm sendo julgadas neste sentido pelos Tribunais do Trabalho, em todo o Brasil, e até mesmo no próprio TST.

É possível compreender que apesar de muitos trabalhadores passarem por diversos tipos de assédio diariamente nas relações de trabalho, neste artigo o enfoque é o causado como terrorismo psicológico que pode ser considerado como dano existencial que atinge a dignidade da pessoa humana, resguardada pela Constituição Federal bem como os direitos da personalidade de proteção à saúde física e psicológica do trabalhador, importante salientar que não é qualquer conduta isolada que é caracterizada como tal, deve ser uma conduta que perdure no tempo, que seja capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador.

Nos casos dos bancários, são reflexos de trabalhadores que possuem sua autoestima diariamente colocada em dúvida, ocasionando, doenças psicológicas que estão diretamente ligadas a danos existências, sequelas que ficarão eternamente marcadas neste indivíduo que está sempre exposto a níveis de estresse extremo. Este trabalhador vai ao longo dos anos de trabalho perdendo o interesse dos seus planos de vida profissional e conseqüentemente pessoal que reflete o dano existencial neste indivíduo.

Podemos citar ainda, a Síndrome de Esgotamento Profissional (ou de Burnout) que segundo Mauricio Godinho Delgado, (p.781): trata-se de doença ocupacional, caracterizada pelo estado depressivo do indivíduo decorrente do acentuado e contínuo estresse vivenciado no ambiente de trabalho. Já tipificada como doença laborativa, que podemos questionar se não seria o caso de reparação civil como dano existencial.

Como confirma alguns bancários em depoimentos (Y., 30 anos de idade com 8 anos de serviço bancário): "O excesso de cobrança ocasionou estresse, levando o desenvolvimento de doenças autoimunes que afetaram a vida social devido às constantes dores nas articulações. Logo, causaram preocupação em toda a família e amigos." afirma. E mais, (L., 30 anos de idade, 10 anos de serviço bancário) desenvolveu: "ansiedade e depressão, estou em tratamento psiquiátrico e utilizo de remédios para dormir." afirma.

Conclui-se que, apesar do dano existencial estar recente no Direito Brasileiro, e de ter muitas polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, é preciso que haja uma reestruturação do sistema da responsabilidade civil para garantir a proteção integral do trabalhador, para que seja reconhecido independentemente do dano moral causado ao trabalhador.

3.DANO EXISTENCIAL NOS BANCÁRIOS E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A atividade bancária é conhecida como uma das atividades laborais mais estressantes, o dano existencial de maior destaque na vida bancária, são os colaboradores que possuem o psicológico abalado, o mais complicado de se diagnosticar, porém geram patologias comuns na maioria dos bancários de instituições privadas ou públicas, algumas destas patologias conhecidas como depressão, crise de ansiedade, mudança nos comportamentos e de estado de emoção que oscilam diariamente, implicando diretamente na violação do direito da personalidade quanto à proteção a vida e integridade física, integridade psíquica muitas vezes integridade moral do trabalhador.

Note que, é possível observar no decorrer dos relatos de profissionais da área que os discursos estão preenchidos de exaustão, violando de fato os direitos da personalidade humana, e que precisam ganhar estudos aprofundados acerca deste dano para que até mesmo as instituições bancárias sejam obrigadas a controlar com mais afinco os modelos de gestão de pessoas com base na criação de jurisprudências explícitas que possam reconhecer efetivamente este novo instituto dentro do direito laboral.

Diversos são os relatos de funcionários de instituições financeiras que apresentam em suas falas a descrição de indivíduos com graves lesões existenciais, abaixo seguem relatos de bancários de instituições privadas e públicas por meio de informações verbais colhidas em entrevistas:

(Segunda, 19 de outubro de 2020, 19:44)

PERGUNTA 1: Em relação ao excesso de cobrança do seu trabalho como bancário (a), já houve algum reflexo negativo dessa exaustão com sua relação familiar ou social? Qual? (prejuízo à vida pessoal)

RESPOSTA DO BANCÁRIO 1 A PERGUNTA 1: (Y.S, 30 anos de idade, 8 anos de serviço, Instituição Privada): *"Sim. O excesso de cobrança ocasionou estresse, levando o desenvolvimento de doenças autoimunes que afetaram a vida social devido às constantes dores nas articulações. Logo, causaram preocupação em toda a família e amigos. E ainda por conta das dores não era possível se locomover ou carregar certos objetos. Hoje a doença já está controlada, mas em casos isolados ainda é possível ver sinais e manifestação de dores e inchaços devido ao grande estresse sofrido ao longo do tempo."*

RESPOSTA DO BANCÁRIO 2 A PERGUNTA 1: (L.M, 30 anos de idade, 10 anos de serviço, Instituição Privada): *"sim, problemas de relacionamento pessoal com pessoas da minha família, gerando depressão e ansiedade."*

Fiquei afastado por 15 dias, estou em tratamento psiquiátrico e tomo remédios para dormir.”

RESPOSTA DO BANCÁRIO 3 A PERGUNTA 1: (L.F, 29 anos de idade, 6 anos de serviço, Instituição Pública): *“ Sim, por diversas vezes o stress causado pela cobrança dos gestores chegou até em casa, refletindo em brigas e desgaste (desnecessários e as vezes sem motivo) no convívio com familiares residentes em mesmo domicílio, por sobrecarga emocional trazida da rotina bancária. E adquiri gastrite nervosa.”*

Cada vez mais o dano existencial é motivo relevante e de fundamental importância jurídica para reparação dessas lesões causadas a estes trabalhadores, o dano existencial tem seu fundamento também no princípio da dignidade humana, previsto no artigo primeiro da Constituição Federal de 1988.

É preciso enxergar o quanto essas lesões interferem na qualidade de vida destes trabalhadores e consecutivamente no desempenho e entrega dos resultados que as instituições financeiras tanto almejam, é bem nítido que a felicidade interna e externa de qualquer ser humano, garante um psicológico mais preparado para desempenhar com mais afinco quaisquer atividade, seja ela física em lazer ou laboral.

O dano existencial é fator primordial para estudo de causa desta classe trabalhista que possui uma jornada de trabalho exaustiva, que cada dia mais vem sofrendo com cobranças excessivas de metas, e em contrapartida o medo de não alcançá-las e perder o emprego (no caso de instituições privadas), já nas públicas a única diferença é que não correm o risco de perder o emprego, mas em muitos casos de perder a função e conseqüentemente a redução de salário.

Cada vez mais vindo sendo comum decisões quanto reconhecimento do dano existencial que afronta as variadas espécies de direitos da personalidade como: o direito à integridade física e psíquica, à integridade intelectual, bem como à integração social, vejamos a matéria de 2019 publicada em 15/02/2019 – 08:41 no portal do Tribunal Regional do Trabalho 23 Região (MT):

Afastado do trabalho desde 2012 por problemas de saúde, um bancário de Cuiabá garantiu na Justiça do Trabalho o direito de receber indenização por dano existencial.

A decisão é resultado de reclamação trabalhista na qual o bancário relata que, em razão das condições de trabalho, foi acometido por doença ocupacional. Desde então, passou a sentir dores e incômodos constantes que o impedem de

aproveitar seu período de descanso e lazer com a família, não conseguindo usufruir dos momentos de convívio e repouso.

Contratado há 30 anos, o trabalhador cumpriu suas atribuições durante 23 anos na instituição bancária. Entretanto nos últimos seis anos, permaneceu afastado devido a dores nas regiões lombar e cervical e inflamações nos cotovelos. Segundo ele, à Lesão por Esforço Repetitivo (LER) seguiram-se outros problemas, de ordem psicológica, sendo diagnosticado com transtorno de ansiedade e depressão.

Podemos observar conforme decisões já existentes que o dano existencial vai muito além da violação do direito fundamental social ao lazer e ao descanso, conforme Tribunal Superior do Trabalho, e que devemos enfatizar a importância da existência de estudos aprofundados quanto as lesões psicossociais para que tenhamos amparo jurídico sólido para estes trabalhadores:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 1. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. NÃO CONHECIMENTO. I. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a submissão do empregado a jornada extenuante que " subtraia do trabalhador o direito de usufruir de seus períodos de descanso, de lazer, bem como das oportunidades destinadas ao relacionamento familiar, ao longo da vigência do pacto contratual " configura dano existencial. II. Tendo a Corte Regional concluído que "da jornada descrita, denota-se claramente a falta de preservação do convívio familiar, bem como relaxamento, lazer, direitos estes inerentes a qualquer trabalhador", a decisão regional está de acordo com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o que inviabiliza o processamento do recurso de revista, conforme os óbices do art. 896, §7º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. III. Recurso de revista de que não se conhece. (...)" (RR-1001084-55.2013.5.02.0463, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 22/11/2019).

É possível notar em algumas decisões também, que apesar de não ter havido deferimento de indenização, foi esclarecido fatores em discussão neste artigo:

“AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. LEI Nº 13.015/2014. CPC/2015. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. Ao pretender se apropriar do conceito de existência, para envolvê-lo no universo do dever de reparação, o jurista não pode desconsiderar os aspectos psicológicos, sociológicos e filosóficos a ele inerentes. A existência tem início a partir do nascimento com vida – para alguns, até antes, desde a concepção –, e, desse momento em diante, tudo lhe afeta: a criação, os estímulos, as oportunidades, as opções, as contingências, as frustrações, as relações interpessoais. Por isso, não pode ser encarada simplesmente como consequência direta e exclusiva das condições de trabalho. Responsabilizar o empregador, apenas em decorrência do excesso de jornada, pela frustração existencial do empregado, demandaria isolar todos os demais elementos que moldaram e continuam moldando sua vida, para considerar que ela decorre exclusivamente do trabalho e do tempo que este lhe toma. Significaria ignorar sua história, para, então, compreender que sua existência depende tão somente do tempo livre que possui. É possível reconhecer o direito à reparação, quando houver prova de que as condições de trabalho efetivamente prejudicaram as relações pessoais do empregado ou seu projeto de vida. E mais: reconhecido esse prejuízo, é preciso sopesar todos os elementos outrora citados, como componentes da existência humana, para então definir em que extensão aquele fato isolado – condições de trabalho – interferiu negativamente na equação. Há precedentes. Na hipótese, o Tribunal Regional consignou que “não há nos autos qualquer elemento de prova que demonstre que as horas em sobrejornada laboradas tenham ocasionado qualquer prejuízo a eventual projeto de vida do autor, tampouco aos seus vínculos sociais e familiares e, até mesmo, a momentos de lazer”. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Incidem, no caso, o disposto no artigo 896, § 7º, da CLT e o teor da Súmula nº 333 do TST. Agravo conhecido e não provido” (Ag-ARR-20083-78.2016.5.04.0571, 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 13/12/2019).

Levando em consideração decisões anteriores, percebe-se que precisam de maior enfoque no quesito de formulação de provas para os bancários que muitas vezes não procuram ajuda médica ou tratamento com medo de perder o emprego, e que por mal desempenho no trabalho desencadeado por danos existenciais psicossociais acabam sendo desligados por baixa produtividade, o que está estritamente ligado as condições de trabalho que foram expostos e quando recorrem à Justiça muitos não possuem provas suficientes para serem ressarcidos por todo dano causado psicologicamente em anos de trabalho, e que precisam ser considerados independentemente do dano moral.

ASSÉDIO MORAL. DANO EXISTENCIAL. CARACTERÍSTICAS

"Segundo a melhor doutrina, "o assédio moral consiste em uma psicologia do terror, ou, simplesmente, psico-terror, manifestado no ambiente de trabalho por uma comunicação hostil e sem ética direcionada a um indivíduo ou mais. A vítima, como forma de defesa, reprime-se, desenvolvendo um perfil que somente facilita ao agressor a prática de outras formas de assédio moral. A alta frequência e a longa duração das condutas hostis acabam resultando em considerável sofrimento mental, psicossomático e social aos trabalhadores que são vítimas do assédio moral" ". Recurso ordinário desprovido."

Sendo assim, de fundamental importância a reparação civil com reconhecimento do dano existencial no âmbito da esfera laboral no Direito do Trabalho para proteger a tranquilidade existencial, os projetos de vida da pessoa como indivíduo além do trabalho, a sua qualidade de vida, a realização dos seus sonhos, a conservação da capacidade física e mental para gerir sua felicidade a partir de suas atividades profissionais que são de grande relevância para sobrevivência do ser humano.

4.0 ÂMBITO JURÍDICO DO DANO EXISTENCIAL

Alguns tribunais já estão reconhecendo este dano, porém ainda são decisões que reconhecem ações pautadas fora do âmbito psicossocial, mas já é um grande avanço quanto a preservação dos direitos da personalidade:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre

danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido. (TRT/4ª Reg., 1ª T. 2011)

A Reforma Trabalhista da Lei 13.467/2017 trouxe ao nosso ordenamento jurídico pela disposição do novo artigo 223-A, da CLT, o reconhecimento da possibilidade de reparação do dano existencial, mas ainda é preciso aprofundar os estudos quanto a este reconhecimento que ainda não está de forma clara em nosso ordenamento jurídico, deixando assim, que existam aberturas para ponderações duvidosas quanto as possibilidades de reparação deste dano.

Entende-se que, os direitos fundamentais e de personalidade tem ligação à existência da pessoa. Da tutela dos mesmos resulta a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza, sendo que, essas atividades podem levar o indivíduo a atingir a felicidade, exercendo suas faculdades físicas ou psíquicas, sendo a felicidade, a razão de ser da existência humana (GONÇALVES, 2012). Portanto, está diretamente ligado ao bom desempenho da função com esses direitos resguardados pelas instituições bancárias, e de certa forma, reconhecer na esfera trabalhista com formulação de leis que amparem o reconhecimento de tal dano, surtirá como efeito de mudança obrigatória dos bancos em relação a estes desvios de condutas para com seus colaboradores.

O dano existencial teve seu início no Direito italiano com a evolução das teorias protecionistas da dignidade da pessoa humana em sua plenitude, o instituto deste dano teve recepção recente no direito brasileiro, sobretudo no direito laboral.

A Constituição Federal de 1988, a primeira da história brasileira a versar sobre os direitos sociais nos direitos e garantias fundamentais, prevê o princípio da dignidade humana e os valores sociais do trabalho que constitucionalmente estão previstos os princípios inerentes à condição humana, os quais destacam-se: a) a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV);

b) o direito social à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança (art. 6º); c) o direito ao livre desenvolvimento profissional (art.5º, inciso XIII); e d) o direito à jornada de trabalho não superior a oito horas diárias (art. 7º, inciso XIII).

São estes princípios constitucionais que norteiam as decisões trabalhistas dentro dos tribunais atualmente, afim de que sejam indenizados por dano existencial, ainda que não tenham base especificamente vinculada a este dano, mas que não impedem de ser reconhecidos, porém existe a necessidade urgente de criação de jurisprudência para que esse dano possa ser reconhecido e comprovado a partir de provas que podem se materializar por exemplo, através de, documentos como e-mails, atas de reuniões, cobranças de resultados e até mesmo testemunhal.

Como já mencionado, os direitos da personalidade, entende -se como: integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, imagem, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social) (LENZA, 2011). Direitos estes que a Constituição Federal protege e tutela em seu art. 5º, caput, e incisos I ao XIII, XV, XVII, XXVII, alíneas a e b; XXIX e XXXV.

No entanto, destaca- se, uma ressalva do previsto na Constituição Federal sobre estes direitos da personalidade, segundo Cagliano (2017, p. 212):

“[...] não deve ser considerada taxativa, mas apenas fruto de uma reflexão sobre os principais direitos da personalíssimos, até mesmo porque qualquer enumeração jamais esgotaria o rol dos direitos da personalidade, em função da constante evolução da proteção aos valores fundamentais do ser humano.”

Deste modo, conclui-se que, a violação dos direitos da personalidade possuem motivos suficientes para ocasionar consequências cruciais à própria existência do trabalhador com relação aos seus projetos de vida e a vida de relação do ser humano, inibindo sua satisfação pessoal e profissional para desenvolver com mais leveza e satisfação seu trabalho, acarretando, conseqüentemente em danos a sua própria existência.

5.CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, faz-se necessário que o dano existencial ainda que recente e sem tantos embasamentos jurídicos para tal defesa de

reconhecimento no âmbito do direito laboral este artigo pode ser visto como um grande risco de falta de coerência. Porém, temos como base teórica o principal argumento para explanação do tema que é a própria realidade de alguns dos profissionais que sofrem o dano em sua jornada exaustiva de trabalho e precisam desta proteção de forma mais clara em nosso ordenamento jurídico.

O estudo apresentado é um reflexo real de um instituto que precisa ganhar espaço para aprofundamento da matéria no âmbito jurídico do Direito do Trabalho, visto que, a maior parte dos bancários desde os primórdios da existência desta profissão, são acometidos por problemas de saúde adquiridos no âmbito do desempenho de suas funções, e que são comprovadas que a longo prazo provocam o surgimento de diversas doenças como as psicológicas e são vítimas de constantes assédios que acarretam na construção de um ser humano completamente afetado em relação a sua vida particular, integridade física, psíquica/mental que acarreta na destruição da sua integridade moral como ser humano, onde muitas vezes acabam impedidos de se dedicar a projetos pessoais e outras atividades de sua vida privada.

Como consequência, interfere na vida e no estado de ânimo, reduzindo as chances de uma ascensão no trabalho o que reflete assim negativamente no seu desenvolvimento familiar. Entende-se assim que, há uma grande diferença entre o dano moral e o dano existencial, onde o moral incide sobre o ofendido, e o existencial que é sentido pelo reclamante em momento posterior à relação de trabalho.

Por fim, vale ressaltar que, o presente artigo não possui caráter de particularização do dano existencial nos bancários, mas sim, de exemplificar a existência do instituto dentro de uma das profissões que sofre com jornadas exaustivas com intuito de que seja feito o seu reconhecimento e sejam tomadas medidas preventivas para que todas as empresas adotem tratamentos mais humanizados em relação a seus colaboradores, dando mais atenção a vida pessoal de seus funcionários com intuito de incentivar melhores condições de trabalho, visto que, o bom desempenho da vida pessoal de um colaborador leva a maiores oportunidades de sucesso no âmbito profissional, portanto, punindo as empresas que causarem danos à existência do trabalhador com indenizações a serem arbitradas pelo poder judiciário.

6.REFERÊNCIAS

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm,> Acesso em: 20 out. 2020.

JUSTIÇA DO TRABALHO. **Portal TRT 23.** Disponível em: <<https://portal.trt23.jus.br/portal/noticias/banco-%C3%A9-condenado-pagar-indeniza%C3%A7%C3%A3o-por-dano-existencial-banc%C3%A1rio-com-doen%C3%A7a-ocupacional>>, Acesso em: 20 out. 2020.

LEX MAGISTER. **Banco é condenado a pagar indenização por dano existencial a bancário com doença ocupacional.** Disponível em: <<http://www.lex.com.br/noticia/27775959/BANCO+E+CONDENADO+A+PAGAR+INDENIZACAO+POR+DANO+EXISTENCIAL+A+BANCARIO+COM+DOENCA+OCUPACIONAL.aspx#:~:text=Not%C3%ADcia,Banco%20%C3%A9%20condenado%20a%20pagar%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por,a%20banc%C3%A1rio%20com%20doen%C3%A7a%20ocupacional&text=A%20decis%C3%A3o%20%C3%A9%20resultado%20de,foi%20acometido%20por%20doen%C3%A7a%20ocupacional>>, Acesso em: 20 out. 2020.

JUSTIÇA DO TRABALHO. **Portal TST.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dano-existencial-indenizacao-depende-de-comprovacao-de-prejuizos-a-vida-pessoal>, Acesso em: 21 out. 2020.

JUSBRASIL. Flávio Tartuce. **Brevíssimas considerações sobre o dano existencial.** Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822492/brevissimas-consideracoes-sobre-o-dano-existencial>>, Acesso em: 21 out. 2020.

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN. Hidemberg Alves da Frota. **O fundamento filosófico do dano existencial.** Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Downloads/O fundamento filosofico do dano existenc.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/O%20fundamento%20filosofico%20do%20dano%20existenc.pdf)>, Acesso em: 18 de out. de 2020.

REVISTA BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA DO DIREITO. Vanessa Rocha Ferreira. **O dano existencial nas relações de trabalho e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/74-Texto%20do%20artigo-300-3-10-20160826.pdf>>, Acesso em: 18 de out. de 2020.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício.** São Paulo: Ltr, 2013.

IOB. **TRT23-Banco é condenado a pagar indenização por dano existencial a bancário com doença ocupacional.** Disponível em: <<https://www.iob.com.br/noticiadb.asp?area=juridicas¬icia=441675>>, Acesso em: 18 de out. de 2020.

JUSBRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST- Recurso de revista: RR 100184-55.2013.5.02.0463.** Disponível em:

<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/783823822/recurso-de-revista-rr-10010845520135020463>>, Acesso em: 18 de out. de 2020.

JUSBRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST: Ag- ARR 20083-78.2016.5.04.0571.** Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/796174280/ag-arr-200837820165040571?ref=serp>>, Acesso em: 18 de out. de 2020.

JUSBRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21666606/recurso-ordinario-ro-11379320105040013-rs-0001137-9320105040013?ref=serp>>, Acesso em: 19 de out. 2020.

PORTAL GELEDÉS. Jornal Cruzeiro. **TST aponta novo tipo de assédio: o dano existencial.** Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/tst-aponta-novo-tipo-de-assedio-o-dano-existencial/>>, Acesso em: 19 de out. 2020.

JUSBRASIL. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640602816/recurso-ordinario-ro-102451220155010028-rj>>, Acesso em: 21 de out. 2020.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **O dano existencial na responsabilidade civil.** Fevereiro, 2016.

MIGALHAS. Thais Trench Falcão. **Dano existencial: conceito e análise do posicionamento do Tribunal paulista.** Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/311228/dano-existencial--conceito-e-analise-do-posicionamento-do-tribunal-paulista>>, Acesso em: 21 de out. 2020.

RAMPAZZO SOARES, Flaviana. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, pg. 44.

A SUBNOTIFICAÇÃO DAS DENÚNCIAS NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DURANTE A PANDEMIA DO NOVO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19)

ALANE VANESSA ALVES LIMA:

Graduanda do curso de Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus- ULBRA

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, conhecido como estupro de vulnerável e sua possível subnotificação diante da pandemia do Novo Coronavírus (Covid-19). Para atingir os objetivos propostos, foi realizada uma pesquisa exploratória acerca do tema, onde foram utilizadas pesquisas bibliográficas e documentais para o embasamento teórico, a partir disso, o método de abordagem foi o dedutivo. Está dividido em quatro tópicos, o primeiro sobre o estupro de vulnerável e os demais sobre o conceito de vulnerabilidade, a vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes diante à pandemia e a subnotificação dos casos diante do cenário da pandemia Covid-19.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade. Covid-19

ABSTRACT: The purpose of this article is an analysis about the crime related in the Código Penal, article 217-A, the rape of vulnerable people and the possible underreporting of this crime during the COVID-19 pandemic. 6A bibliographic and documentary research was carried to for a theoretical basis on this subject and, from these research, the deductive approach method was adopted. This article is divided in four topics, the first is about the rape vulnerable people and the others about the vulnerability's concept, vulnerability of children and adolescents during the COVID-19 pandemic and the underreporting cases in pandemic scenario.

Keywords: Rape of vulnerable. Vulnerability. Covid-19.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a prática de relação sexual com menor de catorze anos é configurada como estupro de vulnerável, independe de consentimento da vítima, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente, o crime está tipificado pelo artigo 217- A do Código Penal Brasileiro.

O legislador trouxe a figura da vulnerabilidade de crianças e adolescentes, o vulnerável, por não ter liberdade de escolha em relação aos atos sexuais, não tem

liberdade sexual, por não depender de sua vontade. É uma escolha que está acima do seu querer, por ser uma pessoa sem capacidade para tomar esses tipos de decisões e necessita ser amparado e protegido por seus responsáveis, porém infelizmente na maioria dos casos o agressor encontra-se no ambiente de convívio da vítima e até da própria família, violando ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual da criança e adolescente. A pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) trouxe o aumento da vulnerabilidade dessas vítimas, pois encontram-se no mesmo ambiente do agressor.

O presente artigo pretende abordar sobre o estupro de vulnerável tipificado pelo artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, e a subnotificação das denúncias desse crime durante o primeiro semestre da pandemia do Covid-19 na cidade de Manaus – AM. O estudo será realizado através de análises exploratórias acerca do tema, onde serão utilizadas pesquisas bibliográficas e documentais para o embasamento teórico, a partir disso, o método de abordagem será o dedutivo.

1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Segundo Capez (2004), "o estupro, na realidade constitui uma espécie de crime de constrangimento ilegal, na medida em que a vítima é coagida, devido ao emprego de violência ou grave ameaça, a fazer algo a que por lei não está obrigada", no caso praticar conjunção carnal com o agente.

Greco (2015, p. 519), faz considerações sobre o surgimento da lei 12.015/09, onde a referida lei revogou a antiga presunção de violência:

tendo como escopo proteger a liberdade e a dignidade sexual, preservando o desenvolvimento sexual da criança, objeto material do delito e o adolescente menor de 14, a vítima acometida de enfermidade ou deficiência mental e quem por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

O estupro de vulnerável é um crime de alto potencial ofensivo, onde ofende a dignidade sexual do vulnerável, podendo ser praticado por qualquer pessoa e de forma livre, pois admite qualquer meio de execução, podendo ser realizado por meio de vários atos. A lei modificou a denominação do capítulo de "Sedução e corrupção de menores" para "Dos crimes sexuais contra vulnerável" e condensou a conjunção carnal e atos libidinosos no artigo 217-A.

Para Sá (2012), ao adotar a expressão "crimes contra a dignidade sexual":

o legislador estabeleceu a dignidade sexual como o bem jurídico tutelável, passando a ter a dignidade da pessoa

humana e o respeito à vida sexual como fundamentos desta proteção, buscando, desse modo, compatibilizar a norma penal com os preceitos constitucionais, entre estes a tutela da liberdade e do desenvolvimento sexual de cada indivíduo

Conforme leciona Nucci (2014), a referida alteração de nomenclatura indica, desde logo que a preocupação do legislador “não se limitou ao sentimento de repulsa social à conduta praticada pelo criminoso, como ocorria nas décadas anteriores, mas buscou proteger o bem jurídico em questão”, ou seja, à dignidade sexual de quem é vítima deste tipo de delito.

Desse modo, com a introdução do Art 217-A, do Código Penal Brasileiro, apresenta a seguinte redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas

no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental,

não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que,

por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A 3ª seção do STJ aprovou a sumula 593 que dispõe sobre estupro de vulnerável sendo "o crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente". Ou seja, basta que o agente

tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

A palavra da vítima é de suma importância nos crimes contra estupro de vulnerável:

Nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos" (AgRg no REsp 1346774/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 18/12/2012).

O Jurista penal Greco (2012), diz que "uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais". Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

○ estupro de vulnerável é hediondo em todas as suas formas (Lei 8.072/90, art. 1º, VI). Em razão disso, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado. A progressão, que, em crimes comuns, se dá após 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena, no estupro de vulnerável ocorrerá após 2/5 (dois quintos), se primário o condenado, ou 3/5 (três quintos), se reincidente. O prazo da prisão temporária salta de 5 (cinco) dias, dos crimes comuns, para 30 (trinta) dias. Para a concessão de livramento condicional, o prazo também é diferenciado: o condenado deve cumprir mais de 2/3 (dois terços) da pena, desde que não seja reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados. Ademais, são vedados a anistia, graça, indulto e fiança.

2. VULNERABILIDADE

Segundo Capez (2015), "o vulnerável é qualquer pessoa que não tem capacidade para consentir a prática sexual, por se encontrar em alguma situação de fragilidade ou perigo". Sendo aquele que esteja em alguma situação de fraqueza, tanto moral como social, cultural, biológica, fisiológica, em diante.

Nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2010, p. 411):

pessoa vulnerável, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é primeiramente, a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e à exploração e sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual.

O Dicionário Infopédia (2013), traz uma definição do que seria vulnerável: "Vulnerável: adjetivo de 2 gêneros 1. Que pode ser atingido ou ferido; frágil. 2. Que tem poucas defesas. 3. Figurado diz-se do ponto fraco de uma pessoa, coisa ou questão".

Emprestando-se a definição da Resolução 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, em seu item II.15, segundo a qual vulnerabilidade é o "estado de pessoas ou grupos, que por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido".

No entender de (NUCCI, 2014, p.1105), a vulnerabilidade contida no artigo 217-A, "trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir".

Cezar Roberto Bitencourt afirma com exatidão que:

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

Desse modo, reconhece a lei penal, em consonância com a Constituição Federal de 1988, que aquele jovem menor de quatorze anos pode até possuir conhecimento objetivo do que é o ato sexual, mas com certeza não terá a maturidade e a plena e livre determinação no plano das atividades sexuais, capaz de compreender o ato sexual e de se autorregem com base nesse entendimento.

Couto (2015), aborda sobre a legitimação da proteção penal contra os vulneráveis em seu comentário:

daí se legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce e prematura de crianças e adolescentes menores de 14 anos, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que uma criança ou adolescente de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

Vulneráveis, portanto, não possuem consentimento válido para as situações de provável prejuízo, nas quais sua vulnerabilidade é relevante.

3. VULNERABILIDADE DIANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19)

A vulnerabilidade das crianças e adolescentes deve ser entendida de forma ampla, e todos os meios possíveis devem ser ofertados para sua proteção.

Romero (2007, p. 20), diz que “em todo o mundo, as crianças vem sendo vítimas das mais variadas formas de violência. A pior destas formas de violência é aquela sofrida dentro de suas próprias casas”. As crianças nem sempre são protegidas por aqueles que lhes deveriam dar amor e proteção e devido a sua vulnerabilidade acabam sofrendo. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de colocá-los a salvo de toda forma de exploração, violência e opressão.

Para Saffioti (2015, p. 19), “o abuso sexual, sobretudo incestuoso, deixa feridas na alma, que sangram, no início sem cessar e posteriormente, sempre que uma situação ou fato lembre o abuso sofrido”

Nos crimes de estupro contra vulnerável, os ambientes onde mais ocorrem tal crime, são na própria casa da vítima ou na casa de parentes e conhecidos, ou seja, em ambientes do convívio da criança, e na maioria das vezes o agressor é alguém que se aproveita da confiança ou poder familiar para praticar os abusos. Muitas vezes a criança não percebe ser um abuso e demora a denunciar.

Penso (2009), afirma que a vítima, enquanto criança ou adolescente, assume uma posição submissa e “é incapaz de compreender totalmente a natureza real desta relação no contexto de tantas outras que mantém com seus progenitores ou

cuidadores". Por sua vez, o autor do abuso utiliza-se da confiança e dependência do dominado a fim de apoderar-se de sua sexualidade.

A defensora pública Ana Carolina Schwan, coordenadora do Núcleo Especializado de Infância e Juventude da Defensoria Pública de São Paulo informa que:

em experiências de crises sanitárias que envolvem isolamento social sempre trazem o risco de aumento da violência contra crianças e adolescentes. Quando falamos nesse tema, e especificamente sobre abuso sexual, a maior parte dos agressores está dentro do núcleo familiar ou em grupos próximos.

As necessidades de contenção da Covid-19 e o confinamento domiciliar deixaram as crianças e adolescentes mais vulneráveis à violência. O isolamento aumentou a exposição das vítimas aos agressores, na maioria das vezes moradores da mesma casa. Além disso, a suspensão das aulas e a limitação no funcionamento de espaços públicos durante a pandemia restringiram os espaços mais usuais de denúncia.

4. SUBNOTIFICAÇÃO NAS DENÚNCIAS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DIANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19)

A pandemia do Novo Coronavírus (Covid-19) forçou o fechamento de creches e escolas, isso pode ter possibilitado a subnotificação nas denúncias dos casos de estupro de vulnerável, pois devido ao afastamento das crianças e adolescentes à esses locais onde se sentem seguras para reportar o abuso sofrido, se calam. Geralmente são nesses locais onde os educadores, professores e profissionais da saúde tomam conhecimento dos abusos sofridos pelas crianças, e denunciam o crime às autoridades.

Schwan informa que "nesse período, a criança está longe de sua rede de proteção e confiança. E o grande desafio para os órgãos que lidam com o tema é conseguir estar presente nesse momento".

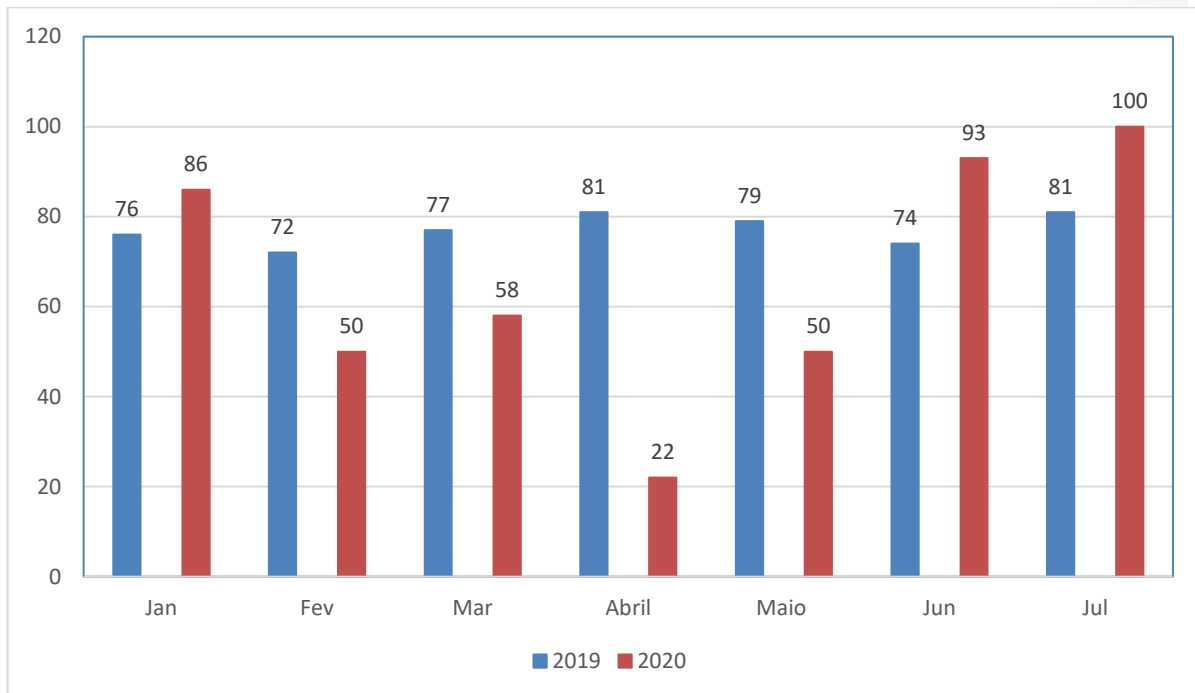
A tabela e o gráfico abaixo fazem um comparativo do número de ocorrências de violência sexual praticada contra crianças e adolescentes na cidade de Manaus-AM, entre os anos 2019 e 2020.

Tabela 1- Número de ocorrências de estupro de vulneráveis no período entre janeiro a julho dos anos 2019 e 2020.

	2019	2020	Análise
Janeiro	76	86	Aumento de 11.7%
Fevereiro	72	50	Redução de 30.6%
Março	77	58	Redução de 19.5%
Abril	81	22	Redução de 72.9%
Maio	79	50	Redução de 36.8%
Junho	74	93	Aumento de 20.5%
Julho	81	100	Aumento de 19%
Total	540	459	Redução de 15%

Fonte: Delegacia especializada em proteção à criança e ao adolescente - DPCA

Gráfico 1: Demonstrativo das ocorrências de estupro de vulneráveis no período entre janeiro a julho dos anos de 2019 e 2020.



Fonte: Delegacia especializada em proteção à criança e ao adolescente - DPCA

Podemos verificar que em janeiro de 2020 houve um aumento nos números de denúncias de estupro de vulnerável em consideração ao ano de 2019, porém a partir do mês de fevereiro e março de 2020 houve uma expressiva redução em comparação ao ano anterior, chamando bastante atenção para o período de abril, onde houve uma redução de 72,9% em relação ao mesmo período do ano antecedente, mantendo-se em queda até o mês de maio. É importante salientar que no período de março a maio de 2020, foi um período crítico para a cidade, onde os números de casos de COVID-19 estavam elevadíssimos, ocorrendo o fechamento total de todas as atividades comerciais não essenciais. A partir do mês de junho de 2020 houve a abertura gradual de vários segmentos, durante o referido mês houve aumento de 20,5 % no número das denúncias.

Isso não quer dizer que os crimes diminuíram ou deixaram de acontecer. A redução não é um bom sinal, ao contrário é preocupante pois indica que há subnotificação nos casos no período crítico da pandemia, onde a população estava em um rígido isolamento, as escolas e creches fechada, e a vítima presa com o agressor, sem chances e meios para denunciar. Sair desse contexto e conseguir denunciar é difícil, ainda mais para uma criança.

A ameaça não se expressa no número de denúncias, mas na percepção de que a queda no acesso a delegacias, educadores, redes de proteção e órgãos públicos se reflete em um abuso silencioso, mas nem por isso inexistente

CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que a seara dos direitos sexuais é um tema importantíssimo e relevante para a sociedade, a discussão acerca do estupro de vulnerável envolve cuidados ao se tratar de crianças e adolescente, que historicamente foram consideradas objetos de tutela e proteção e não sujeitos de quaisquer direitos.

Tratou-se questões acerca do crime de estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, e a vulnerabilidade absoluta de crianças e adolescentes, um tema de bastante relevância e que desde a antiguidade trata-se de um crime repudiado por toda sociedade. A vulnerabilidade da pessoa está relacionada ao discernimento que a mesma tem ou não de tomar suas decisões. Para o Código Penal vulnerável é aquele menor de 14 anos, e pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não possuem discernimento para praticar o ato sexual, ou por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

As questões quanto ao estupro de vulnerável e o abuso sexual no ambiente intrafamiliar são assuntos que estão intimamente ligados quando se trata de vítima menor de 14 anos. Tendo em vista que a maioria dos abusos sexuais de menores ocorre dentro de suas próprias casas, e o autor é membro da família ou alguém próximo desta.

A pandemia do Covid-19 tornou essas vítimas ainda mais vulneráveis, pois as mesmas ficaram presas em isolamento social, juntamente com seus abusadores, distante e sem acesso aos locais onde as mesmas possuem assistência e apoio para falarem sobre tais abusos. Os dados revelam uma redução nos números de ocorrências de estupro de vulnerável, no trimestre mais crítico da pandemia, isso não significa que os abusos reduziram, ao contrário, mostram uma subnotificação nas ocorrências, pois logo em seguida os números voltam a subir.

Há urgente necessidade de desnaturalizar a sexualização infantil e a cultura do estupro, disseminar amplo conhecimento sobre os direitos das crianças e adolescentes, políticas públicas efetivas para a proteção integral dos infantes, e incentivar e possibilitar acesso à justiça.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (v. 4), p. 93.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. BRASIL. **Agravo regimental no recurso especial**: AgRg no REsp 1346774 SC, 2012/0205482-3. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 18/12/2012.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII**, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: dos crimes contra os costumes e dos crimes contra a administração pública. São Paulo: Saraiva. 2004.

COUTO, Cleber. **Estupro de vulnerável menor de 14 anos**: presunção absoluta ou relativa?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41151>. Acesso em 1 nov. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial - v. 3. 12. ed. Niterói: Impetus. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**/ Rogério Greco. – 9. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. Pg. 532

INFOPÉDIA. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/vulnerável> Acesso em: 01/11/2020

MORAES SÁ, Rodrigo. **Estupro de vulnerável**: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. 2012. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PENSO, Maria Aparecida, et al. **Abuso sexual intrafamiliar na perspectiva das relações conjugais e familiares**. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942009000200012> Acesso em: 01 de nov 2020

ROMERO, Karen Richter Pereira dos Santos. **Crianças vítimas de abuso sexual: aspectos psicológicos da dinâmica familiar.** Curitiba/PR: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. p. 20.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência.** 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

SOERENSEN, Bruno. **Manual de saúde pública.** Unimar; São Paulo: Arte&Ciência, 1999.

SCHWAN, Carolina. **Pandemia do coronavírus torna crianças mais expostas à violência.** O vale. https://www.ovale.com.br/_conteudo/brasil/2020/08/112011-pandemia-do-coronavirus-torna-criancas-mais-expostas-a-violencia.html. Acesso em: 03 nov 2020.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A IGUALDADE NAS RELAÇÕES SOCIAIS

CAIO VINICIUS PIRES: Especialista e Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Advogado em SP.

Resumo: *Pretende-se analisar o Princípio da dignidade da pessoa humana a partir da condição igualitária em Sociedade. A Igualdade como princípio fundamental da República, um princípio decorre do outro, e a dignidade da pessoa humana é a base. Todos devem ter acessos suficientes à sobrevivência com qualidade e atendimento aos demais direitos e garantias fundamentais.*

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Sociais. Dignidade da pessoa humana. Princípio da Igualdade.

Abstract: It is intended to analyze the Principle of the dignity of the human person from the egalitarian condition in Society. Equality as a fundamental principle of the Republic, one principle stems from the other, and the dignity of the human person is the basis. Everyone must have sufficient access to survival with quality and compliance with other fundamental rights and guarantees.

Key words: Constitutional right. Social rights. Dignity of human person. Principle of Equality.

1.Introdução

A pretensão com a análise da Dignidade Humana se pauta em compreender o alcance da proteção dos Direitos Essenciais aos seres humanos, os motivos pelos quais tal princípio é enaltecido e em contrapartida pode, eventualmente, sofrer restrições ou não ser observado e quais as consequências oriundas de possível inobservância.

Este Tema faz-se presente em muitas diversos debates perante os Tribunais ou mesmo na Academia dos cursos de Direitos Sociais, não só o Direito.

Tal reflexão teórica sobre dignidade da pessoa humana tem como condão esclarecer e evitar conceitos restritivos sobre o que pode ser entendido como direitos humanos, que, atualmente, têm sido utilizados como fundamentação.

Além disso, é cediço mencionar sua relação direta com mínimo existencial como conjunto de regras básicas asseguradas pelo Estado e quais os parâmetros

para a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente na abordagem aqui pretendida, aquela efetividade no campo do Princípio da Igualdade.

Este Direito, como Princípio também previsto pela Carta Maior cuja orientação merece obediência pela legislação infraconstitucional e qual a importância que tem em Sociedade, princípio este que poderia ser considerado garantidor da estabilização das relações sociais ou como vetor, impondo obrigações e limites recíprocos entre aqueles que integram a Sociedade.

Nesta perspectiva, busca-se a abordagem mútua destes dois Princípios, o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Igualdades sob o viés protetivo do ser humano, de suas relações em sociedade, estabelecendo alguns parâmetros de limites e melhor compreendendo a temática que vem sendo amplamente debatido pelos Tribunais Superiores que tem tentado resolver os conflitos que se fazem presentes em Sociedade.

2.O Princípio da Igualdade

Em discussões jurídicas e no Supremo Tribunal Federal, tem-se debatido cada dia com mais intensidade, a temática da efetivação dos direitos fundamentais, em consonância com o disposto na Constituição Federal.

No âmbito geral, as Constituições se prestam a ditar normas fundamentais para determinar os limites ou indicar os critérios aos quais os órgãos legislativos devem se restringir para o desempenho de suas atividades, atendendo ao imperativo de igualdade que protege os direitos e deveres dos Cidadãos é imperativo.

O Princípio da igualdade pode ser entendido sob diversos enfoques, o conceito que mais se adequa à Sociedade brasileira é aquele no sentido de que deve-se respeitar as leis, com tratamento igualitário, possibilitando o tratamento desigual em casos excepcionais, sujeitando, o que não respeita limites da Igualdade a sanções.

Para José Afonso da Silva[1]:

Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual para situações desiguais, com suas insuficiências mostradas, a Constituição estabelece vedações expressas de discriminação por razões de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, de que trataremos sinteticamente daqui por diante.

Segundo os juristas Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior[2]:

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade formal. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei.

No mais das vezes a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade. A locução, conquanto correta, parece não concretizar explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.

Deve-se sopesar a igualdade e desigualdade partindo da análise de situações de casos concretos e, para tanto, mencionam os seguintes critérios:

- a) Fator adotado como critério discriminatório;
- b) Correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada;
- c) Afinidade entre a correlação apontada no item anterior e os valores protegidos pelo nosso ordenamento constitucional.

O alcance da Igualdade, estabelecendo uma analogia, pode ser representado por uma balança, com o equilíbrio entre dois pesos e se um lado da balança pesar mais que o outro, deve-se providenciar uma imediata compensação. Neste sentido, Paulo Bonavides[3] leciona:

Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto o que faz a lei ordinária nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais ou emenda à Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada.

Portanto, pode-se afirmar que é a base de todas as relações humanas, sujeitando, como mencionado anteriormente aqueles que descumprirem, a sanções que nada mais são do que consequências oriundas dos atos ilegais praticados para

cada tipo de ação que caminhe no sentido oposto da lei, costumes e demais princípios do Direito. O autor[4] ainda ressalva que:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

Conclui, por fim: “Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. ”

Neste sentido, válida a reflexão do artigo 4.º, VIII, da Constituição Federal ao tratar da igualdade racial por guardarem íntima relação com as dificuldades de acesso e interação e integração social, isto porque ainda há um preconceito estrutural social que afasta, na verdade, todos os acessos igualitários àqueles que podem ser denominados de minorias, a exemplo da população negra, oriental e demais etnias que ainda hoje atravessam desafios e são excluídos da Sociedade.

A questão é de fato polêmica por se tratar de preconceitos que estão enraizados desde a época da escravidão, que decorrem também da falta de estudos e conhecimento de pessoas que, por vezes foram orientadas a raciocinar da maneira como o fazem.

Importante mencionar que tais preconceitos não são atuais, mas sim, existem desde a época das práticas da escravidão. Seus desafios foram amenizados com a vinda dos povos estrangeiros ao Brasil em busca de trabalho que era utilizado como moeda de troca de alimentos e demais artigos de uso pessoal.

Ocorre, no entanto, que os reflexos da escravidão perduram até os dias atuais com a falta de trabalho para pessoas negras. A visão da sociedade diante deste cenário é que tais pessoas foram incluídas socialmente como seres individualizados e não no contexto em que se enquadram dentro da sociedade, ou seja, um público com menos acesso à educação de qualidade, saúde de qualidade e demais prestações estatais no campo dos direitos sociais.

A pretensão do Estado é minimizar os impactos oriundos deste preconceito estrutural e, a exemplo do Sistema de Cotas, ainda existe um certo pé atrás da

Sociedade ao concordar com a medida; para muitos, referido sistema não passa de uma limitação de direitos daqueles que não se valem desta medida.

Sobre o assunto, Marcelo Novelino^[5] traz a seguinte reflexão: “O sistema de cotas (“reserva de vagas”) é apenas um dos mecanismos de proteção de minorias hipossuficientes, ao lado de vários outros, tais como bolsas de estudo, reforço escolar, programas especiais de treinamento, cursinhos pré-vestibulares, linhas especiais de crédito e estímulos fiscais diversos”.

As minorias étnicas, tal como a população negra, têm uma dificuldade maior quanto ao acesso a escolas de qualidade, informações de qualidade e outros meios de acesso à educação, bem como a outros direitos sociais fundamentais.

Portanto, os aspectos históricos e políticos devem ser levados em consideração, a sociedade tem evoluído gradativamente no sentido de que os gêneros possam ser tidos e entendidos como iguais em condições, em mesmo nível de igualdade e com os mesmos acessos aos direitos fundamentais.

O que notava antigamente é que algumas atividades só podiam ser praticadas por homens, brancos e demais classes “privilegiadas” e com a evolução estrutural e um pouco mais de conhecimento, a sociedade tem percebido que negros, mulheres e demais pessoas que se entendem por minorias, tem igual capacidade de gerir um cargo de alto poder.

A situação não está completamente resolvida, mas houve um aumento expressivo de mulheres assumindo posições de lideranças nas iniciativas privada e pública e assumiram cargos de alto nível. Não poderia ser diferente disto.

Neste cenário, cabem alguns questionamentos: Por que as mulheres recebem salários menores que homens?

Apesar de muitas diferenças ainda persistirem, os avanços são notórios em todas as áreas do conhecimento, favorecendo o desenvolvimento humano, diminuindo o cenário de desigualdades e, pouco a pouco alcançando um patamar de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade de acesso a todos os recursos e condições básicas à vida em Sociedade.

De fato, quando as condições são desiguais e limitadas, certamente a tendência do desenvolvimento em Sociedade cai abruptamente.

E ainda neste aspecto, é cediço mencionar que a população brasileira apresenta uma diversidade social um tanto quanto expressiva com deficiência de

direitos sociais prestados a uma Sociedade inteira, o que certamente prejudica o desenvolvimento estrutural da Sociedade e como consequência, da qualidade de vida das pessoas eis que faltam acessos de qualidade à educação, Saúde, Cultura, o que demanda uma prestação positiva estatal, com elaboração de medidas que auxiliem no acesso a todas as pessoas sem distinção a estes direitos tão relevantes

Delicado assunto, suscita diversos outros debates, tais como a necessidade das ações afirmativas, com a necessária intervenção do Estado no controle de desigualdade advinda de discriminação. Concordando com o posicionamento de Marcelo Novelino[6]:

As ações afirmativas consistem em políticas públicas ou programas privados desenvolvidos, em regra, com caráter temporário, visando à redução de desigualdades decorrentes de discriminações (raça, etnia) ou de uma hipossuficiência econômica (classe social) ou física (deficiência), por meio da concessão de algum tipo de vantagem compensatória de tais condições.

Isto quer dizer, em linhas gerais, que o Estado está para intervir nas relações entre as pessoas, a fim de diminuir as desigualdades provenientes de quaisquer tipos de discriminações e que para isso, quando em face de desigualdade, terá por escopo conferir alguma vantagem para que possa equilibrar a balança da igualdade. E ainda, a seguinte reflexão deste autor:

A adoção de políticas positivas deve ser precedida de uma profunda análise das condições e peculiaridades locais, bem como de um estudo prévio sobre o tema, sendo que sua legitimidade dependerá de sua observância de determinados critérios, sob pena de atingir, de forma indireta e indevida, o direito dos que não foram beneficiados por elas (discriminação reversa).

3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A partir da análise da Igualdade, torna-se possível, agora, a análise do princípio da dignidade da pessoa humana que está diretamente relacionado aos direitos e garantias fundamentais, sendo que dignidade isoladamente não vem conceituada na Constituição.

Segundo leciona Ingo Wolfgang Sarlet[7]:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Cuida-se de um conceito (ou dimensão) político de dignidade, cunhado pelo pertencimento do indivíduo às elites políticas da sociedade e a vinculação da dignidade às ações humanas e seu respectivo resultado, como algo, portanto, que deve ser constantemente posto à prova, e não como uma constante antropológica. Por outro lado, já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

A todos é garantido o acesso e exercício da dignidade que é, em linhas gerais, o fato de ser livre e responsável pelo seu destino, o que não permite a violação dos instrumentos normativos, ao contrário, todos devem seguir a lei e os direitos e garantias fundamentais. Ainda para Ingo[8]:

não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

Por mais que um ser humano venha a agir ou cometer atos indignos, a sua dignidade não deve ser e nem pode ser diminuída e muito menos suprimida porque trata-se de direito inerente à pessoa humana, é um direito irrenunciável, inalienável e não passível de interferências de outros seres humanos e nem do Estado, a quem cabe, na verdade, assegurar este Direito a todos, independentemente da situação em que vivam; pobres ou privilegiados economicamente, brancos, negros, pardos, deficientes ou não, enfim, a toda a Sociedade. Aliás, pelo posicionamento de Luiz e Vidal[9]: “Os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Com isso, os indivíduos dele não podem dispor”. A ideia aqui é a impossibilidade de renúncia, o que não se confunde, por exemplo, com o direito de imagem por um tempo limitado para determinado fim. Aqui, deixou-se de exercer um direito por um tempo determinado e não renúncia. ”

Marcelo Novelino[10] entende que a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque, figurando como o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, principalmente aquele que trata dos direitos fundamentais.

Para ele o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelas constituições em diversos países ocidentais tiveram um vertiginoso aumento após a Segunda Guerra Mundial, como forma de reação às práticas ocorridas durante o nazismo.

De certo, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como uma certeza e direito irrenunciável. Sua positivação, de acordo com Novelino,[11] faz com que ela deixe de ser apenas um valor moral para se converter em um valor tipicamente jurídico, passando a se revestir de normatividade.

Há entendimento, aquele ensinado por Flávia Piovesan[12], no sentido de que seria a dignidade da pessoa humana um superprincípio uma vez que se considerada em conjunto com os demais princípios, deve servir de orientação a todos eles, veja-se:

No universo da principiologia a pautar o direito constitucional de 1988, o direito constitucional contemporâneo, bem como o Direito Internacional de Direitos Humanos, desponta a dignidade humana como o valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX. É na dignidade 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 humana como

verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno. Para Paulo Bonavides, 'nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.

Muitos princípios fundamentais têm influência no modo de como se vê a dignidade da pessoa humana, por isso, deve-se também levar em consideração a reflexão filosófica e os direitos humanos, para que seja possível entender o princípio da dignidade da pessoa humana.

4. O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana validado pela Convenção Americana De Direitos Humanos e o entendimento do STF

Destaca-se a reflexão de Flávia Schilling[13], defensora dos direitos educacionais, quando argumenta que as diferenças de sexo, idade, origem regional, cor, não poderiam limitar o direito de todos à igualdade de direitos, de ensino, de conhecimento, de participação.

Pode se dizer que a ideia dos direitos humanos, através da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental surgiu com a Constituição Federal de 1988.

Em 1992, em âmbito protetivo internacional, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e posteriormente, foi reconhecida a possibilidade de jurisdicalização da Corte Interamericana. O caso Damião Ximenes Lopes ficou conhecido por ser o primeiro.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, no artigo 11 a proteção da honra e da dignidade:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

São direitos inerentes a todas as pessoas, direitos irrenunciáveis, que não levam em consideração o sexo, a crença, a classe social, qualquer que seja a diferença, deve ser respeitada, sem qualquer tipo de preconceito. Veja-se, aliás, o Julgado proferido pelo Supremo Tribunal neste sentido nos autos do HC 95464 SP[14] ao asseverar que:

. - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, 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. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência

. - O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmudar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes.

Neste caso específico, a base utilizada para fundamentação da decisão foi o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios basilares de um Estado Democrático em que são sujeitos de direito aqueles que integram uma sociedade.

A Constituição Federal também assegura o direito de exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade da lei com o direito social ao trabalho, que deve ser entendido e valorizado como condição da dignidade humana.

O desenvolvimento da sociedade e da ideologia aos tempos em que vivemos, clama por mudanças dos costumes, das tradições que na verdade não serão desrespeitados, mas apenas adequados para as condições humanas que vivemos.

Em análise ao que foi exposto acima, o instituto da dignidade da pessoa humana é de suma importância na vida em sociedade com a proteção dos direitos

da pessoa humana uma vez que são garantias irrenunciáveis, em qualquer lugar do mundo.

Prevista constitucionalmente também a Igualdade, intimamente relacionada ao Princípio da dignidade da pessoa humana, isto porque as pessoas devem obter do Estado a prestação dos direitos fundamentais em igualdade de condições de acesso à saúde, condições de trabalho, independentemente da posição social que ocupam.

Dessa forma, o Princípio da dignidade da pessoa humana não pode e não deve ser visto apenas como um instituto do direito, deve ser também entendido como preceito fundamental, respeitado pelo Estado e garantido por este.

Deve ser o parâmetro para todos os outros princípios e direitos, principalmente os direitos do homem e da mulher, exigem a observância dos direitos humanos, seja onde for.

5. Conclusão

O presente artigo pretendeu abordar o princípio da dignidade da pessoa humana como coluna mestra de todos os outros Direitos e garantias, bem como Princípios elencados na Constituição federal ora vigente, ressaltando, a partir dele o relevantíssimo papel que tem a Igualdade dentro de uma Sociedade, sendo sua importância pautada quando da concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é de suma importância na vida em sociedade. O desenvolvimento do trabalho se volta à análise dos direitos da pessoa humana e o respeito à sua dignidade e igualdade de condições e acessos são intrínsecos a cada um dos seres humanos e de obrigatória prestação estatal que deve atuar positivamente para assegurá-los, isto porque são garantias irrenunciáveis.

Dessa forma, a igualdade está intimamente relacionada ao Princípio da dignidade da pessoa humana pois a todos é garantida a igualdade de condições de acesso à saúde, condições de trabalho, acesso a escolas e demais direitos sociais estampados na Constituição Federal, seja lá qual for a condição socioeconômica daquele que o pleiteia.

De fato, o Princípio da dignidade da pessoa humana não pode e não deve ser visto apenas como um instituto do direito, deve ser compreendido como preceito fundamental, respeitado pelo Estado e garantido por este, assegurando, então, o respeito ao próximo, com igualdade de condições, assim como prevê a Constituição Federal de 1988.

6. Referências Bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 3ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

ALBERTO DAVID ARAÚJO, Luiz e SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 5ª edição, São Paulo, Malheiros Editores LTDA., 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Malheiros. P. 193/194.

NOVELINO, Marcelo, **Direito Constitucional**, 7ª edição, São Paulo, Editora Método, 2012.

SCHILLING, Flávia. **Educação e direitos humanos: percepções sobre a escola justa: resultados de uma pesquisa**. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

WOLFGANG SARLET, Ingo, **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

NOTAS:

[1] AFONSO DA SILVA, José, Curso de Direito Constitucional Positivo, 3ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985

[2] ALBERTO DAVID ARAÚJO, Luiz e SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal, Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

[3] BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 5ª edição, São Paulo, Malheiros Editores LTDA., 1994.

[4] BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 5ª edição, São Paulo, Malheiros Editores LTDA., 1994.

[5] NOVELINO, Marcelo, Direito Constitucional, 7ª edição, São Paulo, Editora Método, 2012.

[6] NOVELINO, Marcelo, Direito Constitucional, 7ª edição, São Paulo, Editora Método, 2012.

- [7] WOLFGANG SARLET, Ingo, Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 10^a edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.
- [8] WOLFGANG SARLET, Ingo, Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 10^a edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.
- [9] ALBERTO DAVID ARAÚJO, Luiz e SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal, Curso de Direito Constitucional, 6^a edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.
- [10] NOVELINO, Marcelo, Direito Constitucional, 7^a edição, São Paulo, Editora Método, 2012.
- [11] NOVELINO, Marcelo, Direito Constitucional, 7^a edição, São Paulo, Editora Método, 2012.
- [12] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Malheiros. P. 193/194.
- [13] SCHILLING, Flávia. Educação e direitos humanos: percepções sobre a escola justa: resultados de uma pesquisa. São Paulo: Cortez Editora, 2014
- [14] STF. HC 95464 SP. DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466.

OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E À SEPARAÇÃO DOS PODERES

THAIS MOTTA FALCÃO:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo apresenta um estudo do ativismo judicial sob a ótica do Estado Democrático de Direito e do Princípio da Separação dos Poderes. Para isso, explana os principais filósofos e suas contribuições para a evolução do Princípio da Separação dos Poderes e como o referido princípio é tratado em nosso ordenamento jurídico. Além disso, aborda a ideia de democracia e sua relação com o Ativismo Judicial. Por fim, o artigo explica o fenômeno do Ativismo Judicial, abarcando sua origem, conceito e de que forma o fenômeno se manifesta no Brasil, bem como demonstra como o ativismo judicial pode causar prejuízos à Separação dos Poderes e ao Estado Democrático de Direito. Para realização do estudo foi feita pesquisa bibliográfica sobre o tema, cuja conclusão foi de que cada poder tem a sua competência, constitucionalmente prevista, para melhor resguardar os interesses da sociedade, sendo primordial o respeito à independência dos poderes. Logo, o excesso da postura Ativista do Judiciário gera uma superposição de um poder em detrimento de outros, o que diminui esta independência, violando precipuamente os princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Limites. Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O princípio da Separação dos Poderes: 2.1 O princípio da separação dos poderes nas visões de Aristóteles, Locke e Montesquieu: breve síntese da evolução histórica do princípio; 2.2 O princípio da separação dos poderes no cenário brasileiro; 3. Democracia e Ativismo Judicial. 4. Ativismo Judicial: 4.1 Origem e conceito do Ativismo Judicial; 4.2 Ativismo Judicial no Brasil; 4.3 A prejudicialidade do Ativismo judicial face à Separação dos Poderes e ao Estado Democrático de Direito. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do excesso de postura proativa do Poder Judiciário se faz necessário no atual cenário brasileiro, isso porque com a crescente interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, inevitavelmente se tem consequências na sociedade.

A presente pesquisa busca demonstrar que o excesso de postura ativista do Poder Judiciário afronta não só o Estado Democrático de Direito, visto que o Juízes

e Tribunais não passaram pela aprovação popular para legislar, mas também viola a separação de poderes, tendo uma superconcentração de funções, típicas e atípicas, nas mãos do Poder Judiciário.

O crescimento indiscriminado da Judicialização da Saúde, a intromissão do Poder Judiciário no mérito administrativo e a decretação de *lockdown* por juízes em tempos de pandemia são exemplos atuais de ativismo judicial no Brasil que afetam diretamente os interesses da sociedade, bem como violam o Estado Democrático de Direito, afinal, para que elegemos os cargos do Executivo e Legislativo, se o próprio Poder Judiciário está se incumbindo de legislar e administrar o Estado? É exatamente neste contexto que se encontra a importância da separação de poderes: Cada poder tem a sua competência, constitucionalmente prevista, para melhor assegurar os interesses da sociedade como um todo, sendo essencial que haja a independência entre eles. A superposição de um poder em detrimento de outro inevitavelmente gera o enfraquecimento desta independência, impactando diretamente na sociedade.

Com isso, o presente artigo tem como objetivo geral analisar o ativismo judicial sob a ótica do Estado Democrático de Direito e o princípio da Separação dos Poderes, e como objetivos específicos, demonstrar a importância da Separação de Poderes em um Estado Democrático de Direito, explicar o fenômeno do ativismo judicial e demonstrar como o fenômeno do ativismo judicial pode causar prejuízos à Separação dos Poderes e ao Estado Democrático de Direito.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 O princípio da separação dos poderes nas visões de Aristóteles, Locke e Montesquieu: breve síntese da evolução histórica do princípio.

Desde as formas mais primitivas de organização, a vida em sociedade leva a necessidade de criação de normas cujo objetivo seja permitir a convivência harmônica dos seus integrantes. (FIGUEIREDO, 2016, p.105).

Ainda, dispõe Figueiredo (2016, p.107):

Contudo, para isso, há a necessidade da existência de mecanismos que assegurem o respeito e a obediência do ordenamento jurídico. Dessa necessidade de criação de normas para permitir a convivência harmônica em sociedade é que surgem instituições destinadas a garantir a ordem estabelecida, sendo elemento fundamental para a existência socialmente organizada de um grupo de pessoas e,

diante disso, conseqüentemente, é que aparecem as primeiras noções de poderes de Estado, bem como a base da tripartição/separação de poderes.

As noções iniciais em relação aos poderes do Estado surgiram com o filósofo Aristóteles, no qual afirmou existir três poderes em todo e qualquer governo. Tais poderes eram segregados em: poder deliberativo, poder executivo e poder judiciário.

Nesse sentido, importante citar um trecho da obra "A Política de Aristóteles, livro III (Dos Governos)":

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. (...) O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (ARISTÓTELES, 1991, p.113).

Uma das falhas do filósofo Aristóteles foi não buscar a análise da composição e da competência de cada um destes poderes, o que fez com que sua teoria carecesse de melhoria.

Com isso, a teoria da tripartição dos poderes sofreu evoluções históricas e contribuições, dentre as quais se destaca as de John Locke, inspirado no direito holandês.

Locke também distingue as funções do Estado em três: legislativa, executiva e federativa. No entanto, a função legislativa abrangia tanto a função típica de legislar quanto a função judiciária. Nesse contexto, Ferreira Filho explica a separação de poderes na visão de Locke:

(...). Na primeira, inclui ele não apenas a obra do legislador, mas igualmente a do juiz. Isto corresponde à criação do *statute law* por aquele, do *common law* por este. E a função federativa? Esta tem por mira as relações internacionais, que normalmente se entabulam por meio de alianças – aliança, em latim *foedus, foederis*. E se ele recomenda a separação entre

exercício da função legislativa e o das duas outras funções, entende que estas últimas devem ser confiadas ao mesmo órgão, pois ambas importam na força armada e a divisão desta é perigosa fonte de conflitos. Muito ele contribuiu para a formulação da doutrina da separação dos poderes, mas lhe cabe a honra de haver estabelecido a doutrina clássica. Inclusive, é a ele devida a ênfase na indelegabilidade das funções. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 68).

No entanto, foi com o Barão de Montesquieu, em sua obra “Do espírito das leis”, que ocorreu efetivamente a consagração da teoria da tripartição dos poderes.

Um dos maiores feitos de Montesquieu foi conferir à função judiciária o status de um dos poderes do Estado, solidificando a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente. Essa independência do Poder Judiciário é percebida no livro décimo primeiro, capítulo VI – “*Da Constituição da Inglaterra*”, da sua obra “Do espírito das leis”:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário pois o juiz seria o legislador. Se estivesse unido com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as querelas dos particulares.(MONTESQUIEU, 2000, p. 168)

Embora Montesquieu tivesse dado certa “autonomia” ao Poder Judiciário, extrai-se de sua obra que esse poder, em face dos demais, era diminuto, ou seja, não tinha a mesma força que os poderes executivo e legislativo. Ferreira (2014, p. 28) assinala que “(...) possuía a função de apenas enunciar a letra da lei aos casos concretos, sendo ainda exercido de forma temporária, consoante a prescrição legal, mas não de forma permanente”.

Nesse contexto, o filósofo expandiu a divisão dos poderes estabelecida por Locke.

Montesquieu acreditava que para afastar os governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites para cada um dos poderes, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Dessa forma, surge a ideia de controle de um poder sobre o outro, porém cada poder mantém sua autonomia e deve exercer determinada função. Esse sistema denomina-se de Sistema de freios e contrapesos, ou *Checks and Balances System*.

Para Barbosa, 2018, a separação de poderes e o *Checks and Balances System* estão em perfeita sintonia com o Estado Democrático de Direito, de forma a por limites ao poder, mas ainda assim assegurar a plena liberdade política dos indivíduos e dos direitos das minorias. Possibilita, de igual maneira, a formação do Estado de Direito, na medida em que ele previne o abuso governamental submetendo governantes e governados as regras e aos procedimentos legais, onde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

2.2 O princípio da separação dos poderes no cenário brasileiro

No Brasil, com exceção da Carta Magna outorgada em 1824, que centralizava o poder na pessoa do Imperador pelo chamado Poder Moderador, e Constituição de 1937, conhecida como “polaca”, que foi considerada um verdadeiro retrocesso aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, o princípio da separação dos poderes esteve presentes em todas as demais constituições.

A Constituição de 1824, dentre outras hipóteses, previa que a divisão e a harmonia dos Poderes Políticos eram princípios conservadores dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivar as garantias oferecidas pela Constituição. Previa também que os Poderes seriam divididos em quatro. Ou seja, além dos poderes já conhecidos, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, havia também o Poder Moderador. Ademais, havia a previsão de que os representantes da Nação Brasileira eram o Imperador e a Assembleia Geral e que estes Poderes eram delegados pela Nação.

Na atual Carta Magna, promulgada em 1988, o princípio da separação dos poderes está expressamente previsto no artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

O doutrinador Dirley da Cunha Junior conceitua que os três poderes devem ser desempenhados por organizações diferentes, cada qual com suas atribuições e poderes, não devendo um interferir no outro:

[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes. (CUNHA JUNIOR, 2010, p.514).

É desse contexto de atividades independentes que surge o que se denomina de teoria dos freios e contrapesos, idealizada por Montesquieu. Nesse sentido:

Não obstante, para um melhor funcionamento e limitação de cada uma das funções foi necessária a criação de um sistema de freios e contrapesos entre tais funções, isto para que nenhuma delas tenha maior poder sobre as outras, evitando, desta forma, abusos e excessos de poder, e estabelecendo equilíbrio e harmonia como disposto na própria Constituição. O filósofo Montesquieu foi um dos primeiros a estabelecer as atribuições do Estado como as que se conhece nos dias de hoje, vez que ele compreendeu a necessidade de haver uma proporção de valores e atividades para cada uma das funções estatais para que nenhuma realizasse suas atribuições de maneira indevida sem que as outras pudessem intervir, limitando-as (MAYER, 2017, p.3).

Em suma, os três poderes possuem as seguintes competências: O Poder Executivo é o responsável pela administração do país, envolve a prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos da administração, podendo ainda possuir funções atípicas de natureza legislativa e jurisdicional. O Poder Legislativo tem a função originária de legislar, bem como de fiscalizar, possuindo também funções atípicas de natureza executiva e jurisdicional. Já o Poder Judiciário tem a função originária de julgar e assegurar o respeito às leis, podendo, atipicamente, legislar (exemplo: regimento interno de seus tribunais) e praticar atos de natureza administrativa (ex: conceder licença e férias aos magistrados).

Ressalte-se que “todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só Poder, uno e indivisível. Esses atos adquirem diversas formas, dependendo das funções exercidas pelos diferentes órgãos”. (LENZA, 2011, p.435).

Logo, estando a separação dos poderes positivada na constituição e sendo uma das cláusulas pétreas contidas na Carta Magna a fim de resguardar a integridade de nosso Estado Democrático de Direito e unidade federativa, a sobreposição de um poder ao outro e o desrespeito a soberania entre si seriam capazes de gerar um colapso em nossa constituição.

3 DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Kelsen (2000, p.140) o significado original do termo “democracia” (demos = povo, kratein = governo) foi instituído pela teoria política da Grécia antiga com a significação de “governo do povo”.

Deste modo, Norberto Bobbio conceitua democracia da seguinte forma:

Acredita-se que o conceito de democracia seja um conceito elástico, que se pode puxar de um lado e do outro à vontade. Desde que mundo é mundo, democracia significa governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou de uma minoria (BOBBIO, 1983, p.79).

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, que se traduz em um governo no qual prevalece a vontade popular em detrimento de interesses minoritários.

Ademais, é marcado pela separação dos poderes estatais, a fim de que os três poderes não se desarmonizem e nem prejudiquem a soberania popular. Dessa forma, O Estado Democrático de Direito permite a organização da sociedade de forma justa e estabilizada, em que se tenha mais benefícios que malefícios.

Lenza leciona que:

A previsão desse regime jurídico é reforçada pelo princípio democrático que marcou o texto de 1988 e pela cláusula contida no parágrafo único do art. 1º, ao se estabelecer que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição. (LENZA, 2011, pag. 1150).

Também se infere do artigo mencionado que o Brasil adota a democracia semidireta ou participativa, que se traduz em uma democracia representativa (eleições aos cargos do Poder Executivo e Legislativo), com peculiaridades e atributos da democracia direta, *ipsis litteris*.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1989).

Ainda, nos dizeres de Lenza:

Pode-se falar, então, em participação popular no poder por intermédio de um processo, no caso, o exercício da soberania que se instrumentaliza por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular, bem como outras formas, como a ação popular. (LENZA, 2011, pag. 1150).

A democracia, portanto, revela a necessidade de o povo participar das decisões políticas, determinando o direcionamento a ser adotado pelo poder público.

Para Negrelly (2010, p.1416) no entanto, “[...] pode-se afirmar que em muitas circunstâncias essa vontade não é levada em consideração pelos representantes eleitos pelo povo detentores de cargos eletivos no Poder Executivo e Legislativo.”

Desse modo, a população acaba por recorrer ao Judiciário - órgão encarregado da guarda da ordem Constitucional -, para buscar a satisfação de suas demandas. Ao atuar nestes casos, o Judiciário exerce um papel ativo, intervindo no

campo de atuação dos demais poderes que são políticos e representativos. Com isso surge o que chamamos de ativismo judicial, ou seja, a atuação proativa do Poder Judiciário em face dos demais poderes, que por vezes acaba por exceder seus limites legais e constitucionais, de forma que a atuação excessiva do poder judiciário viola frontalmente o Estado Democrático de Direito, bem como a separação dos Poderes.

4 ATIVISMO JUDICIAL

4.1 Origem e conceito do ativismo judicial

A origem e definição sobre o ativismo judicial são conceituadas por alguns autores como um fenômeno que surgiu com um estilo conservador, citando como exemplo a Suprema Corte Americana que utilizou ativismo para manter a segregação racial. Barroso (2008, p. 14) afirma que “Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial”.

Conforme ensina Volken, 2016, o ativismo judicial, desconsiderando a comparação e a criação judicial do direito e o controle difuso de constitucionalidade, teve origem no direito estadunidense. Sua primeira aparição de forma clara se deu no caso *Lochner versus New York*, quando a Suprema Corte americana julgou inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que limitava a carga horária de trabalho dos padeiros a 60 horas semanais, defendendo que de acordo com o princípio da liberdade individual de contratar, a norma estatal que fazia tal limitação era irrazoável e arbitrária.

Teixeira, 2012, ensina que essa decisão contribuiu para o surgimento da “Era *Lochner*”, quando a Suprema Corte passou a anular as diversas intervenções econômicas que o estado fazia, sendo considerado então o primeiro caso flagrante de ativismo judicial.

Pacheco (2017, p. 20) assinala que:

O termo ativismo judicial, porém, só foi incorporado ao cenário jurídico, político e popular, após o historiador Arthur Schlesinger Jr. utilizá-lo em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court*. 1947. Neste texto, o autor classificou alguns dos juízes da Suprema Corte como ativistas judiciais, pois em sua visão eram os juízes que atuavam de forma proativa na efetivação do estado de bem-estar social. Em contraponto, porém, outros juízes foram classificados como “campeões do autocomedimento”, por entenderem que o

Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense.

Segundo o jurista Elival Ramos (2010, p. 129), o ativismo judicial é definido como “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Saul Tourinho Leal (2008, p.17), por sua vez, assinala que “essa expressão está associada à ideia de exorbitância de competências por parte do Poder Judiciário”. Continua, ainda, argumentando que “chamar um tribunal de ativista é uma tentativa de atribuir a ele algo negativo. O termo se reveste do cunho crítico”.

No entanto, na visão de Barroso (2008, p.14) “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” Ainda relata que:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”(BARROSO, 2008, pag. 14.).

Barroso (2008, p. 14), esclarece também que “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

Thamy Pogrebinschi (2000 apud Nascimento, 2017, p. 296) considera ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”. Contudo, esclarece que:

Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não deverá ser considerado um ativista.

Um dos maiores críticos ao fenômeno é Lênio Streck. Para ele, o ativismo é maléfico para a democracia, já que o fenômeno só acontece pelo comportamento e visões pessoais de juízes e tribunais. Na visão do autor:

Numa palavra, quando um magistrado diz que julga “conforme sua consciência” ou julga “conforme o justo” ou “primeiro decide e depois vai encontrar um fundamento” ou ainda “julga conforme os clamores da sociedade”, é porque está repetindo algo enraizado no imaginário jurídico. Um comportamento que se naturaliza leva muitos anos para “desnaturalizar”.

(...)

Daí a pergunta que deve ser respondida: O Direito, ao fim e ao cabo, é o que dele se diz por aí ou, melhor, ele é o que o judiciário diz que ele é? Mas se isso é assim, se já se “naturalizou” essa concepção, porque continuamos a estudar ou escrever sobre o Direito? Não seria melhor deixar que “quem decide é quem sabe”? (STRECK, 2016, p. 3-4).

Percebe-se que, embora o ativismo judicial seja um fenômeno complexo e difícil de conceituar, já que não existe um consenso acerca do fenômeno, a conduta está associada à atividade proativa do juiz, de modo a divergir se a atuação é benéfica ou maléfica à sociedade e aos princípios constitucionais.

4.2 Ativismo judicial no Brasil

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente a sociedade. (TEIXEIRA, 2016, p.40).

Nascimento (2017, p. 300) assinala que:

Foi por meio da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais que surgiu uma nova forma de realização da democracia, e, ao mesmo tempo, passou a limitá-la pelo constitucionalismo. Assim, a promulgação da Constituição federal de 1988 veio apresentar um modo distinto de interpretar e aplicar o Direito, acarretando em um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância deste Poder em suas decisões.

Com essa força, o Judiciário, utilizando-se da hermenêutica jurídica e das lacunas do legislador, avançou largamente sobre o espaço indeterminado da Constituição.

Conceitos jurídicos indeterminados, tais como “interesse público”, “boa-fé”, “função social”, “bem comum” passaram a ser frequentemente balizadores de decisões judiciais, ficando a cargo do juiz limitá-las e aplicá-las ao caso concreto.

A judicialização das políticas públicas também tomou conta do cenário brasileiro exponencialmente.

Berta (2017, p. 47), explica a razão:

Isso porque, as causas que contribuíram para uma ascensão do Poder Judiciário no Brasil também acabaram por conduzir e favorecer a ampliação do fenômeno. Assim, de forma geral, a judicialização da política pode ser entendida como a transferência de questões políticas, comumente atinentes às esferas do Legislativo e do Executivo, para o Judiciário.

No entanto, nos dizeres de Di Pietro, 2015 a implementação de políticas públicas se encontra na seara da discricionariedade administrativa, seja na escolha do interesse público a atender, dentre os vários agasalhados pelo ordenamento jurídico, seja na escolha das prioridades e dos meios de execução.

Ou seja, estabelecidas as metas, de forma genérica, pela Constituição, cabe ao legislador dispor normativamente sobre o seu atendimento, que muitas vezes deixa a cargo do Poder Executivo e a órgãos da Administração Pública executar, de fato, as políticas públicas. (BERTA, 2017, p. 39).

Ainda, continua a autora:

Diante desse cenário, parece razoável o entendimento de que cabe ao Judiciário apenas “corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos Poderes competentes.” Ou seja, o Judiciário não pode fazer o controle judicial da formulação das políticas públicas quando a sua determinação envolver critérios da discricionariedade legislativa ou administrativa.(BERTA,2017, p.39)

Um dos maiores impactos da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas é a judicialização da saúde, que pode ser entendida como o acesso à saúde por meios processuais, no qual o juiz reveste-se de “administrador dos recursos financeiros”, e determina a realocação de recursos orçamentários para atender a demandas individuais.

Conforme o site Insper, 2019: “Em 2016, o gasto com demandas judiciais na saúde consumiu R\$ 1,3 bilhões. A lista com os dez medicamentos mais caros é responsável por 90% desse valor. O dinheiro está saindo de outros programas da saúde e de outros segmentos do orçamento federal, embora haja pouca clareza e avaliação sobre os impactos mais gerais desse fenômeno.”

A judicialização da saúde é um exemplo claro de que a atuação demasiadamente ativista do Judiciário provoca inevitavelmente uma quebra na delimitação dos poderes: Não se sabe mais quem julga, quem administra o Estado, incluindo o orçamento público e quem legisla. Todas as funções concentram-se nas mãos de um único poder. E, na euforia de atender a demandas individuais de saúde, acaba por retirar o dinheiro público de outros segmentos tais como educação, segurança pública para realocar nas referidas demandas.

É certo que por vezes a atuação excessiva do Judiciário visa apenas a satisfazer os clamores da sociedade, face a ausência ou diminuta atuação dos demais poderes. Mas isso não retira a legitimidade dos demais poderes, tampouco autoriza que o Judiciário interfira em assuntos cuja competência não lhe foi concedida.

4.3 A prejudicialidade do Ativismo judicial face à Separação dos Poderes e ao Estado Democrático de Direito.

Para muitos doutrinadores, o ativismo judicial pode ser considerado ameaçador precipuamente no que diz respeito ao Estado Democrático de Direito e à Separação dos Poderes.

Streck, 2012 afirma que a autonomia de um direito marcado pelo positivismo restaria enfraquecida pelo abuso de princípios nas decisões judiciais. Ainda, de acordo com o autor:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da 'afetividade', uma álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de 'panprincipiologismo', caminho perigoso para um retorno à 'completude' que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na 'ausência' de 'leis apropriadas' (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete 'deve' lançar mão dessa principiologia, sendo que, na falta de um 'princípio' aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. (STRECK, 2012, p. 221).

Da mesma forma, Daniel Sarmento tece críticas a essa banalização dos princípios pelo fato de fortalecerem o que chama de decisionismo judicial, enfraquecendo, por sua vez, a democracia:

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)

Para Camargo (2016, p.248) embora já se constate que em um cenário constitucional contemporâneo a relação entre os poderes se mostre extremamente complexa, conforme já abordado, a principal tese contrária ao ativismo judicial reside nessa contenda, pois ensejaria danos à democracia.

Nos dizeres de Teoldina Batista Cândido Vitório:

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 esse argumento, estabelece-se certo receio, por parte de alguns doutrinadores, por uma "ditadura do Judiciário". Segundo Hirschell, citado por Vitório, sustenta-se ainda:

Entretanto, temores existem, conforme já se disse, de que se erija um "governo de toga" ou uma "juristocracia" decorrente de uma falsa interpretação normativa: A expansão da província de tribunais na determinação dos resultados políticos à custa dos políticos, funcionários públicos, e / ou da população não só se tornou mais do que nunca difundida mundialmente, como também se expandiu para se tornar um fenômeno multifacetado, multiforme, que se estende bem além do atual conceito padrão de discricionariedade da polícia, através da jurisprudência de direitos constitucionais e redefinição judicial das fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que um governo democrático pode contemplar. O que foi vagamente chamado de "ativismo judicial" se desenvolveu para além das convenções existentes na literatura de teoria constitucional normativa. A nova ordem política – juristocracia – rapidamente se estabeleceu em todo o mundo – (HIRSCHEL, 2004, p. 222, apud VITÓRIO, 2011, p. 58).

Logo, diante das posições doutrinárias explanadas acima, verifica-se que existe, de fato, um verdadeiro risco diante da postura ativista do Poder Judiciário, que se não coibida, pode trazer diversas instabilidades, afrontando os ditames do Estado Democrático de Direito e à Separação de Poderes, nos quais a Constituição da República Federativa do Brasil se apoia.

Portanto, o excesso da postura ativista do Judiciário fere o Estado Democrático de Direito uma vez que Juízes e Tribunais não passaram pela aprovação popular para legislar. Ainda que haja lacunas legislativas e ao Judiciário é dado o poder de interpretação das normas jurídicas, isso não faz do juiz um legislador. Há limites na atividade de interpretação do juiz.

Por sua vez, o Princípio da Separação dos Poderes também fica estremecido, já que o Judiciário adentra tanto na seara legislativa, quando, por exemplo, intervém decidindo acerca de determinado assunto ainda não regulamentado pelo Legislativo, quanto na seara executiva, quando por exemplo, adentra na órbita da discricionariedade da Administração Pública, interferindo inclusive na alocação dos recursos públicos e no mérito dos atos administrativos.

Recentemente, pode-se citar também como interferência do Judiciário no Poder Executivo a decretação de *lockdown* por juízes em tempos de Pandemia, especificamente no enfrentamento da COVID-19. Nesse sentido, Alves, 2020 explica que a adoção de *lockdown* é medida privativa do Poder Executivo, não podendo ser decretada pelo Poder Judiciário:

Embora se reconheça a urgência sanitária desencadeada pela pandemia da COVID-19, deve-se ressaltar que as políticas sanitárias são de responsabilidades do Poder Executivo, tendo em vista que as ações em saúde dependem de um feixe de informações que envolvem diferentes áreas do conhecimento e da realidade sociocultural da região a ser afetada pelo efeito das decisões tomadas.

Diante disso, o Poder Executivo, como fonte de legitimidade popular, submetido à responsabilidade política e administrativa em razão de suas ações, representa o mais adequado locus de atuação em políticas sanitárias, tendo em vista que as consequências de suas opções estão submetidas a constante fiscalização da oposição, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, do Ministério Público, dos cidadãos e, em última instância, do próprio Poder Judiciário.

(...)

Sem medo de exagerar, percebe-se que o Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista, postura que tem provocado situações inusitadas e complexas e que ultrapassam as linhas próprias

das competências desenhadas na Constituição Federal para os entes federativos. De forma mais grave, a decretação de lockdown pela via judicial retira a responsabilidade do Poder Executivo na condução das políticas públicas de enfrentamento à pandemia, e permite que ações arbitrárias e desarrazoadas possam ser efetivadas sem que haja o crivo dos órgãos fiscalizadores, tendo em vista que o órgão que deveria ser a última instância tornou-se o agente determinante da ação política.(ALVES, 2020, pág. 3.)

Logo, muito embora haja divergência acerca da importância/prejuízo do ativismo judicial, é de se concluir a partir da presente pesquisa que o ativismo judicial é maléfico ao Estado Democrático de Direito, ao Princípio da Separação do Poderes e à sociedade como um todo, visto que há um desrespeito à vontade soberana do povo, o que, inevitavelmente, leva a um enfraquecimento da própria Constituição Federal, na qual se encontra explicitamente a competência de cada poder, a ser exercido nos limites previstos na Carta Política.

5 CONCLUSÃO

A atuação demasiadamente proativa do Poder Judiciário nos demais poderes é um fato. Não se pode invalidar em um todo o ativismo judicial, afinal, este nasceu no contexto do Neoconstitucionalismo, que objetivava efetivar os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, diante da inércia do Poder Legislativo.

No entanto, o que não se pode permitir é que o Judiciário se utilize do pretexto de efetivar os direitos fundamentais para usurpar as funções dos demais poderes e implantar unilateralmente suas convicções, o que viola não só a independência e harmonia entre os poderes, como também o Estado Democrático de Direito.

É preciso respeitar as competências constitucionais. A partir do momento que se tem um Poder Judiciário legislando e administrando o Estado, é de fácil percepção que o Judiciário ultrapassou e muito as barreiras de sua competência.

A prejudicialidade do ativismo judicial está justamente na ruptura desta independência, visto que o Princípio da Separação dos Poderes é expressamente previsto na Constituição, e uma vez não respeitada nossa Lei Maior, não se respeita a vontade popular, que é soberana, e, democraticamente, elegeu o Poder Executivo e Legislativo para organizar o Estado e legislar, respectivamente.

Uma solução ao ativismo judicial seria a diminuição de lacunas legislativas, pois só assim, a lei não deixaria “brechas” para a criação “ilimitada” do juiz, já que ficaria restrito a julgar conforme a lei. É certo que é impossível o legislador prever todas as situações jurídicas. Mas o que se percebe é que cada vez mais o Legislativo tem deixado lacunas nas leis, de forma que o judiciário tem se aproveitado dessas omissões para aplicar a lei de modo que lhe convém.

6 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.

ALVES, Sandra Mara Campos; RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia. Decretação de lockdown pela via judicial: medida (des)necessária?. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.36, n.6, e00116020, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2020000600502&tlng=pt>. Acesso em 16/09/2020 às 22:51.

BARBOSA, Oriana Piske; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, 2018. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske> >. Acesso em 16/09/2020 às 20:38

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> >. Acesso em 25 de Maio de 2020 às 13:32.

BERTA, Emanuela Maria Franceschina. **As políticas públicas e o Poder Judiciário no Brasil: controle judicial e os limites de atuação**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2017. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/182461> >. Acesso em 09/09/2020 às 14:30.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001. p. 135

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?: Debate sobre uma alternativa**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983. p. 79.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Ministério da Educação, 1989, p. 7.

CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**. Umuarama. v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4º ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. **Consultor Jurídico (CONJUR)**. 28 mai. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em 07/09/2020 às 17:52

DIAS, Bruno dos Santos. **Ativismo judicial: o Poder Judiciário como protagonista do necessário controle para a discricionariedade desregrada e omissão injustificada do Poder Executivo**. 2013. 23p. Programa de Pós Graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2013.

DUARTE, Hugo Garcez; LEITE, Alessandro da Silva. Uma visão história da teoria da separação dos poderes no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/uma-visao-historica-da-teoria-da-separacao-dos-poderes-no-brasil/>>. Acesso em: 16/09/2020 às 20:50.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. p. 28. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos** (Escola Paulista da Magistratura), nº 40, p. 67-81, abr-jun, 2015.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a ideia de Democracia. **Percurso**, [S.l.], v. 1, n. 18, p. 104-124, fev. 2017. ISSN 2316-7521. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728/1122>>. Acesso em: 27 de maio 2020 às 21:02.

Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União. Insper, 2019. Disponível em: < <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/> >. Acesso em 09/09/2020 às 16:47

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 140.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou ativez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Brasília**, 2008. 158 f. - Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15º edição, São Paulo, ed. Saraiva, 2011. p. 435; 1150.

MAYER, M.; RUTTE, I. Sistema de freios e contrapesos: considerações introdutórias. VI JICEX – **Revista da Jornada de Iniciação Científica e Extensão Universitária do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz**, Curitiba, v.6, n.6, pág. 2, 2017. Disponível em: < <https://santacruz.br/revistas/index.php/JICEX/article/view/1635> >. Acesso em: 01 de maio de 2020 às 16:42.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro: tradução Cristina Muracho, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. **Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/10638> >. Acesso em: 09/09/2020 às 11:20

NEGRELLY, Leonardo Araújo. O Ativismo Judicial e seus limites frente ao Estado Democrático. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, Ceará, 2010, pág.1415 -1428. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf> >. Acesso em: 05 de Maio de 2020 às 18:25.

PACHECO, Renan do Rêgo Silva. **Implicações do ativismo judicial no Brasil: Análise prática da criação do direito pelo poder judiciário**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

RAMOS, E.S. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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.

STRECK, L. L. O Panprincipiologismo e a "Refundação Positivista" In: COUTINHO, J. N. de M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

STRECK, Lênio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07/01/2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em 09 de setembro de 2020 às 00:00.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>>. Acesso em: 31 de Maio de 2020 às 17:15.

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. 2011. pg. 224. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2011.

VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. **"Ativismo Judicial: limites frente ao Estado Democrático de direito com base no princípio da Separação dos Poderes"**. 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, dez. 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10737/1542>.

A AUSÊNCIA DE PUNIBILIDADE AOS GESTORES MUNICIPAIS QUE DESVIARAM E/OU NÃO REPASSARAM AS VERBAS DESTINADAS AO REGIME PRÓPRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES MUNICIPAIS

ALESSANDRA CRISTINA SANTANA PICANÇO LIMA: Bacharelada em Direito pela Universidade Ulbra

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, da Universidade Ulbra como requisito parcial à obtenção do título em Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me José Luiz.

RESUMO- Este artigo trás uma abordagem sucinta acerca dos principais marcos históricos evolução das irregularidades que ocorre nas transações previdências nos municípios do Brasil, no entanto é necessário abordar a Lei 9.717 de 27 de novembro de 1998, que Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Discorrendo sobre este trabalho notoriamente verifica-se que além do descumprimento da Lei, alguns gestores municipais não sofrem ou não cumpriram a pena no que tange o desvio dos valores que deveriam ser repassados aos regimes próprios de previdência para aos quais foram criados. A discricionariedade dada aos gestores referente a criação do instituto de previdência de regime próprio, a ineficácia da fiscalização de seus repasses, e ausência da prestação de conta com os servidores, adiam de forma sistemática a explosão da bomba relógio, que mais cedo ou mais tarde irá explodir.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência, discricionariedade. Município.

RESUME- This article brings a succinct approach about the main historical landmarks evolution of irregularities that occur in social security transactions in the municipalities of Brazil, however it is necessary to address Law 9.717 of November 27, 1998, which provides for general rules for the organization and functioning the own social security systems of the civil servants of the Union, the States, the Federal District and the Municipalities, the military of the States and the Federal District and takes other measures. Talking about this work notoriously, it appears that in addition to noncompliance with the Law, municipal managers do not suffer punishment regarding the deviation of values that should be passed on to the proper pension systems for which they were created. The discretion given to managers regarding the creation of their own social security institute, the ineffectiveness of supervising their

transfers, and the lack of accountability with employees, systematically postpone the time bomb explosion, which sooner or later it will explode.

KEY WORDS: Welfare. discretion. County.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no tema em questão este artigo fará uma abordagem acerca dos principais marcos históricos da previdência social brasileira, referente a trajetória, transformações e o processo de adequação e evolução que resultaram na previdência social que conhecemos atualmente. A Lei Eloy Chaves, de 1923, é considerada o marco inicial da história da previdência brasileira. Basicamente, essa norma estabeleceu a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensão (CAP) para ferroviários de cada uma das empresas do ramo na época. Ao longo da história da previdência social brasileira ocorreram várias modificações onde nota-se o aparecimento de variadas formas de arrecadar recurso para garantir uma assistência na doença e na velhice com diversas nomenclaturas, citando algumas como (CAP) Caixa de Aposentadoria e Pensão, (IAPs) Institutos de Aposentadorias e Pensões, (LOPS) Lei Orgânica da Previdência Social, (INSS) Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os regimes próprio de aposentadoria, todos visando garantir ao trabalhador uma renda mensal após anos de contribuição e/ou benefício caso ocorra acometimento de doenças e acidentes.

No cenário histórico a seguridade social busca memorizar os impactos causados pela exploração de mão de obra e garantir assistência aos trabalhadores e seus dependentes, um meio de sobrevivência após atingir o limite laboral através de contribuições mensais durante seu período trabalhado. Além de garantir uma renda após o tempo exigidos de contribuição através dos valores descontados de cada trabalhador e pagos a partir de cálculos baseado nas médias de contribuições mensais. A verba arrecadada é aplicada em outras ações conforme preconiza a Lei. Diante o exposto até o momento percebe-se que a seguridade social deveria ser um mecanismo visando garantir aos trabalhadores aposentados, seus dependentes, pensionista ou beneficiários acometidos de patologia dentre outros, o que seria o fruto da colheita de seu trabalho. Diante do breve relato e sem adentrar em detalhes históricos, destaca-se a permissão da criação de regime próprio de previdência nos municípios para os servidores público que carrega um imenso canteiro de irregularidades acerca da discricionariedade em especial dos gestores municipais em relação a formação da equipe responsável para gerir este recurso.

O Regime Próprio de Previdência Social pode ser convencionado em cada ente federativo todos os servidores titulares de cargo efetivo devem ser garantido por Lei

no que tange os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no artigo 40 da Constituição Federal. São intitulados de Regimes Próprios porque cada ente público da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) pode ter o seu, cuja finalidade é organizar a previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, tanto daqueles em atividade, como daqueles já aposentados e também dos pensionistas, cujos benefícios estejam sendo pagos pelo ente estatal. Desta forma, de um lado, temos o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, cuja gestão é efetuada pelo INSS, que vincula obrigatoriamente todos os trabalhadores do setor privado e também os servidores públicos não vinculados a regimes próprios de previdência social e, por outro lado, temos vários regimes próprios de previdência social cujas gestões são efetuadas, distintamente, pelos próprios entes públicos instituidores. As normas básicas dos regimes próprios estão previstas no artigo 40 da Constituição Federal, na Lei 9.717/98 e nas Portarias do Ministério da Previdência Social n^os 402/2008 (diretrizes gerais) e 403 (normas de atuária).

Embora seja opcional a criação de regime próprio de previdência social no que tange em especial os Municípios, grande parte deles optam pela criação, julgando ser melhor para manutenção das verbas arrecadada através das contribuições descontadas na folha de pagamento dos servidores público. Todavia o artigo visa apresentar aos leitores que a opção em criar um regime próprio fomenta a inadimplência no repasse das contribuições sociais ao regime privado de previdência social, pois a escolha do gestor do instituto é do gestor municipal, gerando parcialidade, obscuridade e controle autoritário de todas ações pertinente ao cargo, deixando de fornecer relatórios mensais de toda a parte financeira da instituição, o que ocasiona em desvio de recurso e finalidade de todo o valor ali recebidos ou simplesmente a ausência do recebimento. Uma vez desrespeitada a norma estatal cogente, incorre o indivíduo na prática de ato ilícito. Nem toda conduta ilícita é, todavia, caracterizada como crime, verbi gratia, a inadimplência de tributo pelo contribuinte, por não ter recursos financeiros para cumprir a obrigação. Tem-se então que é a norma penal que atribui ao Estado o poder de punir o indivíduo que a descumpra: poder abstrato, que se torna concreto no momento em que ocorre a violação. A possibilidade jurídica de apenar o infrator da lei denomina-se punibilidade. (DELMANTO, 1986. apud LAZZARI, 2019) porém é comum encontrar litígios referente ao descumprimento do repasse aos institutos de previdência privada dos servidores público. Muitas vezes estas nomeações são meros cabides de empregos, o que observa-se na falta de conhecimento técnico do gestor indicado pelo prefeito, visando somente dificultar o acesso aos repasses das contribuições sociais dos servidores públicos e com isso não ser responsabilizado pelo desvio de verba ou pela ausência de repasse.

O regime geral da previdência Social é administrada pelo Ministério da Previdência Social (atualmente pelo Ministério da Economia) e as suas prestações são concedidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Os regimes próprios da Previdência Social abrangem os Militares dos Estados e do Distrito Federal (art. 42, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal) os militares das forças armadas (art. 142 §3º, inciso X, da Constituição Federal de 1988), bem como os servidores públicos estatutários (servidores titulares de cargo efetivos) cujos entes políticos os tenham instituído (art. 40 da Constituição Federal de 1988). página 365 (Curso de Direito da Seguridade Social). Como deslumbrado os regimes próprios devem obedecer regras do regime geral, podendo adequar-se à peculiaridade de cada ente, dentro das normas legais, no entanto verifica-se a falta de conhecimento técnico da equipe gestora geralmente nos municípios menores, resultando em crimes previdenciários, muitas vezes desconhecido pelo gestor do instituto da previdência privada do município. o artigo traz a importância de medidas mais severas para os gestores municipais que descumprirem a lei, e a obrigatoriedade de eleger um servidor eleito democraticamente por todos os servidores municipais para gerir os recursos advindo dos repasses através da contribuição da seguridade social

A realidade vivida pelos servidores públicos acerca da inadimplência dos repasses das contribuições da previdência ao regime próprio da seguridade social, deve ser analisado minuciosamente devendo ser de conhecimento público, pois este recurso é arrecadado de forma indireta através das contribuições tributárias de toda a sociedade, que pagam os serviços público por ela usufruído. O pretexto dos Municípios ao criar o regime próprio de previdência social ao servidor público segundo eles é de gerenciar de forma otimizada os recursos descontados em folha dos servidores públicos e repassados aos regimes próprios de previdência social, que é gerenciado por uma pessoa de confiança do prefeito. Desta maneira fica evidente que na maioria das vezes a intenção não é lícita, como comprova vários litígios referente às irregularidades ou até mesmo a ausência dos repasses das contribuições.

Diante do descaso das latentes irregularidades dos repasses das contribuições, este artigo buscou como fonte de pesquisas jurisprudência, artigos de crimes previdenciários e noticiário público para obter informação sobre o regime próprio de seguridade social dos servidores públicos municípios.

2. HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA NO MUNDO E NO BRASIL

Com a Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, fomentou-se um desenvolvimento da produção, devido à efetivação de máquinas, que atuavam em escala significativamente superior ao trabalho humano, substituindo-se, desta forma, a manufatura pela chamada maquinofatura. Surgindo assim a substituição da

produção artesanal pela indústria, o qual a máquina passou a ser o instrumento principal da produção e o homem o mero operador. Isto foi cada vez mais acentuado em virtude do papel conclusivo da indústria na necessidade de se atender às exigências de um desenvolvimento acelerado industrial.

Porém ainda era indispensável que homens operassem estas máquinas. Destarte, em virtude das inúmeras ocorrências de acidentes de trabalho, ocasionada pelo manuseio operacional da máquina, da excessiva jornada de trabalho bem como do desenvolvimento da sociedade, percebeu-se não poder um ser humano pôr sua vida e incolumidade em risco, sem que se pudesse resguardar-se de quaisquer infortúnios eminentes. Nesse contexto, a classe operária deu fruto ao Direito Previdenciário.

Diante a transformação da Revolução Industrial, com a inovação de tecnologias na indústria e da falta de mão de obra qualificada para operacionalizar os maquinários que sugiram, várias ocorrências acidentária, minaram afastamentos de operários em ocorrência aos acidentes por falta de proteção individual e de qualificação profissional no manuseio das máquinas.

A previdência social não pretendia uma função indenizatória, mas de consolo da necessidade social, fornecendo ao trabalhador não a remuneração o qual tinha antes do fortuito, mas somente correspondente a um mínimo essencial para sua sobrevivência.

Em um primeiro momento, a proteção contra infortúnios tinha caráter familiar, ou seja, os novos ajudando os mais idosos, no entanto diante da Revolução Industrial, nasceu a necessidade de reformular essa proteção social que na atualidade denomina-se Previdência Social.

A assistência social privada na época significava a ajuda prestada aos necessitados por pessoas e grupos particulares. A doutrina social da igreja católica, por meio de encíclicas, defende a justiça social, condições adequadas para os trabalhadores e suas famílias de modo que a busca pelo lucro não afronte valores superiores com o bem estar, a igualdades e o atendimento das necessidades sociais. A igreja teve papel primordial no surgimento de políticas públicas sociais e proteção ao trabalhador como também as classes sindicais.

3. ASSISTÊNCIA PÚBLICA

Antes do atual cenário da Previdência Social assistência pública prenuncia um rol de atividades do Estado de auxílio às pessoas em situação de exclusão social. Nessa época, entretanto, a atividade estatal de assistência ainda não era prestada de

forma abrangente, tendo muitas vezes um enfoque preponderante de favor social, sem regulamentação precisa e detalhada. O qual visava o mínimo de assistência ao trabalhador impossibilitado de exercer suas atividades laborais devido a falta de medidas protetivas, como também na atuação exaustiva de sua atividade laboral.

Observa-se, com isso, a solidariedade interna, ou seja, no âmbito de cada grupo social. A formação de grupos na defesa de melhores condições sociais e de trabalho também ganhou destaque na época da Revolução Industrial, no século XVIII e XIX, em que a chamada questão social impôs terríveis condições de vida à classe trabalhadora. O Estado Liberal, na época, influenciado pelo individualismo, não intervinha nas relações privadas e econômicas, nem interferir na autonomia da vontade, acarretando manifesta desigualdade e injustiça social. A sistemática da época, portanto, ainda não apresentava concepção de efetivo direito social e dever estatal, não contanto com a ampla estrutura e organizações atuais.

4. SEGURO SOCIAL

O chamado constitucionalismo social, do início do século XX, por seu turno, significa a previsão de direitos sociais e previdenciários, assegurados na esfera constitucional, com destaque às Constituições do México, de 1917, destacando a responsabilização por prejuízo decorrentes de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, e de Weimar, de 1919, determinando um conjunto de ações e documentos de seguro social. Observa-se a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Transformações ocorridas no Mundo industrializado foram cruciais para o surgimento de chamado constitucionalismo social. Através da Igrejas e em seguida das classes sindicais.

5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

No plano nacional, cabe fazer referências aos principais acontecimentos e normas jurídicas voltadas à proteção social, com destaque às Constituições brasileiras. A Lei Eloy Chaves, de 1923, decorrente do Decreto 4.682, é considerada o marco de previdência social no Brasil, ao criar as Caixas de Aposentadorias e Pensões aos ferroviários, em cada empresa de estrada de ferro no Brasil. A Constituição de 1934, de perfil democrático, além de fazer menção à assistência social, à saúde e assistências públicas, bem como a licenças, aposentadorias e reformas, foi a primeira a utilizar o termo «previdência», adotando tríplice fonte de custeio, ou seja, por meio de contribuições da União, do empregador e do empregado. A Constituição de 1946 retomou as feições democráticas, dispondo sobre defesa e proteção da saúde, assistência, previdência social e obrigatoriedade do seguro pelo empregador contra os acidentes de trabalho.

A Lei 3.807, de 1960, conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social, confere unidade ao sistema previdenciário, uniformizando os benefícios e as contribuições. Os Institutos de Aposentadorias e Pensões foram Reunidos no Instituto Nacional de Previdência Social, criado pelo Decreto-Lei 72, 1966. A Constituição de 1967, que institucionalizou o regime militar, mantinha as previsões sobre defesa e proteção da saúde, assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, previdência social, seguro obrigatório pelo empregador contra acidente do trabalho e assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Com a Lei 5.316, de 1967, a proteção contra acidentes do trabalho passou a integrar a esfera da previdência social.

Também eram previstos serviços de saúde e de serviço social. A Lei 5.859, de 1972 inclui os empregados domésticos na esfera da Previdência Social, tendo sido revogada pela Lei Complementar 150, de 2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico. A Consolidação das Leis de Previdência Social foi aprovada pelo Decreto 77.077, de 1976.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a disciplinar a Seguridade Social no âmbito mais amplo da Ordem Social. A Seguridade Social, nesse enfoque, é o sistema de proteção que abrange a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais artigo 193 da Constituição Federal de 1988. Cabe esclarecer que não integram a Seguridade Social propriamente, mas fazem parte da Ordem Social, a educação, a cultura, o desporto, a ciência, a tecnologia, a inovação, a comunicação social, o meio ambiente, a família, a criança, o adolescente, o jovem, o idoso e os índios.

Os direitos à previdência social, à assistência social e à saúde passam a integrar os direitos sociais, os quais fazem parte do catálogo de direitos fundamentais. A Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, no artigo 17, autorizou o Poder Executivo a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social, como autarquia federal, mediante a fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social com o Instituto Nacional de Previdência Social, com as atribuições de cobranças de contribuições e pagamento de benefícios previdenciários. Ainda na esfera infraconstitucional, a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, regula as ações e serviços de Saúde. O Decreto 7.508/2011 regulamenta a Lei 8.080/1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

A Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o seu plano de custeio. A Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, por sua

vez, dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social. A Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispõe sobre a organização da Assistência Social. O Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, aprova o regulamento da Previdência Social.

Cabe fazer referência, ainda, à Lei Complementar de 108, de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedade de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, bem como a Lei Complementar 109, também de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar. No plano constitucional, merecem destaque, ainda, as Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003 e 47/2005, instituindo diversas reformas no sistema previdenciário.

A Emenda Constitucional 103/2019, publicada no Diário Oficial da União de 13.11.2019, altera o sistema de Previdência Social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Com a Lei 11.457, de março de 2007, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão da administração direta, subordinado ao Ministro de Estado da Economia, passa a ter a atribuição de planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, de titularidade da União, destinadas, em caráter exclusivo, ao pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O Instituto Nacional de Seguro Social, por sua vez, como autarquia federal, com sede em Brasília, anteriormente vinculada ao Ministério da Previdência Social, fica incumbido, essencialmente, do pagamento de benefícios e da prestação de serviços do Regime Geral de Previdência Social. Cabia ao Ministério da Previdência Social, mais exatamente, a administração do Regime Geral da Previdência Social. O Conselho Nacional do Trabalho, o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o Conselho deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador são órgãos colegiados de composição tripartite, com paridade entre representantes dos trabalhadores e dos empregados, na forma estabelecida em ato de Poder Executivo federal. O Instituto Nacional de Seguro Social, como entidade da administração pública federal indireta, tem vinculação ao Ministério da Economia.

O Conselho Nacional de Economia Solidária é órgão colegiado de composição tripartite, observada a paridade entre representantes dos trabalhadores e dos empregadores, na forma estabelecida em ato do Poder Executivo federal. Como pode notar, além de ausência, de forma específica, dos Ministérios da Previdência Social e da Assistência Social, a matéria previdenciária passou a ser de atribuição do Ministério da Economia. Isso revela o tratamento dessa relevante temática, que integra os direitos sociais, com enfoque predominantemente voltado ao seu custeio. Não há mais previsão do Ministério do Trabalho no rol dos Ministérios.

De acordo com o sistema jurídico constitucional, a Seguridade Social é sistema de proteção que abrange a Saúde, a Previdência e a Assistência Social.

6.CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS PREVIDENCIÁRIOS

Assistência Privada a inexistência do auxílio estatal, era frequente a utilização das corporações de ofício ou de instituições privadas ligadas à Igreja para prestar assistência de pessoas necessitadas como a assistências das Santa Casa de Misericórdia, fato que mistura-se com a evolução histórica da previdência e as adaptações fomentadas ao longo do tempo visando garantir assistência ao trabalhador em sua capacidade parcial ou total em virtude da ausência e deficiência de auxílio estatal devido o seu afastamento das atividades laborais.

Assistência Pública destaca-se a lei inglesa de 1601, conhecida como "Lei dos Pobres". Era conferida às paróquias o encargo de selecionar das ruas os indigentes, os mendigos, etc., direcionando-os às casas de trabalho. Este serviço era mantido através de contribuições tributárias, portanto, havia parcial atuação do Estado. O surgimento da lei ocorreu devido à ordem pública, este período é o início de intervenção estatal na questão social, ainda que cerceada.

No Brasil a Constituição Federal de 1824, a qual previa os amparo públicos, que têm relação com a assistência social já ensaiava a adaptação necessária a Previdência Social, mas ainda não se criava direito subjetivo e nem existiam políticas públicas definitivas.

Seguro Social Surge no Período da Revolução Industrial, em 1883, ocorrida na Alemanha, em 1883, Com o brotamento do proletariado, surgem teorias socialistas pleiteando por Direitos Sociais visando proteger os trabalhadores que laboravam em condições sub-humanas. Desta maneira as empresas tinham a obrigação de contratar um seguro aos seus trabalhadores contra determinados riscos sociais. Servindo como base para nosso modelo previdenciário atual nos seguinte termos: Contributividade, somente tendo direito à previdência social/seguro social quem paga por ela;Filiação prévia;Equilíbrio financeiro/atuarial;Modelo de proteção social limitado, do ponto de vista subjetivo e objetivo, alcançando somente o trabalhador.

Seguridade Social Carta do Atlântico (19410), Surge uma preocupação com aqueles que não seriam protegidos pelo modelo de seguro social (idosos, portadores de deficiência, etc.);

Pretensão de universalidade (prevista no Artigo 194 da CF/88). Este modelo engloba o seguro social e os serviços assistenciais; isso passa a fazer parte do sistema

brasileiro a partir da CF/1988. Portanto, a seguridade social é a síntese de todos esses sistemas anteriores.

O Regime próprio de Previdência Social os militares dos Estados e do Distrito Federal (artigo 42, §§1º e 2º, da Constituição da República), os militares das Forças Armadas (artigo 142, §3º, inciso X, da Constituição Federal de 1988), bem como os servidores públicos estatutários (servidores titulares de cargo efetivo), cujos entes políticos os tenham instituídos (artigo 40 da Constituição Federal de 1988). No artigo 24, inciso XII, da Constituição da República prevê que compete à União, aos Estados, aos Estados e aos Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social. Compete aos Município, por sua vez, legislar sobre assuntos de interesse local, como é o caso de Regimes Próprios de Previdência Social de âmbito municipal, bem como suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, inciso I e II, da Constituição da República).

7. CRIMES PREVIDENCIÁRIO

A crise do sistema de Previdência no Brasil está presente no nosso dia a dia podendo ser constatada através de fatos amplamente conhecidos e por ações movidas no judiciário, e por consequência configurando crimes previdenciário.

O atraso e ausência dos repasses dos pagamentos das contribuições do Regime Geral e dos Regimes próprios de várias categorias profissionais destacando-se dos servidores públicos.

O direito penal apresenta relação com o Direito da Seguridade Social ao dispor sobre os chamados crimes previdenciários, como a apropriação indébita previdenciária, o estelionato contra a Previdência Social, a falsificação de documentos previdenciários e a sonegação fiscal previdenciária, previsto nos artigos 168-A.171, §3º, e 337-A do Código Penal.

Embora a pena exista para quem comete crimes contra a previdência, a aplicabilidade da punição é falha, diante de inúmeros recursos existentes visando frear a eficácia da pena somando-se com a sensação de impunidade.

Vale ressaltar que em virtude da ausência e morosidade das punições acerca dos crimes contra a previdência própria dos servidores públicos, fomenta-se uma crise financeira com o déficit dessas contribuições criando um cenário de incertezas para as próximas gerações que irão se aposentar. Transferindo essa responsabilidade para a União na Previdência Geral.

Nota-se que há previsão legal para os entes federativos em especial os Municípios possam criar e gerir a Previdência própria, no entanto, a diretoria

escolhida pelo gestor atuante, em sua grande maioria, não possui conhecimento técnico de gerenciamento financeiro, deixando sob a responsabilidade do gestor municipal os recursos recolhidos dos servidores públicos municipais no que tange a contribuição previdenciária.

A criação do regime próprio de previdência dos servidores municipais no Brasil necessita ser reformulado, a fim de garantir a efetividade de sua finalidade social, pois grande parte das equipes de gestão dos regimes de previdência social do município são indicações do gestor do município através de acordos políticos, visando dificultar o acesso das informações acerca do repasse dessas contribuições.

7.1 DOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

A previdência social é garantida pela Constituição Federal que integra a seguridade, e sua contribuição é obrigatória a todos aqueles que exercem atividade remunerada, e custeia a necessidade de outros beneficiários, assim como lhe será feito quando de sua necessidade do contribuinte. Ante a isso, para evitar as fraudes no sistema previdenciário, são instituídos crimes para aqueles que tentam burlar tal sistema ou mesmo tirar vantagens do mesmo. Dentre os titulados crimes contra a previdência social temos o de apropriação indébita previdenciária, o estelionato previdenciário, a sonegação de contribuição previdenciária, a inserção de dados falsos no sistema, a falsificação de documentos, e ainda há o instituto de extinção de punibilidade.

Com a Lei nº 9.983/2000 que os crimes previdenciários passaram a fazer parte do código penal.

DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

O crime de apropriação indébita previdenciária está previsto no artigo 168-A, do Código Penal, substituindo o art. 95, d, da Lei 8.212/91, que tratava dos crimes contra a Previdência Social, o qual dispõe:

“Art. 168- A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2o É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 3o É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.(Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 4o A faculdade prevista no § 3o deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018)”

São crimes omissivos próprio, já que consiste na conduta de NÃO repassar aos cofres previdenciários as contribuições descontadas da folha de pagamento do funcionário. O legislador não pode “cruzar os braços” para este crime que cria déficit nos cofres da seguridade social, esta atitude pode levar a uma ruptura do regime geral da Previdência.

INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

Devido ao avanço tecnológico tão quanto a dependência da sociedade pelos mecanismos informatizados, os delitos relacionados a informática tem recebido mais atenção pelos legisladores. Juridicamente o crime é previsto pelo artigo 313-A do Código Penal brasileiro, e tem por sua redação:

“Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

É o ato de suprimir ou reduzir contribuição social de previdência ao omitir folha de pagamento da empresa ou de documento de informação previsto na legislação previdenciária, segurados empregado, empresário, trabalhador avulso, etc., ou deixar de lançar a título próprio da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados, ou ainda omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Para ocorrer o crime de sonegação entende-se necessário duas omissões sucessivas, primeiro quando não há declaração do fato gerador, havendo descumprimento da obrigação acessória; a segunda é quando não ocorre o recolhimento em decorrência da primeira omissão.

DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

Entende-se por extinção da punibilidade “a perda do direito do Estado de punir o agente autor de fato típico e ilícito, ou seja, é a perda do direito de impor sanção penal” .

Quando nos referimos a crimes previdenciários, a cessão do direito do Estado de aplicar a pena ao condenado, em virtude de ação ou fato posterior à infração penal, resulta na não instauração do processo penal, ou se caso já iniciado, este é encerrado imediatamente.

A extinção da punibilidade nos crimes previdenciários ocorre apenas quanto aos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária. Tal extinção pode-se dar mediante pagamento do débito ou pelo simples fato do agente declarar e confessar o débito antes do início da ação fiscal.

Os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária possuem regras específicas no Código Penal quanto a extinção da punibilidade.

O Código Penal disciplina que no crime de apropriação indébita previdenciária a extinção da punibilidade ocorre se o agente espontaneamente declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e prestar as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, segundo o art. 168-A, § 2^a. Já no crime de sonegação de contribuição previdenciária, a extinção da punibilidade ocorre se o agente declarar e confessar as contribuições, importâncias ou valores e prestar as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, segundo o art. 337-A, § 1^o.

A Lei nº 10.684/03 inseriu mais uma forma de extinção da punibilidade nestes dois crimes prevendo em seu art. Art. 9^o, § 2^o que, se incluída em regime de parcelamento a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, será caso de extinção da punibilidade.

Ao contrário do que dispõe o art. 168-A, § 2^o, do CP, a Lei nº 10.684/03 possibilita a extinção da punibilidade mesmo após o recebimento da denúncia, o que a torna mais favorável do que a regra constante no art. 168-A, § 2^o, do CP.

Diante do exposto, fica claro que o crime de apropriação indébita previdenciária apenas tem como causa extintiva da punibilidade o pagamento do débito. Enquanto que no crime de sonegação de contribuição previdenciária, a extinção da punibilidade poderá ocorrer caso "o agente espontaneamente declare e confesse o débito antes do início da ação fiscal"[6], ou seja, independentemente do pagamento do débito tributário; ou mediante o pagamento do débito como explicitado no art. 9^o, § 1^o, da Lei nº 10.684/03.

8. CONCLUSÃO

A legislação criminal recente vem avançando ao distinguir o sonegador do mero inadimplente e municiar com relevante instrumental aqueles que combatem os ilícitos previdenciários, desestimulando – em larga medida – os sonegadores e os partícipes envolvidos na manutenção de contabilidade fictícia para fins de prática de atividade criminosa. Constata-se, ainda, que outro considerável avanço legal se deu com as alterações trazidas pela Lei 9.983/2000, diploma legal que vislumbrou medidas punitivas para os agentes que se utilizam dos meios informáticos para a prática de delitos contra a Previdência Social.

Mesmo com a deficiência de dados de consulta sobre a punibilidade perante a ausência de repasses em cada municípios, se faz notório, após a análise das figuras típicas penais, que para se estancar a sangria dos cofres da Seguridade Social e o déficit previdenciário precisa-se muito mais do que leis. Faz-se urgente, na esfera administrativa, a reestruturação de uma fiscalização mais atuante e, no âmbito judicial, a adoção de posturas que permitam a célere tramitação das causas penais previdenciárias, de modo a impedir a impunidade e a restabelecer o equilíbrio financeiro da Previdência Social.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 21ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Forense, 2018.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa, **Curso de Direito da Seguridade Social: Previdência Social, Saúde, Assistência Social**. 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

AFONSO, L. E. **Um estudo dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil**. São Paulo: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP, 2003.

AFONSO, L. E.; FERNANDES, R. **Uma estimativa dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil**. *Revista Brasileira de Economia*, v. 59, n. 3, p. 40, 2005.

AMARAL, F. A. V.; GIAMBIAGI, F.; CAETANO, M. A. R. **O fundo previdenciário dos servidores da União: Resultados atuariais**. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 43, n. 1, p. 119-160, 2013.

CERA, Denise. **O que é a extinção da punibilidade?** [S. l.], 21 jan. 2019. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/639148/o-que-e-a-extincao-da-punibilidade-denise-cristina-mantovani-cera>> Acesso em: 13 out. 2020, 17:20:53.

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A SUPERLOTAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO DE MANAUS

SILVIO RAMOS DOS SANTOS JÚNIOR

RUBENS ALVES^[1].

(orientador)

RESUMO: Este artigo possui a finalidade de identificar a situação atual do sistema prisional brasileiro e algumas particularidades em relação à cidade de Manaus, apresentando as principais problemáticas, sobretudo diante do primado da dignidade da pessoa humana, bem como a desestruturação em razão do descaso em relação às funções primordiais da pena. Assim, serão exploradas a superlotação do sistema carcerário, bem como as mazelas deste, que impedem a ressocialização e inclusive os objetivos primordiais impostos pela Lei de Execução Penal.

Palavras-chave: Sistema Prisional Brasileiro. Lei de Execução Penal. Sistema Carcerário.

ABSTRACT: This article aims to identify the current situation of the Brazilian prison system and also some particularities in relation to the city of Manaus, presenting the main problems, especially in view of the primacy of human dignity, as well as the disruption due to the neglect in relation to the primary functions of the penalty. Thus, the overcrowding of the prison system will be explored, as well as its ailments, which prevent re-socialization and even the primary objectives imposed by the Penal Execution Law.

Keywords: Brazilian Prison System. Penal Execution Law. Prison system.

SUMÁRIO: 1. As Mazelas do Sistema Prisional Brasileiro; 1.1 O sistema penitenciário brasileiro; 1.2 A superlotação do sistema prisional; 1.3 Falta de dignidade e de cidadania aos detentos; 1.4 Falta de acesso à educação e trabalho profissionalizante; 1.5 Ausência de classificação e abusos entre os presos; 2. A Lei de Execução Penal; 2.1 Objetivos e finalidades da Lei de Execução Penal de modo geral; 2.2. Legislação aplicável ao trabalho do presidiário; 2.3 A remição pelo trabalho; 2.4 Ressocialização; 2.5 A individualização da pena; 3. Sistema Carcerário de Manaus; 3.1 Atual conjuntura do sistema carcerário de Manaus; 3.2 A atuação do Poder Judiciário na cidade de Manaus.

INTRODUÇÃO

A situação carcerária é uma questão bastante complexa na sociedade brasileira, sobretudo diante da precariedade do sistema prisional vigente, no qual ocorrem diversas violações de direitos humanos.

A Lei de Execução Penal busca garantir a devida assistência e diversas garantias legais, que não são oferecidas na prática, resultando em superlotação, ausência de assistência médica, falta de acesso à educação e ao trabalho profissionalizante e diversas outras questões, ensejando um verdadeiro declínio do sistema, que não atinge apenas as pessoas apenadas, mas também outros indivíduos conectados ao sistema carcerário.

Com efeito, a patente violação dos direitos humanos no sistema prisional vai de encontro aos diversos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, tais quais (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); (ii) a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); (iii) as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (1955); (iv) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); (v) o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); (vi) a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969); e (vii) a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). Ademais, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, acaba sendo violada, especialmente por conter como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo este ser respeitado mesmo que os indivíduos apenados tenham sido restringidos em sua liberdade, gozando de outros direitos essenciais à vida humana.

Essa maculação é o que torna o sistema prisional brasileiro precário, demonstrando a incapacidade de se atingir os principais objetivos das sanções penais, sobretudo a ressocialização e a reinserção das pessoas apenadas na sociedade, ficando estas seriamente comprometidas.

Diante deste panorama, o presente artigo abordará as mazelas do sistema prisional brasileiro e as previsões contidas na Lei de Execução Penal, elaborada para se atingir às finalidades sociais, de modo que, por fim, analisar-se-á a atual conjuntura do sistema carcerário da cidade de Manaus, bem como a atuação do Poder Judiciário neste tocante.

1. AS MAZELAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O *jus puniendi* – direito de punir – é exercido privativamente pelo Estado, de modo que, no caso de violação de legislação, através da lesão ou exposição a

perigo de bens jurídicos tutelados pelas normas penais em atos tipificados como crimes, nasce a pretensão punitiva estatal e sua consequência: a aplicação da lei penal, que se dá após a instauração do devido processo legal, atendendo-se ao contraditório e à ampla defesa.

O sistema prisional vigente no Brasil objetiva tanto a punição pela prática criminosa, quanto a ressocialização, tendo em vista o caráter retributivo e preventivo da sanção penal.

Isto porque o sistema penitenciário brasileiro adotou a teoria mista no que se refere à finalidade da pena.

Com efeito, a primeira destinação das sanções penais era a retribuição dos males causados à vítima e familiares, dando origem às teorias retributivas, que objetivavam tão somente a condenação do agente, conforme ensina Fernando Galvão[2]:

Já as teorias que se baseiam na ideia de retribuição, tradicionalmente, colocam-se como mais importantes e pressupõem que o delito seja um mal que não se pode cancelar. Considerando que, em seu aspecto substancial, a pena significa um mal, um castigo, essa linha do discurso justificador procura explicar a aplicação da pena como uma reação ao mal produzido pelo crime. A pena, simplificada na ideia do mal, possui caráter meramente retributivo, aflitivo e pessoal.

Após certo tempo, passaram a surgir as teorias utilitárias, que defendiam que a aplicação de penas deveria ser dotada de finalidade social, a fim de prevenir novas violações legais não somente em relação ao apenado em si, mas na sociedade como um todo, sobretudo porque a finalidade única e exclusiva de punir o agente não trazia efeitos concretos na prevenção de novos delitos[3].

A partir destas teorias, surgiu a Teoria Eclética, que consiste na união das teorias retributiva e utilitária, adotada pelo Brasil, a fim de se aplicar a penalidade como uma punição pela infração, mas também como meio de prevenir novas delinquências.

Neste sentido leciona Fernando Galvão[4]:

Todo esforço reflexivo levado a efeito para justificar a aplicação da pena encontra dificuldades em fundamentar o poder

punitivo do Estado e estabelecer os limites de suas consequências. Cada uma das teorias da pena volta a sua visão unilateralmente para determinados aspectos do Direito Penal. Levando-se em conta que as argumentações anteriormente mencionadas não se apresentam satisfatórias, quando isoladamente consideradas, nos dias atuais, predomina o posicionamento teórico denominado unitário ou unificador, o qual, mediante uma combinação dos aspectos positivos das teorias anteriores, procura alcançar a superação de seus aspectos negativos. Assim, a pena justifica-se, ao mesmo tempo, pela retribuição da culpabilidade do agente, pela necessidade de promover a sua ressocialização, bem como pela intenção de prevenção geral, em sistema teórico complexo que se identificou como teoria mista.

A execução penal se enquadra perfeitamente no quesito preventivo individual positivo[5], que se refere à ressocialização, já que uma das mais relevantes metas da execução penal diz respeito à reintegração da pessoa encarcerada à sociedade, buscando proporcionar a este a possibilidade de trabalho e estudo. Inclusive, a própria Lei de Execução Penal dispõe, em seu artigo 10, *caput*, que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” e, no artigo 22 que “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”.

Vale trazer à baila o ensinamento de Foucault[6] acerca da prisão:

A obviedade da prisão se fundamenta também em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos. Como não seria a prisão imediatamente aceita, pois é o que ela faz, ao encarcerar, ao retrainar, ao tornar dócil, ao reproduzir, podendo sempre acentuar um pouco todos os mecanismos que encontramos no corpo social? A prisão seria, pois, um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria, mas, levando ao fundo, nada de qualitativamente diferente. Esse duplo fundamento- jurídico-econômico por um lado, técnico-disciplinar por outro – fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. E foi esse duplo funcionamento que lhe deu imediata solidez. Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi a primeira privação de liberdade a que e teria dado uma

função técnica de correção. Ela foi desde o início uma “detenção legal”, encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação de indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento legal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade a transformação técnica dos indivíduos.

Em um sistema onde a lei de execução penal fosse plenamente aplicada, de certo haveria mais possibilidades de se efetivar seus objetivos; contudo, o sistema prisional brasileiro encontra-se permeado de mazelas que se tornam cada vez mais evidentes, sobretudo diante da pandemia do coronavírus, que evidencia a falha sistemática que impede a concretização destes objetivos, sendo estas exploradas no decorrer deste capítulo.

1.1 O sistema penitenciário brasileiro

A existência de uma punição não implica na perda de todos os direitos da pessoa apenada, sendo, inclusive, previsto pelas normas brasileiras garantias às pessoas presas.

O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e, sob o mesmo prisma, o artigo 38 do Código Penal dispõe que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”, consagrando-se tal fato no artigo 3º da Lei de Execução Penal, que assegura os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Assim, salta aos olhos que o sistema penitenciário brasileiro falha em um dos primados essenciais ao Poder Público: o princípio da legalidade. Este está explícito no artigo 1º do Código Penal, bem como no inciso XXXIX, da Constituição Federal, segundo os quais não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Mais além destes limiares está o inciso II do artigo 5º da Magna Carta, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Portanto, observa-se que o primado da legalidade representa a limitação do poder punitivo do Estado, compreendido na visão de Montesquieu, englobando os três poderes, figurando, assim, como uma proteção ao cidadão.

A desobediência a este primado tem permitido a ocorrência de diversas problemáticas, que serão abordadas no decorrer deste capítulo e que, sobretudo,

acabam demonstrando a seletividade do sistema prisional, atingindo em maior escala as classes sociais menos favorecidas.

Neste sentido, aponta Mirabete[7]:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.

Diante do exposto, fica evidente a necessidade de o Estado cumprir as normas estabelecidas na lei, sobretudo a Lei de Execução Fiscal, de modo que o atual cenário de nítida ignorância ao texto legal implica graves violações aos direitos humanos.

A seguir, serão exploradas as principais mazelas do sistema prisional brasileiro na atualidade.

1.2 A superlotação do sistema prisional

A superlotação do sistema prisional é uma das questões mais relevantes a ser discutidas no que se refere ao sistema prisional brasileiro.

O artigo 85 da Lei de Execução Penal prevê que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”, ao passo que o artigo 88 do referido diploma legal prevê as condições de alojamento das pessoas condenadas, a saber:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Assim, observa-se que a previsão legal é totalmente discordante da realidade, sobretudo porque a lotação dos estabelecimentos penais supera em muito as condições de suas estruturas, tornando impossível o alojamento de pessoas apenadas em celas individuais, o que, por sua vez, representam ausência de qualquer salubridade no ambiente.

Sande Nascimento de Arruda[8] faz uma importante observação sobre a questão:

A superlotação tem como efeito imediato a violação a normas e princípios constitucionais, trazendo como consequência para aquele que foi submetido a uma pena privativa de liberdade uma "sobrepênia", uma vez que a convivência no presídio trará uma aflição maior do que a própria sanção imposta. A superlotação no sistema penitenciário impede que possa existir qualquer tipo de ressocialização e atendimento à população carcerária, o que faz surgir forte tensão, violência e constantes rebeliões.

Neste mesmo sentido manifesta-se Eduardo Oliveira[9], que aponta a necessidade de o Estado criar novos estabelecimentos, bem como reparar e estruturas os já existentes, tendo em vista as condições indignas de superlotação, caracterizando "verdadeiros depósitos de homens, na maioria das vezes sem ter uma ocupação e uma perspectiva de melhora".

A superlotação, portanto, é fator que potencializa as violações de direitos humanos no interior dos estabelecimentos penais, dando ensejo a rebeliões e motins, bem como à violência entre os detentos e proliferação de doenças contagiosas, como é o caso da COVID-19 que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça apurados em 29 de julho de 2020[10], totalizando 17.123 casos até então.

Destarte, a superlotação interfere sobremaneira na ressocialização, e não apenas em razão da ausência de salubridade no interior das celas – que estão longe de ser individuais –, mas também porque impedem a aplicação do quanto disposto no artigo 83 da Lei de Execução Penal, que impõe que os estabelecimentos penais devem contar com áreas e serviços de assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva, já que não são suficientes para atender à grande quantidade de detentos, tornando cada vez mais longínqua a finalidade precípua da pena.

1.3 Falta de dignidade e de cidadania aos detentos

A situação do sistema carcerário representa a violação a direitos constitucionais básicos, como o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), a vedação à aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), direito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e até mesmo o direito à saúde (artigo 196). Mas vale destacar que, mais além do que o desrespeito à Carta Magna, a aludida situação também viola muitos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que ampliam e reforçam direitos já garantidos pela Constituição Federal.

Assim, observa-se que as condições dos presídios atentam contra o primado da dignidade da pessoa humana e da cidadania, já que, em verdade, os detentos não conseguem exercer seu papel de sujeitos de direitos.

Com efeito, o primado da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental constante no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, consagrado como o de maior valor jurídico da ordem constitucional vigente.

Ingo Wolfgang Sarlet[11] traz relevante conceito acerca do termo “qualidade”:

(...) 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 asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

Ainda, José Afonso da Silva[12] ensina:

(...) dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação

valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorista do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trata de garantir as bases da existência humana.

Destarte, este primado traz maior protagonismo na proteção legislativa, passando a Constituição e as legislações infraconstitucionais passaram a assegurar direitos individuais e sociais.

No que toca à cidadania, Celso Lafer[13] cita o dizer de Hanna Arendt, que conceitua o termo como o direito a ter direitos, o que pressupõe liberdade, igualdade e também a dignidade humana, o que, entretanto, não basta para efetivá-la, considerando a configuração política, social e econômica local.

Neste ponto, cabe salientar que a atual conjuntura do sistema carcerário brasileiro não oferece qualquer suporte à proteção destes direitos, eis que as precárias condições e estrutura sequer confere aos detentos o mínimo necessário a uma vida digna, de modo que não são considerados sujeitos de direitos, sendo este o ponto essencial para o exercício da cidadania.

Muito embora a prisão restrinja alguns direitos das pessoas detidas, sobretudo quando se trata de prisão definitiva, o fato é que os detentos continuam sendo sujeitos de direitos básicos e essenciais à vida, tutelados sobretudo pelos princípios mencionados, fato este que é ignorado pelo sistema penitenciário e, inclusive, pela própria sociedade e pelo Estado, que possuem um papel de suma importância na efetivação das funções precípuas da pena, mormente na ressocialização.

Imperioso sublinhar que por estarem os detidos à margem da sociedade, estes ficam mais vulneráveis a toda espécie de degradação humana, ficando submetidos ao poder que aplica a força para manutenção da ordem.

Rosângela Maria de Medeiros Brito[14] aponta que tal comportamento compõe estratégias de dominação, que integram a estrutura autoritária da prisão, postergando a recuperação, função primordial do sistema, e apregoando como principais as funções de vigília e punição, em descompasso com a legislação.

Destarte, tal atuação fere intimamente os direitos mais básicos das pessoas detidas, culminando na falência do sistema como um todo.

1.4 Falta de acesso à educação e ao trabalho profissionalizante

Conforme se verá a seguir, a Lei de Execução Penal possui, dentre seus objetivos, a ressocialização, que busca ser efetivada através do acesso à educação e ao trabalho. Contudo, os estabelecimentos penais não atendem a tais condições, seja pela questão da superlotação, tornando impossível o acesso ao labor e estudo em razão da limitação de vagas, seja pela efetiva ausência de meios para alcançá-lo.

Com efeito, a Lei de Execução Penal prevê em seu artigo 28 que o trabalho do condenado é um dever social e uma condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva. Ainda, a referida legislação prevê a remição, possibilitando que o tempo de cumprimento da sanção aplicada seja reduzido através do trabalho ou do estudo, o que, além de ser uma benesse apenas pela redução da pena, acaba tendo efeitos positivos no que se refere à reinserção do condenado na sociedade, eis que poderá sair do cárcere com estudo e trabalho profissionalizante, evitando, assim, a reincidência.

Neste sentido, ensina Danieli Cristina Marcon[15]

O trabalho, evita a ociosidade; evita o pensamento excessivo e nocivo; dá oportunidade para que o reeducando possa realizar alguma tarefa e, cria uma expectativa de ressocialização, de ter o apenado, uma vida normal, trabalhando e sustentando seus familiares

Contudo, a superlotação dos presídios gera a falta de vagas, excluindo o detento e violando seus direitos fundamentais, além de dificultar sua reinserção social.

Em uma análise técnica, observa-se que o Estado deve proporcionar os meios necessários para que o detento possa efetivamente laborar e estudar, tendo em vista que as benesses foram estabelecidas por lei, sob pena de violação ao primado da legalidade. Assim, pode ser o Estado responsabilizado pelos danos causados aos reclusos que acabam sendo excluídos do exercício deste direito por ineficiência estatal, se postulado.

Efetivamente, é possível aplicar-se o instituto da remição ficta, que se caracteriza pelo abatimento da pena nas situações em que o apenado não trabalhe ou estude em razão da ineficiência do Estado no fornecimento das vagas, a fim de evitar a responsabilização deste.

Como defensor da remição ficta, pode-se citar Júlio Fabbrini Mirabete[16]:

Constitui a execução do trabalho um dever do condenado, mas como deve ser ele valorizado como 'direito social' (art. 6º da CF), dispõe a Lei de Execução Penal que constitui direito do preso a 'atribuição de trabalho e sua remuneração' (art. 41, II, da LEP). Há, assim, uma relação de direitos e deveres entre o Estado e o condenado em virtude da qual a Administração está obrigada a possibilitar o trabalho ao preso e a este compete desempenhar a atividade laborativa. Afirma-se, por isso, que, não se desincumbindo o Estado de seu dever de atribuir trabalho ao condenado, poderá este beneficiar-se com a remição mesmo sem o desempenho da atividade (...) Comprovando o preso em regime fechado ou semi-aberto que estava disposto ao trabalho, mas que não foi atendido pela Administração, por falta de condições materiais ou por desídia do responsável pela omissão, não há como negar o direito à remição pelos dias em que o condenado deveria ter desempenhado seu labor.

De outro lado, Renato Marcão[17] manifesta posicionamento contrário:

É absolutamente condenável a prática de se conceder remição ao preso que não trabalhou, sob a justificativa de ausência de condições para o trabalho no estabelecimento prisional, debitando-se tal situação ao Estado, diga-se, à sociedade.

Apesar da possibilidade de aplicação do instituto, necessário compreender que este não se presta para auxiliar a reinserção social como o faz o efetivo labor e estudo, capazes de conferir ao recluso uma nova oportunidade de vida, afastando-o da reincidência.

1.5 Ausência de classificação e abusos entre os presos

Uma das questões importantes na Lei de Execução Penal é a classificação das pessoas presas, disposta em seu artigo 84, *in verbis*:

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§1º. Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.

§2º. O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

§3º. Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

§4º. O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

Assim, observa-se que o legislador buscou separar os presos provisórios dos presos condenados e, inclusive, a divisão destes entre si próprios, a depender dos delitos praticados ou de eventual reincidência, a fim de se obter melhores condições de se alcançar a ressocialização e, quiçá, evitar a formação de facções através do contato de indivíduos condenados – ou provisoriamente detidos – por delitos comuns com crimes de alta periculosidade.

Entretanto, a superlotação, a falta de empenho e a ausência de um sistema de classificação de prisioneiros por níveis de segurança tornam impossível a separação na prática, de modo que estes são colocados juntamente sem qualquer respeito à literalidade da Lei de Execução Penal – que será explorada doravante –, sendo as considerações de espaço dentro das celas ditadas pelos próprios detentos.

2. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é um ramo autônomo do direito, regulado por princípios próprios, apesar de guardar relações estreitas com direito constitucional, penal e processual penal, conforme a própria redação do item 11 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal:

Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na Constituição existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A Constituição consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantias do homem perante o Estado. Também no Código Penal existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais.

Norberto Avena[18] destaca que a primeira tentativa de consolidação das normas relativas à execução penal no Brasil foi o projeto de Código Penitenciário da República em 1933, que acabou sendo rejeitado em razão da inadequação com o Código Penal, promulgado em 1940. Após, sobreveio a Lei nº. 3.274, que se revelou ineficaz, e posteriores anteprojetos de codificações, sem sucesso, culminando na posterior elaboração e promulgação da Lei nº. 7.210, conhecida como Lei de Execução Penal.

Esta se fez absolutamente necessária e representou um grande avanço no campo das execuções penais, sofrendo, com o passar do tempo, alterações necessárias para se atingir a seus objetivos e finalidades.

2.1. Objetivos e finalidades da Lei de Execução Penal de modo geral

O artigo 1º da Lei de Execução Penal estabelece que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Assim, a partir da referida disposição legal, infere-se que a execução penal pode ser compreendida como um conjunto de normas que tem por objetivo tornar efetivo determinação de sentença penal que impõe à pessoa condenada uma pena ou medida de segurança.

Depreende-se, portanto, que o pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença condenatória – ou, ainda, absolutória imprópria – transitadas em julgado. Contudo, vale destacar que também se sujeitam à execução decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Há, porém, uma finalidade na efetivação da sentença criminal, que é a reintegração social das pessoas apenadas, tendo em vista, sobretudo, que um dos aspectos mais significativos do Direito Penal é a obtenção de paz social. Segundo Mirabete[19], “além de tentar proporcionar condições para a harmônica integração social do preso ou do internado, procura-se no diploma legal não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social”.

Neste mesmo prisma complementa Stéfano Jander Machado[20], apontando que “assim como a natureza jurídica, o objeto da pena não é único, uma vez que este visa tanto a aplicação da sentença de condenação, como também a recuperação do preso para que esse possa, posteriormente, se reintegrar na sociedade”.

Assim, visando garantir esta reintegração, a Lei de Execução Penal assegura ao apenado diversos direitos e assistências, definidos em grande parte em seu artigo 41, exemplificados pela alimentação suficiente, vestuário, atribuição de trabalho e sua respectiva remuneração e assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde.

Destarte, a Lei de Execução Penal objetiva proporcionar meios para a integração harmônica, aplicando a sentença e buscando a recuperação do detento, devendo o Estado, para tanto, buscar cooperação da comunidade para que o retorno deste ao convívio social seja positivo.

Não é por outro motivo que consta no item 25 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal a participação ativa da comunidade:

Muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meio fechado (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos).

Portanto, havendo a integração da comunidade, por meio de organismos representativos, torna-se mais próxima a recuperação do apenado, mesmo porque, ao término do cumprimento de sua sanção, estaria garantida sua reinserção social, sobretudo no mercado de trabalho, a fim de evitar que volte a se dedicar a atividades criminosas.

A seguir, serão tratados os principais pontos de apoio aos apenados.

2.2. Legislação aplicável ao trabalho do presidiário

Aos apenados é assegurado o direito ao trabalho, que também se mostra como um dever, conforme se verá a seguir.

Com efeito, segundo Norberto Avena[21], considera-se trabalho “a atividade desempenhada pelos presos ou internados dentro ou fora do estabelecimento prisional, sujeita à devida remuneração”.

O artigo 31 da Lei de Execução Penal insere norma genérica, apontando que o preso executará o trabalho na medida de suas aptidões e capacidade, ao passo que o artigo 32, mais específico, determina que na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal, as necessidades futuras e as oportunidades oferecidas pelo mercado, buscando colaborar com sua profissionalização.

Assim, com a interpretação teleológica acerca das finalidades precípua da Lei de Execução Penal de que o trabalho é um fator de recuperação e disciplina para o apenado, este é previsto como um direito (artigo 41, inciso II, da Lei de Execução Penal) e, ao mesmo tempo, um dever do condenado (artigo 39, inciso V, do mesmo diploma legal), sendo devidamente remunerado e obrigatório na medida da aptidão e capacidade deste. Entretanto, não há que se falar em trabalho forçado, eis que este é vedado pela Magna Carta (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “c”).

Destarte, o trabalho do segregado, nos termos do artigo 28, *caput*, da Lei de Execução Penal, possui duas finalidades: educativa e produtiva. Em outros termos, induz o exercício de atividade lícita profissionalizante e, ao mesmo tempo, proporciona resultados concretos da atividade através de remuneração.

Impende ressaltar que o trabalho das pessoas apenadas pode ser externo, quando realizado fora do estabelecimento prisional, ou interno, se realizada em seu interior. Com efeito, o trabalho interno não está sujeito à Consolidação das Leis do Trabalho, pois não se trata de vínculo empregatício, mas de vínculo de direito público (artigo 28, §2º, da Lei de execução Penal).

Por corolário, inexistem encargos sociais sobre os valores pagos ao detento. Ressalve-se que, em se tratando de trabalho externo, a doutrina e a jurisprudência majoritárias determinam que se configura relação de trabalho que se sujeita à tutela da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.3. A remição pelo trabalho

A remição da pena está prevista na Lei de Execução Penal e se relaciona diretamente ao direito de individualização da pena (item 2.5 infra), assegurado pela Constituição Federal, de modo que deve esta ser justa, proporcional e particularizada, considerando-se a aptidão à ressocialização, que pode ser demonstrada pelo apenado por meio do trabalho ou do estudo.

Destarte, a remição é o desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, de acordo com a previsão legal, tratando-se de incentivo para que este desenvolva atividade laborativa ou educacional, a fim de aperfeiçoar-se e evitar a ociosidade e a reincidência.

Pela Lei de Execução Penal, a remição pelo trabalho é direito do apenado que cumpre sanção em regime fechado ou semiaberto, garantindo um dia a menos de pena a cada três dias trabalhados. Contudo, em maio de 2015, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o trabalho externo pode ser contado para remir a pena de condenados à prisão, e não apenas o trabalho exercido dentro do ambiente carcerário[22].

A oportunidade de remição deve ser oferecida aos detentos dentro dos limites legais, de modo que, atendidos os requisitos, não há motivo suficiente a afastar sua incidência. Contudo, a superlotação dos estabelecimentos penais, bem como a falta de estrutura destes em conformidade com a legislação aplicável segrega os detentos, deixando de oferecer, em condições de igualdade, a todos o direito – e consequentemente o dever – de trabalhar, entregando-os ao ócio e à maior dedicação a atividades criminosas, aumentando o risco de reincidência.

Neste ponto, cabe salientar o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci[23]:

Em caso da inexistência de trabalho ou estudo no presídio: se o Estado não providencia trabalho ou estudo ao preso, falha no seu dever de manter e fazer funcionar a contento o estabelecimento penitenciário sob seu controle e administração. Esse vício dá ensejo à propositura do incidente de desvio de execução. Cabe ao magistrado utilizar o seu poder

de fiscalização para obrigar o órgão competente a tomar as medidas cabíveis a suprir a deficiência.

Destarte, a remição pelo trabalho revela-se como um forte instrumento à ressocialização dos detentos, devendo, portanto, ser oferecido a estes se atendidos os requisitos legais, sob pena de violação ao primado da legalidade e, ainda, à dignidade destes.

2.4. Ressocialização

Segundo José de Ribamar da Silva[24], "A ressocialização tem como objetivo a humanização da passagem do detento na instituição carcerária, implicando sua essência teórica, numa orientação humanista, passando a focalizar a pessoa que delinuiu como o centro da reflexão científica".

Destarte, como já se salientou, a sanção penal tem finalidade que vai além da punição do indivíduo pela prática de infração penal, objetivando orientá-lo para que possa ser reintegrado efetivamente ao convívio social, evitando-se a reincidência de sua parte.

Assim, tem-se no Brasil um sistema reabilitador, indicando o ideal de prevenção especial, de modo que a prisão não pode figurar como instrumento meramente punitivo, mas como maneira de reinserção humanitária do indivíduo na sociedade. Este tipo de sistema aborda a natureza social da problemática criminalista, fundada nos princípios da solidariedade social e da corresponsabilidade do Estado Social.

Segundo Antonio Garcia Pablos de Molina e Luís Flávio Gomes[25]:

A idéia de ressocialização como a de tratamento, é radicalmente alheia aos postulados e dogmas do direito penal clássico, que professa um retribucionismo incompatível com aquela. É de fato, sua legitimidade (a do ideal ressocializador) é questionada desde as mais diversas orientações científicas, progressistas ou pseudoprogredistas, tais como a criminologia crítica, determinados setores da psicologia e da psicanálise, certas correntes funcionalistas, neomarxistas e interacionistas.

Contudo, Cezar Roberto Bitencourt[26] destaca que a ressocialização é uma finalidade que deve ser buscada dentro das possibilidades, não se podendo atribuir às disciplinas penais uma responsabilidade de atingir completamente a ressocialização da pessoa apenada, eis que tal objetivo pode ser alcançado através

de outros meios de controle social, como a família e a escola, considerando-se, sobretudo, as particularidades do caso concreto e da pessoa apenada.

2.5. A individualização da pena

A individualização da pena é um preceito constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Magna e é aplicado tanto na fase de condenação – em primeiro ou segundo grau – quanto na fase de execução, tendo em vista que em ambos os momentos são analisadas circunstâncias individuais, como antecedentes e a personalidade da pessoa sentenciada para atribuição da pena e também da forma de seu cumprimento.

É na fase judicial que a individualização da pena recebe maior atenção, já que é o momento em que é de fato individualizada e concretamente aplicada no caso concreto, sobretudo diante dos requisitos previstos no artigo 59 do Código Penal.

Já na fase de execução, prevê o artigo 5º da Lei de Execução Penal que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

A individualização da pena possui estreita relação com a classificação dos presos, ponto este fundamental da Lei de Execução Penal, buscando evitar o contato negativo entre primários e reincidentes, bem como outros fatores, tornando-se este um dos aspectos da individualização executória da pena[27].

Para avaliar outros aspectos, sobretudo o grau de periculosidade da pessoa apenada, a legislação determina a realização de exame criminológico por psiquiatra forense. O referido exame, que busca aferir a antisociabilidade da pessoa apenada, pode constar no parecer da Comissão Técnica de Classificação ou ser emitido de forma isolada.

Referida Comissão é “presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade”, nos exatos termos do artigo 7º da Lei de Execução Penal, que visa verificar a maneira mais adequada de individualizar a pena em nível executório.

3. SISTEMA CARCERÁRIO DE MANAUS

Por fim, o presente artigo destinar-se-á à apuração do sistema carcerário da cidade de Manaus (AM), através de análise da atual conjuntura deste, bem como da atuação de seu Poder Judiciário nas questões levantadas.

3.1. A atual conjuntura do sistema carcerário de Manaus

O atual superlotado sistema prisional do estado do Amazonas enfrenta problemas diversos nos últimos anos, denunciando patente violação à dignidade dos detentos.

O recente relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT)[28] revelou que o sistema serve quantidade insuficiente de comida, água insalubre de forma racionada e nega tratamento adequado de saúde a internos doentes.

O MNPCT é parte integrante do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, nos termos da Lei nº 12.847, sancionada no dia 2 de agosto de 2013, visando atender a compromisso internacional assumido pelo país em 2007, com a ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas. Integram sua competência as visitas a estabelecimentos prisionais, a elaboração de relatórios circunstanciados e de recomendações e a requisição à autoridade competente para a instauração de procedimento criminal e/ou administrativo se constatados indícios da prática de tortura e de outros tratamentos e práticas cruéis, desumanos ou degradantes.

No aludido relatório consta grave violação aos direitos humanos dos detentos, ignorados pelo sistema prisional local, sobretudo em razão da superlotação, alcançando, no Centro de Detenção Provisória de Manaus, o índice de 208%.

Entre as questões aferidas estão o tratamento com violência, “sob uma mesma perspectiva de humilhação, violação de direitos e violência, travestido de ‘disciplinamento e segurança’”[29]. Constatou-se a utilização irregular de armamento pelos agentes, bem como ferimentos causados por estes aos detentos, além da aplicação de sanções coletivas sem a instalação de processos administrativos disciplinares individuais para apuração dos fatos. Também se relatou que os presos eram mantidos em celas fechadas com parafusos, configurando outra grave violação.

Outra questão que salta aos olhos no aludido relatório é a questão da saúde, apontada pelo relatório como a principal fonte de violação de direitos humanos dos detentos, muitas vezes associados a arbitrariedades, conforme trecho seguinte:

As condições de saúde das pessoas eram realmente deploráveis: praticamente todos eles apresentavam quadro de

escabiose e dermatite, alguns com feridas purulentas, a maioria com traços de desnutrição. Houve relatos de que quando o GIP entrava, eram todos obrigados a adotarem postura de procedimento em meio ao pátio inundado, repleto de esgoto, por horas. A constatação de surtos de escabiose, era uma constante, em todas as unidades visitadas.

Dentro desta questão de saúde, os relatos concentram-se na alimentação e no racionamento de água, também insalubre.

No que toca à alimentação dos detentos, observou-se que boa parte das unidades apresentam apenas três refeições diárias, sem os nutrientes adequados e por vezes com alimentos inapropriados para consumo, que podem causar doenças graves. O relatório manifestou tal questão como indício de prática de tratamento desumano:

Alerta-se que as condições apresentadas, em nenhuma hipótese, justificam-se quando pessoas estão sob custódia do estado e sua atribuição é zelar pelas garantias fundamentais dos custodiados, em espaço de vivência salubre e digno. Precarizar a alimentação dá conotação de sanção dolosa, na qual implica aos presos intenso sofrimento, residindo a prática dos maus-tratos de maneira perene. Há de se falar, que a alimentação, nestas condições de péssima qualidade, se constitui como uma ferramenta de tortura, sobretudo quando há meios financeiros e materiais, dispostos em termos contratuais em que preconiza o serviço de qualidade, evidencia a intencionalidade do agente estatal.

Ainda, notou-se racionamento permanente de acesso à água em todas as unidades, que continham filtros e cisternas com selos de verificação vencidos e vazamentos, gerando “quadro generalizado de infecção intestinal que atingia a população prisional nos dias de visitação”.

Neste sentido, diante do racionamento de água sem justificativas, a retenção de oferta de insumos básicos de higiene, ausência de assistência à saúde, preparo de alimentos sem as mínimas condições de salubridade, manutenção dos detentos confinados de maneira degradante e do uso arbitrário de sanções e castigos, e “havendo recursos financeiros disponíveis com valores acima da média nacional para a prestação dos serviços prisionais”, o órgão entendeu que há dolo por parte do Estado e que estão presentes os requisitos ensejadores do crime de tortura, realizando recomendações para que a situação cesse o mais breve possível.

Por sua vez, o relatório de 2016[30], realizado somente nas unidades prisionais de Manaus (Centro de Detenção Provisória de Manaus, Penitenciária Feminina de Manaus, Cadeia Pública Desembargado Raimundo Vidal Pessoa e Complexo Penitenciário Anísio Jobim) já denunciava a situação de tortura e outras ilegalidades praticadas por funcionários, constando no relatório o seguinte:

As práticas realizadas nas circunstâncias mencionadas são, dentre outras, as seguintes:

- a) espancamento;
- b) queimaduras;
- c) choques elétricos nos genitais;
- d) afogamento;
- d) sufocamento com uso de saco plástico;
- e) perfuração abaixo das unhas com agulhas;
- f) "telefone" (bater nas duas orelhas da pessoa simultaneamente);
- g) invasão de domicílio sem mandado judicial e para realização de técnicas de tortura e humilhação;
- h) humilhações verbais;
- i) retirada de unhas.

No aludido relatório, fez-se importante observação acerca da superlotação, a saber:

Como exemplo, no CDPM, em celas projetadas para receber seis pessoas viviam entre oito e quinze. Na seção de triagem desta unidade, o número é ainda mais alarmante, pois celas projetadas para abrigar um preso chegavam a acolher até nove. Invariavelmente, neste contexto, as pessoas se revezavam para sentar ou dormir, o que pode configurar maus tratos, senão tortura. Esse contexto afronta os Arts. 85 e 88 da LER cujos conteúdos estabelecem, respectivamente, que a lotação da unidade deve ser compatível com sua capacidade e os

parâmetros mínimos para uma cela. Adicionalmente, está em desacordo com os Arts. 8º e 9º da Resolução 14/94 do CNPCP, com o Art. 10 (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e com as Regras de Mandela.

Insta salientar que desde o início da pandemia do coronavírus, o estado registrou três motins em razão de condições insalubres, sendo um deles na Unidade Prisional Puraquequara, em Manaus. Ademais, em 2017 e em 2019 sobrevieram dois grandes massacres, que deixaram um grande número de mortos, revelando que as condições do sistema prisional afetam seus detentos e, portanto, afastam-nos cada vez mais da necessária ressocialização.

3.2. A atuação do Poder Judiciário de Manaus

Para o enfrentamento da crise no sistema penitenciário do estado do Amazonas desde o início de 2017, o Tribunal de Justiça do Amazonas, com o apoio das Secretarias de Segurança Pública e de Administração Penitenciária do estado, Defensoria Pública, Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil do estado, buscou implementar medidas a fim de normalizar o sistema prisional[31].

Entre as medidas, obrigaram-se a tentar resolver a controvérsia através das ações de (i) a ampliação das audiências de custódia para todos os Distritos Policiais, (ii) o reforço e capacitação das equipes da Vara de Execução Penal e a criação de uma comissão na unidade, exclusivamente para a atualização dos dados de presos condenados, (iii) análise dos processos dos presos provisórios e condenados na capital e interior, (iv) a conclusão da montagem de infraestrutura necessária para a realização das videoconferências com as unidades prisionais, (v) reestruturação da Vara de Execução Penal e (vi) realização do Censo Penitenciário.

Com efeito, de início fora promovido um esforço concentrado nas Varas Criminais (comuns e especializadas) da capital, durante o período de quatro meses, concentrado na análise da situação dos presos provisórios, buscando reduzir o tempo médio de encarceramento destes, que, segundo o site do próprio Tribunal, saiu de 522 dias para a média de 203 dias[32].

O Núcleo de Assessoramento Jurídico Virtual se envolveu a fim de reforçar esses trabalhos nas Comarcas do interior, atuando com três juízes supervisores, um juiz coordenador, uma diretora e servidores, trabalhando com a possibilidade de liberação do sistema carcerário, com a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Contudo, tais esforços do Judiciário ainda parecem insuficientes para normalizar a situação, tendo em vista que já se passaram três anos do massacre de 2017 e que, no ano passado, sobreveio outro.

O último relatório da MNPCT apresentou recomendações a diversas autoridades competentes e relevantes para erradicar qualquer forma de maus-tratos ou tortura no sistema prisional estadual, sobretudo ao Poder Judiciário, dentre as quais estão (i) a realização de mutirões carcerários a fim de identificar os processos para adotar medidas adequada de acordo com as especificidades do apenado, sobretudo aos idosos, pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida ou ainda, portadores de doenças graves; (ii) organização de plano de desencarceramento de unidades prisionais em conjunto com órgãos do poder executivo estadual; (iii) monitoramento sistemático garantindo escuta privada e sigilosa dos detentos a fim de identificar irregularidades em condições de privação de liberdade, atentando-se, especialmente, aos casos de tortura e maus tratos; (iv) promoção da instalação e viabilização da estrutura para o funcionamento do Conselho da Comunidade, garantindo estrutura material, administrativa e logística necessária para a realização contínua de inspeções; (v) promoção da fiscalização periódica das unidades prisionais, adotando medidas pertinentes e necessárias diante de irregularidades e (vi) a designação de juízes para a realização de audiências de custódia a fim de ampliar o efetivo de magistrados para as varas da capital e região metropolitana.

Impende destacar que além destas recomendações apontadas ao Poder Judiciário, foram realizadas pontuações específicas à Defensoria Pública, Ministério Público e Juízes das Varas de Execução Penal, as quais devem ser observadas com mais rigidez, diante da patente violação aos direitos humanos das pessoas detidas, totalmente alheias à possibilidade de ressocialização e de uma vida digna dentro do sistema prisional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É patente que o modelo do sistema carcerário brasileiro precisa ser repensado, tendo em vista que não se presta, minimante, à principal finalidade a que se destina: a ressocialização da pessoa apenada, evitando a reincidência e, portanto, o cometimento de novos crimes.

Com efeito, observa-se que o Estado incorre, por meio de seus agentes, na violação do princípio da legalidade, deixando de atender às disposições legais elaboradas a fim de se garantir o respeito à dignidade da pessoa reclusa.

Isto porque a sociedade e o Estado têm se posicionado apenas objetivando a condenação do agente pela prática do ilícito penal, ignorando que tão necessária quanto a punição é a reeducação, estrategicamente colocada na Lei de Execução Penal através de vários direitos garantidos aos reclusos, como é o caso da remição das sanções penais através do estudo e do trabalho.

Contudo, o que tem se observado no sistema carcerário brasileiro – e, particularmente, no manauense – é que os presídios sequer têm respeitado as condições mínimas de uma vida digna, incorrendo em castigos arbitrários e violentos, bem como restrição ao acesso à alimentação e água potável, sendo tais questões objeto de protestos e motins entre os reclusos.

Não se pode olvidar que a pena deve ser individualizada e corresponder ao delito praticado, não podendo jamais ultrapassar tais liames, especialmente por parte do Estado, que goza de competência privativa no exercício do *jus puniendi*.

Assim, deve este cumprir sua obrigação em garantir aos apenados as condições necessárias e suficientes para o acesso a direitos constitucionalmente assegurados, atendendo-se às condições básicas necessárias à vida digna para que, então, possam buscar acesso ao estudo e trabalho profissionalizante – também assegurados legalmente – a fim de evitar o ócio e auxiliar na reinserção efetiva destes na sociedade, de modo que evitem a dedicação a atividades criminosas como meio de seu sustento.

No caso das penitenciárias do estado do Amazonas, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura já elaborou, por duas vezes, relatório indicando condições que poderiam ser tipificadas no delito de tortura, emitindo recomendações para assegurar o mínimo de segurança aos detentos, sem, contudo, obter sucesso.

Destarte, não há dúvida que a situação precária das unidades prisionais e o cerceamento de direitos dos apenados representam violações legais graves, devendo o Estado ser responsabilizado pelos danos individuais e coletivos que está gerando através de seus agentes.

Vale ressaltar que o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente, sobretudo no quanto disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por intermédio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observando-se que o Brasil é signatário daquela.

Ademais, para além da responsabilização internacional, é necessário que o Estado não se omita e passe a desenvolver mais políticas criminais que assegurem o

básico à vida digna dos reclusos, bem como o acesso ao trabalho e ao estudo, a fim de diminuir os percentuais de reincidência e, portanto, reduzir a população carcerária.

Em um ordenamento jurídico garantista, é necessária a existência de instrumentos que possam garantir o cumprimento das leis – criadas pelo próprio Estado – e que, portanto, possam responsabilizá-lo pela ineficiência de sua atuação, tendo em vista, sobretudo, que se trata de uma questão de grande relevância social.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, S. N. Sistema carcerário brasileiro. A ineficiência, as mazelas e o descaso. *Visão Jurídica*, São Paulo, v. 59, p. 65.

AVENA, N. **Execução penal**: esquematizado. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2015.

BITENCOURT, C. R. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 setembro 2020.

BRASIL. **Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 11 setembro 2020.

BRASIL. Lei nº. 12.487 de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12847.htm>. Acesso em: 02 setembro 2020.

BRASIL. Magistrados e defensores públicos alertam para aumento de Covid-19 em presídios. **Agência Câmara de Notícias**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/681893-magistrados-e-defensores-publicos-alertam-para-aumento-de-covid-19-em-presidios/>>. Acesso em: 12 setembro 2020.

BRASIL. Relatório de visita a unidades prisionais de Manaus - Amazonas. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). 2016. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/relatorios>>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

BRASIL. Relatório de inspeção do estado do Amazonas após massacres prisionais em 2019. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. 2020. Disponível em

<<https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/relatorios>>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

BRASIL (STJ). REsp 1.381.315 RJ (2013/0148762-1). Relator Desembargador Ministro Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 13/05/2015. 3ª Seção. DJe 19/09/2015.

BRASIL. Sistema Prisional. **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**. Disponível em: <<https://www.tjam.jus.br/relatoriopascarelli/sistema-prisional.html>>. Acesso em: 12 setembro 2020.

BRITO, R. M. D. M. A prática da tortura nos presídios da Paraíba: uma herança cultural. **Dissertação - Mestrado em Direito - Universidade Federal de Pernambuco**, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4873/1/arquivo7258_1.pdf>. Acesso em: 13 setembro 2020.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir. História da Violência nas Prisões**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALVÃO, F. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª. ed. [S.l.]: Del Rey, 2007.

LAFER, C. Os Direitos Humanos como construção da igualdade: a cidadania como direito a ter direitos. In: _____ **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. [S.l.]: Companhia das Letras, 1997.

MACHADO, S. J. A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano%20Jander%20Machado.pdf>>. Acesso em: 12 setembro 2020.

MARCÃO, R. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARCON, D. C. A democracia e a realidade da execução penal brasileira. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, v. 10, p. 199-214, 2009. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/134/134>>. Acesso em: 13 setembro 2020.

MIRABETE, J. F. **Execução penal**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOLINA, A. G. P. D.; GOMES, L. F. **Criminologia**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTEIRO, B. C. D. S. A lei de execução penal e o seu caráter ressocializador. **Âmbito Jurídico**, outubro 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/a-lei-de-execucao-penal-e-o-seu-carater-ressocializador/>>. Acesso em: 12 setembro 2020.

NUCCI, G. D. S. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, E. **Política criminal e alternativas a prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 setembro 2020.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, J. D. R. Prisão: Ressocializar para não reincidir. (**Monografia - Especialização em Tratamento Penal em Gestão Prisional - UFPR**), Curitiba, 2003. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 12 setembro 2020.

ZANOTTO, D. R.; RUSSOWSKY, I. S. O Sistema Penitenciário Brasileiro e a atual ineficácia na finalidade da pena em ressocializar os condenados no Brasil. **Âmbito Jurídico**, março 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-194/o-sistema-penitenciario-brasileiro-e-a-atual-ineficacia-na-finalidade-da-pena-em-ressocializar-os-condenados-no-brasil/#_ftnref1>. Acesso em: 12 setembro 2020.

NOTAS:

[1] Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

[2] GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª edição. Del Rey, 2007, p. 183.

[3] ZANOTTO, Daiane Rodrigues; RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O sistema penitenciário brasileiro e a atual ineficácia na finalidade da pena em ressocializar os condenados no Brasil**. **Âmbito Jurídico**, março de 2020. Disponível em <

https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-194/o-sistema-penitenciario-brasileiro-e-a-atual-ineficacia-na-finalidade-da-pena-em-ressocializar-os-condenados-no-brasil/#_ftnref1 > Acesso em 12 de setembro de 2020.

[4] GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª edição. Del Rey, 2007, p. 190.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 155.

[6] Foucault, Michel. **Vigiar e Punir. História da Violência nas Prisões**. Vozes: Petrópolis, 1987, p. 89.

[7] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 223.

[8] ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema Carcerário Brasileiro. A ineficiência, as mazelas e o descaso**. Visão jurídica. São Paulo, p.65, número 59.

[9] OLIVEIRA, Eduardo. **Política criminal e alternativas a prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 113.

[10] Agência Câmara de Notícias. **Magistrados e defensores públicos alertam para aumento de Covid-19 em presídios**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/681893-magistrados-e-defensores-publicos-alertam-para-aumento-de-covid-19-em-presidios/>>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 315.

[12] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 442.

[13] LAFER, C. **Os Direitos Humanos como construção da igualdade: a cidadania como direito a ter direitos**. In: ____ A Reconstrução dos Direitos Humanos. Companhia das Letras, 1997, p. 113.

[14] BRITO, Rosângela Maria de Medeiros. **A prática de tortura nos presídios da Paraíba: uma herança cultural**. Dissertação – Mestrado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2002. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4873/1/arquivo7258_1.pdf> Acesso em 13 de setembro de 2020.

- [15] MARCON, Danieli Cristina. **A democracia e a Realidade da Execução Penal Brasileira**. Revista Argumenta. Jacarezinho, n. 10, p. 199-214, 2009. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/134/134>> Acesso em 13 de setembro de 2020.
- [16] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 228.
- [17] MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 216.
- [18] AVENA, Norberto. **Execução penal: esquematizado**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2015, p. 618.
- [19] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 212.
- [20] MACHADO, Stéfano Jander. A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal. 2008. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano%20Jander%20Machado.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2020.
- [21] AVENA, Norberto. **Execução penal: esquematizado**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2015, p. 552-553.
- [22] REsp 1.381.315 RJ (2013/0148762-1). Relator Desembargador Ministro Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 13/05/2015. 3ª Seção. DJe 19/09/2015.
- [23] NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 418.
- [24] SILVA, José de Ribamar. **Prisão: Ressocializar para não reincidir**. (Monografia – Especialização em Tratamento Penal em Gestão Prisional – UFPR). Curitiba, 2003. Disponível em <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf> Acesso em 12 de setembro de 2020.
- [25] MOLINA, Antonio Garcia Pablos de; GOMES, Luís Flávio. **Criminologia**. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998, p. 197.
- [26] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 214.

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 554.

[28] MNPCT. **Relatório de inspeção do estado do Amazonas após massacres prisionais em 2019**. Disponível em < <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2020/05/relatorio-amazonas-pos-massacres-2019-2.pdf>> Acesso em 12 de setembro de 2020.

[29] MNPCT. **Relatório de inspeção do estado do Amazonas após massacres prisionais em 2019**. Disponível em < <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2020/05/relatorio-amazonas-pos-massacres-2019-2.pdf>> Acesso em 12 de setembro de 2020.

[30] MNPCT. Relatório de visita a unidades prisionais de Manaus – Amazonas. Disponível em < <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/relatorios-1/RelatorioManausAM2016.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

[31] Disponível em < <https://www.tjam.jus.br/relatoriopascarelli/sistema-prisional.html>> Acesso em 12 de setembro de 2020.

[32] Disponível em < <https://www.tjam.jus.br/relatoriopascarelli/sistema-prisional.html>> Acesso em 12 de setembro de 2020.

ENUNCIADO Nº 40 DA JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO: PRESCRIÇÃO TRIENAL OU QUINQUENAL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA?

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A polêmica é antiga e não se tem, a bem da verdade, uma posição definitiva e pacífica sobre o caso na seara da doutrina. Tanto é assim que a I Jornada de Direito Administrativo realizada em 2020 pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) reconheceu a necessidade de tratar deste tema tão inquietante no cenário do direito administrativo.

A prescrição – trienal ou quinquenal – em face da Fazenda Pública até os dias atuais é pauta constante nos embates forenses, notadamente porque diversos setores da advocacia pública permanecem sustentando a tese da prescrição trienal com fulcro no Código Civil de 2002.

De outro lado, os administrados que buscam obter na justiça a reparação civil contra a Fazenda Pública argumentam que não se aplicaria o Código Civil, embora mais atual, mas sim o Decreto nº 20.910 de 1932 por se tratar de norma especial.

A par disso, durante a jornada se fixou o seguinte Enunciado de nº 40:

Nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública aplica-se o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/1932 (art. 1º), em detrimento do prazo trienal estabelecido no Código Civil de 2002 (art. 206, § 3º, V), por se tratar de norma especial que prevalece sobre a geral.[1]

Em que pese as polêmicas doutrinárias – e até jurisprudenciais – urge mencionar que tal conclusão do enunciado já era confirmada pelo Superior Tribunal

de Justiça (STJ) desde o julgamento do Tema nº 553 (Recurso Especial nº 1.251.993/PR) que assim dispôs:

Aplica-se o prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002.

Nesse cenário, merece ser realizada uma reflexão por parte dos operadores do direito, notadamente os membros da advocacia pública, a fim de que não se perpetue a insistência imotivada na tese da prescrição trienal.

Compete à advocacia pública a representação judicial e extrajudicial da Fazenda Pública, no entanto tal mister constitucional não se coaduna com a prática de atos processuais procrastinatórios.

Uma vez fixada a tese jurídica que consagrou a prescrição quinquenal, debates doutrinários podem ocorrer, sem, contudo, darem sustentação a comportamentos no campo processual que se traduzam em completa e manifesta litigância contrária ao Tema nº 553 e ao Enunciado nº 40 alhures mencionados.

O que se espera da nobreza desta relevante Função Essencial à Justiça – fala-se da advocacia pública – é exatamente a deferência ao Código de Processo Civil (CPC), segundo o qual:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Portanto, o *overruling* na ótica da superação de precedentes poderá, de fato, ocorrer. Disto não se discorda, até porque o direito é dinâmico. No entanto, sustentar-se reiteradas vezes uma tese que não encontra amparo jurisprudencial e contra a qual já há uma certa aceitação se constitui em grave e nocivo comportamento institucional da advocacia pública que não se pode cultivar ou permitir.

NOTA:

[1] **BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/10082020-I-Jornada-de-Direito-Administrativo-divulga-os-40-enunciados-aprovados.aspx>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

DIREITO À SAÚDE FRENTE ÀS DEMANDAS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

THAÍS CARVALHO DE SÁ: Acadêmica de Direito na Universidade de Gurupi-UnirG.

AGNELO ROCHA NOGUEIRA SOARES^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico aborda o direito constitucional à saúde, temática cada vez mais recorrente no mundo jurídico, diante da crescente demanda ao Judiciário, perfazendo assim, a chamada judicialização da saúde. Em primeiro lugar, expõe-se acerca do direito à saúde e sua eficácia, direito este, fundamental e social garantido pela Constituição Brasileira. Posteriormente, discute-se a atuação do Judiciária na garantia desse direito. Também será analisado o posicionamento da Suprema Corte Brasileira quanto ao fornecimento de fármacos de alto custo, bem como, os problemas que provém dos cumprimentos de medidas judiciais que atendem ao pedido de medicamentos. Nesse contexto, infere-se a notoriedade da missão constitucional do Judiciário ante o dever de atender os anseios da cidadania, ressaltando-se a necessidade de análise casuística dos objetos em demanda.

Palavras Chave: Direito à saúde. Judicialização. Medicamentos de alto custo.

ABSTRACT: The present scientific paper is about the constitutional right to health that has been more and more recurrent in the legal world due to the increasing demand at the Judiciary, resulting in the called 'judicialization of health'. Firstly, the right to health and effectiveness are explained, what is essential, social, and granted by the Brazilian Constitution. Secondly, the Judiciary performance to guarantee such right. Thirdly, the Brazilian Supreme Court positioning will also be analyzed due to high cost drug request as well as the problems that originate with the judicial measure fulfillment. So, in this context, the constitutional mission notoriety of the Judiciary is inferred in the presence of the citizen's yearning, highlighting the need of casuistic analysis of the objects in demand.

Key words: Right to health. Judicialization. High cost medicine.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito fundamental social à saúde. 3. Eficácia das normas constitucionais. 4. Controle jurisdicional de políticas públicas. 5. Importância do judiciário na concretização do direito social à saúde. 6. Impactos provenientes da judicialização. 7. Análise de caso: Fornecimento de medicamentos de alto custo RE 566471/RN. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que o direito à saúde é um dos mais valiosos direitos estabelecidos em nossa Constituição Federal de 1988, e que está intimamente ligado ao direito à vida, e conseqüentemente ao direito à dignidade humana. Considera-se, portanto, uma enorme conquista aos brasileiros, muito embora seja desafiador converter esse direito abstrato em real.

O direito à saúde é garantido pela Constituição Cidadã, tanto no seu artigo 6º, quando o consagra como direito social, como no artigo 196, em que esse direito é assegurado a todos, atribuindo-se ao Estado o dever de dispor de serviços para a sua promoção, de maneira universal e igualitária, por meio de políticas sociais e econômicas. Assim, cabe ao ente público a prestação de serviços essenciais à população, no entanto, é cada vez mais frequente a sociedade recorrer à prestação jurisdicional, para alcançar determinado socorro, haja vista a discrepância entre o que é garantido e o que realmente é experienciado.

Um estudo feito pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) [2]apresentado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta que as demandas judiciais relativas à saúde aumentaram 130% entre os anos de 2008 e 2017. Esse dado demonstra a ineficácia do sistema, por esse motivo, o pleito ao judiciário é usado como alternativa plausível diante de tal situação, gerando, por conseguinte, o ativismo judicial.

Diante disso, o Judiciário assume o papel de atuar na preservação de direitos fundamentais, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXV da CF: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nesse contexto, o juiz defrontando-se com uma demanda que visa assegurar um direito fundamental, é posto diante de situações de vida ou morte e, na maioria dos casos decide pelo provimento, uma vez que é aclamado o direito à saúde, e este deve ser garantido. No que concerne ao pedido de fornecimento de medicamentos de alto custo, ao conceder-se demanda não prevista orçamentariamente a determinado paciente, a Administração Pública é sujeitada a reposicionar verbas que seriam destinadas a outros, de forma coletiva. Desse modo, percebe-se um tratamento desigual perante a sociedade, em contraditório com as diretrizes de igualdade, conforme consagra a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990).

Dada a complexidade da questão envolvida, objetiva-se identificar os impactos trazidos pela a judicialização da saúde, especificamente conceituar o direito fundamental à saúde e sua eficácia, verificar o controle jurisdicional das políticas públicas e análise quanto à sua legitimidade, assim como apresentar casos práticos e ponderar os efeitos trazidos pela judicialização excessiva, especialmente com

relação ao fornecimento de medicamento de alto custo. Trata-se de uma pesquisa elaborada a partir de materiais publicados, especialmente: doutrinas, legislação, artigos, jurisprudências, a partir da pesquisa qualitativa, prevalecendo a pesquisa bibliográfica, com a finalidade de realizar uma análise conceitual e jurídica, em busca de apresentar as dificuldades na concretização do direito à saúde.

2. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Os direitos sociais são aqueles que o indivíduo deve exigir uma postura positiva do Estado com o propósito de que este, esteja à disposição daquele, para propiciar prestações de natureza jurídica ou material que efetivam o exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam igualar situações sociais desiguais (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.759), ou seja, tem como escopo atender a coletividade de maneira igualitária.

O direito à saúde no Brasil, passa a ser positivado na Constituição Cidadã de 1988, tendo forte influência do Movimento da Reforma Sanitária no início da década de 1970, o que conseqüentemente trouxe a criação da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS). Desse modo, o direito à saúde foi ampliado, materializado no artigo 196 da CF garantindo este direito a todos, razão pela qual demonstra um progresso democrático a população, pois é essencial para obtenção de uma vida digna. Desde então, essa garantia gera debates em busca da efetividade.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em sua constituição (1946), define saúde como "Um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.". Percebe-se que esta definição é muito mais abrangente, do que apenas a proteção e a recuperação, pois está muito ligada ao termo "promoção" descrito no artigo 2º §1º na Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), cujo seu objeto é a "alimentação, moradia, saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais" (Artigo 3º da Lei 8.080/90). Desse modo, o direito a saúde está em constante evolução, abrangendo não só o bem estar fisiológico do homem, mas engloba-se também tudo que traz bem estar, estará corroborando na saúde, por conseguinte vivendo-se dignamente.

É consagrado também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) no artigo XXV que "Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica".

É importante salientar que o constituinte de 1988, traz como fundamento intrínseco ao Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Uma vez fixando-o como base do Estado Constitucional, o constitucionalista Paulo Bonavides (2001, p. 233) preconiza que a densidade do princípio da dignidade da pessoa humana há de ser máximo no sistema constitucional, e caso tenha um princípio no topo da normas deve ser esse, pois todos os ângulos éticos da personalidade são a ele consubstanciado.

Desta maneira, sendo garantido o direito a saúde engloba-se também a dignidade da pessoa humana, isto é, estão intrinsecamente ligados, pois o direito a saúde torna-se condição mínima para uma vida digna.

3. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Em relação a eficácia das normas constitucionais, o doutrinador José Afonso da Silva (1998, p.82-84), desenvolveu a teoria tripartida clássica brasileira, na qual se dividem em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas que a partir da sua entrada em vigor, desde logo, passam a produzir todos os seus efeitos jurídicos essenciais, com incidência direta e imediata. Já as normas constitucionais de eficácia contida, também são capazes de produzir efeito direto e imediato, porém seu alcance é delimitado, podendo sofrer restrições do Poder Público.

De maneira oposta, as normas de eficácia limitada não começam a produzir efeito a partir da entrada em vigor da lei, necessariamente precisam de atuação positiva do Poder Público. Subdividem-se em norma institutiva e programática, sendo que esta última delinea objetivo ético-social, através de programas de ação social, todavia, sujeita-se à vontade política, enquanto aquela não tem conteúdo ético-social,

está ligada a parte estrutural, são aquelas que dependem de lei para a criação de instituto e órgãos, por exemplo.

As disposições normativas sobre os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, trata-se de uma norma programática, ou seja, precisa de um plano de ação por meio da criação de políticas públicas para sua efetivação, tal qual alerta o Ministro Celso de Mello em seu julgado:

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

4. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA SAÚDE

O artigo 196 da Carta Política de 1988 consagra o direito a saúde como direito fundamental, passando ser atribuição do Estado criar e executar políticas públicas para que se possibilite acesso universal e igualitário à população. Essa percepção é disciplinada também no artigo 2º da lei 8.080/90, que dispõe “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Bucci (2002 p. 241) atesta que políticas públicas “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

Mendes e Branco (2012 p. 924) ressaltam que não cabe ao Poder Judiciário elaborar as políticas públicas sociais e econômicas, mas sim verificar se tais políticas atendem o acesso universal e igualitário à saúde.

O Estado deve garantir, portanto, condições mínimas para viver com dignidade, pois sem o mínimo, torna-se incompatível com o Estado Democrático de Direito. Ana Paula Barcellos (2011, p. 292) conceitua o mínimo existencial como a prestação de “condições materiais básicas para a existência, corresponde a fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica

positiva e simétrica.”. Entretanto, muitas vezes a Administração Pública tem levantado a cláusula da reserva do possível como fator limitador à garantia do mínimo existencial, argumento que não merece prosperar, como já definiu o STF:

A Administração não pode invocar a cláusula da ‘reserva do possível’ a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária. (AI 674.764-AgR/PI, Relator Ministro Dias Toffoli)

A cláusula da reserva do possível originou-se na Alemanha, em um caso emblemático chamado *numerus clausus*, na qual estudantes, não foram aceitos na universidade por insuficiência de vagas, então, postularam ao Judiciário a referida vaga com fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã no qual dispõe que todos têm direito de escolher livremente sua profissão e a instituição onde pretende estudar. O pedido foi negado e se firmou uma jurisprudência entendendo que o pedido de prestação estatal deve ser razoável, e que mesmo o Estado obtendo recurso, não necessariamente deve dispor desses recursos que não estejam dentro de um limite razoável. (SARLET, p. 255, 2012)

Em decisão proferida na ADPF n.º 45/DF, o Min. Celso de Mello consignou o seguinte:

“Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos [...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.” (ADPF N.º 45, Rel. Celso de Mello, DJ 4.5.2004).

Ingo Sarlet (p. 309, 2012) apregoa que a limitação da reserva do possível não são, em si mesma uma falácia, o que tem acontecido de falacioso é usar da cláusula como pretexto de vedação da intervenção judicial, assim como, para justificar a omissão estatal. Ora, se os recursos são insuficientes o Poder Público deve, com fundamento comprovar a indisponibilidade total ou parcial de recursos, atestando o não desperdício de recursos existentes, bem como, seu útil emprego.

Afirma Morozowski (2018) que, não obstante o art. 196 da CF garantir que a saúde é direito de todos e dever do Estado, esse dispositivo não deve ser interpretado como se todos os cidadãos tenham direito a todo e qualquer medicamento, pois não existe direito absoluto, exatamente em razão da falta de recursos disponíveis.

5. IMPORTÂNCIA DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Uma vez não concedido determinado direito pela via administrativa ou nem mesmo ter feito o pedido, o paciente, insatisfeito, busca na via judicial do que se pretende, seja procedimentos hospitalares ou determinado medicamento. O Judiciário então começa a julgar causas individuais ao invés de o Poder Legislativo formular políticas públicas e o Poder Executivo dar a efetiva execução, o que resultaria no bem coletivo, nesse contexto, gera a judicialização da saúde.

Notadamente, a busca ao Judiciário para efetivação da entrega de medicamentos no Brasil, inicia-se na década de 1990, devido a epidemia do vírus da imunodeficiência humana (HIV), assim, devido à crescente demanda, criou-se a lei 9.313/96 determinando a distribuição gratuita dos coquetéis antirretrovirais aos portadores de HIV. Vislumbra-se diante desse cenário que o Estado por meio de políticas públicas trouxe efetividade ao direito à saúde, fruto do controle jurisdicional, servindo como bom parâmetro, já que trouxe alargamento de políticas públicas em saúde, trazendo a universalização do direito ao medicamento.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 foi excepcional na definição de que o Poder Judiciário, ou seja, o Estado-Juiz poderia atuar no controle das políticas públicas, conforme descreve a ementa:

“EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal

Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)".

Certamente o Judiciário deve intervir, mas é importante notar que o exagero de demandas torna-se inviável, onde de um lado temos o jurisdicionado obtendo um atendimento mais célere e de outro temos pacientes que carecem de atendimento, formando um sistema paralelo e não único, ou seja, a solução individualizada de um direito coletivo por meio do Judiciário, não corrobora com a democratização, como afirma Luiz Roberto Barroso (2009 p. 4):

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

6. IMPACTOS PROVENIENTES DA JUDICIALIZAÇÃO

Num primeiro momento pode-se observar que o Judiciário não tem legitimidade representativa do povo, bem como, não detém de conhecimento de políticas públicas e sua eventual execução, este, está preparado para decidir casos concretos, exercendo a micro justiça, e não a macro a justiça, aquela que prima pela isonomia de tratamento e faz a correta alocação de recursos e definição de prioridades, de responsabilidade do administrador público. (AMARAL, 2001, p. 39; BARCELLOS 2011, p. 356)

Na audiência pública de saúde que aconteceu em 2009[3], Dias Toffoli relata um acontecimento que ficou marcado, descreve:

Há um caso que ocorreu no interior de São Paulo – eu sou de lá, tenho conhecimento –, em que um juiz, num determinado caso, num único caso individual, bloqueou bens do orçamento municipal da área de saúde para uma determinada parte. Esse prefeito cumpriu a determinação – era uma determinação imediata – e, depois, foi ao juiz, entregou a chave da prefeitura e disse: eu não tenho mais um centavo para gastar na área de saúde, porque todo o meu orçamento foi única e exclusivamente para um único indivíduo. Então, a cláusula do financeiramente possível é extremamente relevante de ser analisada e levada em consideração.

Quando liminarmente um pedido de medicamento é deferido, por vezes, o valor é bloqueado das contas dos entes e o paciente recebe o dinheiro para fazer a compra, e não se sabe se efetivamente foi realizado a aquisição do fármaco. Quando não, o ente é responsável pela compra urgente desses medicamentos – normalmente aqueles não incorporados no SUS e de alto custo – abrindo-se porta para desvio, tendo em vista eventual dispensa de licitação. Ainda mais, esse fármaco será comprado por um valor altíssimo, considerando a falta de prévia cotação de preço.

Outra consequência é essa formação de um sistema paralelo, em que, por óbvio aquela pessoa que tem mais conhecimento de seus direitos ou maior acesso a advogados vão “furar a fila” em detrimento de outros, ferindo a diretriz da igualdade em “assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”, descrito no art. 7º, IV, da Lei 8.080/90.

Há casos em que a judicialização não se faz necessária, pois o medicamento de forma genérica e de igual efeito já está disponível no SUS, mas o médico prescreve um fármaco de marca não padronizado pelo SUS, precisa-se, portanto, do bom senso dos médicos. É claro que se já foram esgotadas as tentativas de melhora e esta não ocorreu, o melhor a se fazer é ouvir e atender o médico, que é o responsável por aquele paciente.

Vale destacar a importância da criação do Núcleos de Apoio Técnico (NATs) por meio da determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), composto por uma equipe multidisciplinar, para subsidiar os magistrados em suas decisões, como também, pela Defensoria Pública e membros do Ministério Público antes do ajuizamento da ação que envolve o SUS, pois na maioria dos casos, a falta de

esclarecimento e de saber técnico transporta ao judiciário o problema do sistema de saúde brasileiro. Assim, diminuindo o número de judicialização.

7. ANÁLISE DE CASO: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO RE 566471/RN

O caso concreto que desencadeou o Recurso Extraordinário 566471/RN, diz respeito a uma ação de obrigação de fazer proposta por uma senhora chamada Carmelita Anunciada de Souza contra o Estado do Rio Grande do Norte, cujo o pedido é o fornecimento ininterrupto de *Sildenafil 50mg*, medicamento de valor superior a R\$ 20 mil por caixa, considerado de alto custo. Em primeira instância foi julgado procedente, reafirmada pelo Tribunal de Justiça Estadual, posteriormente, chegou à apreciação do STF.

O julgamento deste caso pela Suprema Corte teve início em 2016, e estava suspenso devido o pedido de vista do ministro Teori Zavascki. O julgamento foi retomado em sessão plenária no STF em 11 de março de 2020, no qual decidiu-se que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos que não estejam no rol do SUS, mas que em algumas situações poderá ser flexibilizado. No entanto, os critérios de flexibilização ainda serão definidos em posterior julgamento.

É importante desenvolver parâmetros que poderão ser capazes de definir com racionalidade congruente determinada situação. O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, propõe cinco requisitos cumulativos que devem servir como parâmetros para que o medicamento seja fornecido, são eles:

(I) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, (II) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (III) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, (IV) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e (V) a propositura da demanda necessariamente em face da União. (Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça: 7 dez. 2007, p. 2-3)

Esses critérios são válidos, e precisam ser analisados, pois tratam-se sobre o direito à saúde, garantido pela Carta da República, e mesmo diante de valores altos destinados a certo paciente, estes, não devem ficar desassistidos pelo Estado.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois das ponderações expostas ao longo deste estudo, é possível afirmar que apesar do risco de não ser uma decisão democrática, podendo beneficiar somente àqueles individualmente demandantes, a judicialização da saúde é uma prática necessária para atender aos interesses daqueles que sofrem pela omissão do Estado, para que se faça o possível a fim de aumentar a sobrevivência do paciente com qualidade de vida, porém, nesse contexto, as decisões devem ser construídas caso a caso.

O ideal seria o Sistema de Saúde funcionar e atender da forma mais efetiva possível, devendo o poder público promover a concretização do direito à saúde, entretanto, quando necessário, deverá o Poder Judiciário agir para garantir direitos eventualmente atacados pela inércia do poder público.

Nesse contexto, caso se identifique uma escassez de recursos, é preciso, através da elaboração de políticas públicas, gerir os recursos disponíveis de forma eficiente ou incluir o gasto necessário para a concretização dos direitos no orçamento no ano posterior. Ressalta-se aqui a importância da participação democrática dos cidadãos, tanto na formulação como na fiscalização das ações estatais como assevera o artigo 204, II, da Constituição Federal.

A nossa Constituição Cidadã completou seus 32 anos, e resta evidenciado que muitos dos direitos fundamentais nela previstos ainda são intangíveis a grande parte da população. Paulo Bonavides (2001, pag. 381) diz “Concretizar o texto, introduzi-lo na realidade social, eis em verdade o desafio das Constituições brasileiras”. Isto posto, evidentemente, o direito fundamental à saúde no Brasil é deficiente e necessita de avanços e sempre poderá ser aprimorado.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escola: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas/** Gustavo Amaral – Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

Audiência Pública de saúde nº 4, 18. 04. 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> > Acesso em: 31 ago. 2020.

BARROSO. Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 06 jul. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** – 3º ed. Revista e atualizada. – Rio de Janeiro; Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da Democracia participativa.** Malheiros editores LTDA.2001

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 04 ago 2020.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 04 ago 2020

CNJ. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos.** Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>> Acesso em: 14 jul 2020

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito constitucional 6 edição.** Editora juspodvim.2012

Declaração Universal dos Direitos Humanos. **UNIC/RIO/005,** janeiro. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2020.

Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional /** Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Morozowski, Ana Carolina. **A imprescindibilidade da análise mínima do custo-efetividade nas ações de saúde.** Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/293134/a-imprescindibilidade-da-analise-minima-do-custo-efetividade-nas-acoes-de-saude>> Acesso em: 29 ago. 2020

Organização Mundial da Saúde (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO).** 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 04 ago. 2020.

RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. Celso de Mello.

Supremo Tribunal Federal. **AI 674.764-AgR/PI**. Relator Ministro Dias Toffoli. Diário da Justiça: 25.10.2011.

Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Relator Min. Celso de Mello, Diário da Justiça: 04.05.2004.

Supremo Tribunal Federal. **RE 566471 RG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça: 7.12. 2007, p. 2-3

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3º edição. São Paulo- SP. 1998.

Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NOTAS:

[1] Orientador, Professor Mestre na Universidade de Gurupi-UnirG. E-mail: prof.agnelonogueira@gmail.com

[2] CNJ. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>> Acesso em: 14 jul. 2020.

[3] **Audiência Pública de saúde nº 4**, dia 18. 04. 2009. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> > Acesso em: 31 ago. 2020.

ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE PORTO NACIONAL SOB A ÓTICA DO BIS IN IDEM.

GABRIEL ESTEVÃO CARDOSO:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins - UNICATÓLICA.

ERIC JOSE MIGANI[1]

(Orientador)

RESUMO: Trata-se de um estudo bibliográfico com o objetivo de apresentar os aspectos relativos à cobrança da Contribuição de Iluminação Pública (CIP), no município de Porto Nacional, Estado do Tocantins. Para tanto, inicialmente evidenciou-se o arcabouço jurídico municipal em atenção aos requisitos do tributo em foco. Em segundo momento, apontou-se as formas pelas quais a municipalidade em questão realiza a cobrança da CIP, verificando-se neste estudo uma realidade diversa do que dispõe a respectiva legislação municipal, de modo que se observou manifesta cobrança em duplicidade (*bis in idem*) da CIP, após análise dos carnês de IPTU e das faturas de energia elétrica por CCI (Cédula do Cadastro Imobiliário). E por fim, argumentou-se a respeito das medidas protetivas cabíveis na defesa dos direitos dos contribuintes consumidores, quais sejam, as ações de repetição de indébito tributário, anulatória e declaratória cumulada com consignação em pagamento, à luz da Legislação Tributária Nacional e dos princípios da justiça e da boa-fé.

Palavras-chave: CIP. Porto Nacional. *Bis in idem*. Medidas protetivas.

ABSTRACT: This is a bibliographic study with the objective of presenting the aspects related to the collection of the Public Lighting Contribution (CIP) in the municipality of Porto Nacional, State of Tocantins. To this end, initially the municipal legal framework became evident in attention to the requirements of the tax in focus. Secondly, the ways in which the municipality in question carries out the collection of the CIP were pointed out, with a different reality in this study than that provided by the respective municipal legislation, so that a double charge was observed (*bis in idem*) of CIP, after analysis of IPTU booklets and electricity bills by CCI (Real Estate Registry Card). And finally, it was argued about the protective measures applicable in the defense of the rights of consumer taxpayers, namely, the repetition of tax undue, annulment and declaratory actions combined with consignment in payment, in the light of the National Tax Legislation and the principles of justice and good faith.

Keywords: CIP. Porto Nacional. *Bis in idem*. Protective measures.

Sumário: 1 Introdução; 2 Aspectos da cobrança tributária brasileira da contribuição de iluminação pública no município de porto nacional; 3 Estudos de caso do município de porto nacional. *Bis in idem* da CIP. Dupla tributação municipal sobre contribuição de iluminação pública; 4 Aspectos da cobrança e a proteção jurídica do contribuinte lesado: medidas jurídicas cabíveis nas hipóteses de *bis in idem* tributário: 4.1 Ação de repetição de indébito tributário; 4.2 Ação anulatória de natureza tributária; 4.3 Ação declaratória de inexigibilidade cumulada com consignação em pagamento 5 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

Dos problemas que afligem as políticas tributárias de modo geral, ser obrigado a pagar aquilo que não é devido é de longe um dos mais tormentosos. A Contribuição de Iluminação Pública (CIP) versa sobre tributo destinado a custear os gastos da prestação de serviços de iluminação pública, efetuada pelo município no âmbito de todo seu território, cuja fundamentação está esculpida no art. 149-A da Constituição da República Federativa do Brasil/ CRFB (BRASIL,2016a).

Conforme a redação do referido artigo, todos são beneficiários e contribuintes do aludido tributo, dada sua natureza singular, podendo-se afirmar que se trata de uma quarta espécie de contribuição especial, posicionando-se ao lado das contribuições sociais, interventivas e corporativas.

A CIP, cristalizada pela Emenda Constitucional nº 39 de 2002 (BRASIL, 2016a), tem sido fonte de arrecadação de diversas municipalidades, sendo fundamental evidenciar que, em caráter supletivo, o cumprimento total da obrigação tributária municipal é transferido à Concessionária de Energia Elétrica que lhe presta serviços.

Deste modo, a responsabilidade tributária pelo recolhimento da CIP é realizada diretamente na fatura de energia elétrica, fato este que se repete no município de Porto Nacional por força do Código Tributário Municipal (CTM).

Todavia, comumente em outras cidades verifica-se que a cobrança da CIP ocorre em conjunto com os boletos de IPTU, o que se simultaneamente lançados incorre em latente *bis in idem* da mencionada contribuição, casos em que o Código Tributário Nacional (CTN) traz respostas eficazes à solução.

Frente a esse contexto, levanta-se um questionamento: como tem ocorrido a arrecadação da contribuição de iluminação pública no município de Porto Nacional e quais as implicações jurídicas nos casos de *bis in idem*?

Desta feita, utiliza-se como objeto de estudo, o município de Porto Nacional, localizado no centro médio do Estado do Tocantins, em razão da ocorrência de dupla incidência tributária deste imposto, verificada a partir da análise dos dispositivos tributários e dos documentos de arrecadação de contribuintes da referida municipalidade.

De acordo com o Código Tributário Municipal (CTM) de Porto Nacional, as contribuições de iluminação pública em questão, podem ser arrecadadas de duas formas, condicionando-se ao fato de estar ou não o imóvel ligado à rede de energia elétrica. Caso esteja, o recolhimento ocorrerá diretamente na fatura de energia elétrica, ou do contrário será cobrado junto com a guia de pagamento do IPTU (PORTO NACIONAL, 2009).

Essas especificações encontram respaldo constitucional, contudo, da realidade subsume-se desconformidade com princípios tributários constitucionais vigentes, posto que em verdade, a angariação do referido tributo vem acontecendo simultaneamente nas duas formas, tanto por meio da fatura de energia elétrica quanto em boleto de IPTU.

Este estudo teve como enfoque a incidência tributária da CIP, no município de Porto Nacional, nas faturas de conta de energia, bem como eventuais cobranças realizadas juntamente com o IPTU, a fim de apontar as implicações jurídicas em casos de eventuais indébitos tributários.

Para tanto, o texto identifica os conceitos básicos e a origem da CIP, o posicionamento do tema nos tribunais superiores, bem como realiza a análise da base legal do município no que tange a incidência deste imposto em Porto Nacional e discrimina os métodos adotados para arrecadação da contribuição de iluminação pública. Ainda, demonstra a dupla incidência tributária por meio da interpretação comparada das faturas de energia elétrica e dos boletos de IPTU de oito imóveis da região.

A metodologia adotada para o desenvolvimento da pesquisa alicerçou-se, como primeira etapa, no levantamento das informações sobre o procedimento adotado pela municipalidade para arrecadação da CIP, investigando-se a legislação municipal e os parâmetros constitucionais, e a forma como o ente efetiva a arrecadação, informações preliminares que subsidiaram este estudo.

A segunda etapa metodológica desenvolve-se a partir do estudo bibliográfico do tema, com análise jurídica do fenômeno ocorrido no município de Porto Nacional, à luz da legislação vigente e da orientação doutrinária.

A última etapa consiste na proposição de uma estratégia jurídico-processual que pode ser traçada para o contribuinte, na defesa dos seus direitos, em face da evidente violação.

2 ASPECTOS DA COBRANÇA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE PORTO NACIONAL

Conforme dispõe no site da Câmara Municipal de Pouso Alegre, (POUSO ALEGRE, 2002) Iluminação pública é o “serviço que tem o objetivo de prover luz ou claridade artificial aos logradouros públicos no período noturno ou nos escurecimentos diurnos ocasionais, incluindo locais que demandem iluminação permanente no período diurno”.

Dada a nobreza e essencialidade deste serviço para a vida cotidiana na modernidade, o Estado controla sua disponibilização e repassa, como forma de contraprestação deste serviço, as despesas para custeio diretamente para o bolso dos contribuintes, por meio do tributo denominado contribuição de iluminação pública.

O referido tributo fora instituído pela emenda constitucional n. 39 de 2002, após inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sobre a natureza jurídica da cobrança, o que culminou com a alteração de Taxa de Iluminação para Contribuição de Iluminação Pública.

O tributo estudado estampa o Art. 149-A da Carta Constituinte (BRASIL, 2016a, p. 281), o qual deve ser observado pelas municipalidades, em conformidade com os preceitos da própria lei maior.

Conforme Paulsen (2017, p. 61), o serviço de iluminação pública deve ser instituído por lei municipal, atendidas as exigências cristalizadas no Art. 150, inciso I, da CRFB, devendo conter fato gerador, contribuinte, base de cálculo e alíquota.

Completa o referido doutrinador que não pode ser delegado o poder de fixação a prefeito, por decreto ou qualquer outro ato administrativo, preservando-se a legalidade absoluta exigida por força constitucional. Não fossem estas exigências, devem também os municípios observar as garantias de irretroatividade, anterioridade de exercício e da anterioridade nonagesimal mínima.

O município de Porto Nacional promulgou a Lei Complementar Nº 007 dispondo sobre o sistema municipal e normas suplementares em matéria tributária na referida municipalidade. O diploma reservou título específico no que tange a CIP, cristalizados do Art. 207 ao Art. 220, os quais passa-se a expor (PORTO NACIONAL, 2009).

O Art. 207 traz em seu bojo as disposições gerais sobre a CIP no âmbito do município de Porto Nacional, a saber:

A Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública – CIP cobrada pelo Município, é instituída para custear o serviço de iluminação pública, em caráter universal, de forma a viabilizar a tranquilidade [sic], o bem-estar e a segurança nos espaços públicos, tendo como fato gerador a prestação destes serviços pelo Município, diretamente ou mediante concessão (PORTO NACIONAL, 2009, p. 48).

Em que pese a matriz de incidência tributária do tributo, impera evidenciar seu fato gerador, que é um acontecimento no mundo real descrito em lei cuja finalidade é apontar o momento exato do início de uma obrigação tributária.

Ricardo Alexandre (2016) preleciona que o fato gerador de um tributo é aquele tido como necessário e suficiente à sua ocorrência, e classifica como necessários todos os atos que precisam estar presentes para a configuração do fato. Deste modo, da análise do objeto estudado, o fato gerador encontra-se cristalizado no Art. 208, aduzindo que surge a obrigação tributária a partir do consumo de energia elétrica por pessoa natural ou jurídica, mediante ligação regular de energia elétrica no território do Município. Ademais, é mister evidenciar que a incidência da aludida contribuição, por força do Art. 209 acontecerá também sobre imóveis, edificadas ou não, desde que cumpram o predisposto no Art. 207 (PORTO NACIONAL, 2009, p. 48).

No que concerne à base de cálculo, entende a doutrina de Hugo de Brito Machado Segundo (2018a) que esta é a grandeza econômica sobre a qual se designa alíquota, quando não fixada diretamente pela lei, para o cálculo do tributo, no caso da CIP, tem-se como parâmetro o consumo de energia elétrica constante na fatura emitida pela concessionária distribuidora (Art. 210, § 1º), sendo esta a única forma de cálculo admitida pelo município de Porto Nacional, com base na análise da liturgia tributária municipal.

Quanto ao sujeito passivo da obrigação tributária de custeio da iluminação pública, trata-se de sujeito passivo direto, que nas lições de Eduardo Sabbag (2017) é definido como aquele que tem uma relação pessoal e direta com o fato gerador.

Deste modo, ao forjar no Art. 212, o sujeito passivo da Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública é o consumidor de energia elétrica estabelecido no território do Município e que esteja cadastrado junto à

concessionária de energia elétrica titular da concessão no território de Porto Nacional.

No que tange ao modo de arrecadação, verifica-se que o município, inicialmente buscou atender às disposições constitucionais relativas a CIP. Note, que no próprio Código Tributário da Urbe de Porto Nacional é manifesta a parafiscalidade existente, tendo em vista que a contribuição é direcionada à municipalidade, mas é recolhida pela concessionária de energia elétrica.

O seguinte cenário foi desenhado, tendo em vista as dificuldades em atingir o contribuinte natural e melhorar o controle da arrecadação, baseado no parágrafo 7º do artigo 150 da Constituição Federal (BRASIL, 2016a, p. 96).

Cumprе ressaltar, ainda, que, o Art. 10 da Lei municipal nº 1.755 de 30 de dezembro de 2002 aduz sobre o processo de arrecadação, consignando que o produto da arrecadação da CIP, ao ser “recebida pela empresa concessionária e distribuidora de energia, será depositada em conta própria da Secretaria de Finanças para a efetiva contabilização, no prazo de 5 (cinco) dias úteis após o recebimento”. (PORTO NACIONAL, 2002, p. 2).

De modo suplementar, o tributo em questão, tem uma via de arrecadação regulamentada pela Lei municipal nº 1.755/02, em que o lançamento e o recolhimento da CIP podem também ser realizados juntamente com o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), conforme se observa no dispositivo a seguir:

Art. 7º - A contribuição de iluminação pública será lançada em nome do sujeito passivo, mensalmente ou anualmente, se for o caso, sendo arrecadada conforme dispuser o regulamento, podendo ser lançada e recolhida juntamente com o Imposto Territorial Urbano (PORTO NACIONAL, 2002, p. 2).

Todavia, a municipalidade de Porto Nacional tem realizado a cobrança da CIP nos dois métodos postos em análise, quais sejam, a fatura de energia elétrica e o boleto do respectivo IPTU. Fato este que incorre em latente *bis in idem* tributário, a ser demonstrado no item 3 deste artigo.

3 ESTUDOS DE CASO DO MUNICÍPIO DE PORTO NACIONAL. *BIS IN IDEM* DA CIP. DUPLA TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL SOBRE CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Alexandre (2016, p. 205) entende que o *bis in idem* acontece quando o mesmo ente tributário institui sobre o mesmo fato gerador uma dupla incidência.

Do lastro fático desenrolado nos tópicos anteriores, denota-se que o fato gerador da contribuição de iluminação pública é a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ou postos à disposição da comunidade, ou seja, o consumo de energia elétrica por pessoa natural ou jurídica, mediante ligação ou uso indireto e regular de energia elétrica no território do Município.

Todos os anos a cobrança da CIP foi realizada também junto ao boleto de IPTU, exceto no ano de 2017 que, por força da Lei Complementar nº 52 de 18 de abril de 2017, promulgada pelo município de Porto Nacional, a cobrança da CIP fora realizada em carnê próprio.

Apesar da permissão legal para a exação da CIP pela municipalidade, depreende-se uma leitura da realidade diferente da liturgia tributária municipal, visto que é possível verificar concomitantemente a dupla cobrança da CIP em alguns casos conforme, tanto na fatura de energia quanto nos boleto de IPTU gerados pelo sítio eletrônico da prefeitura de Porto Nacional, conforme expõe-se no quadro 1.

Quadro 1 - Cobrança em duplicidade da contribuição de iluminação pública*

CCI	ANO	IPTU (R\$)	CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA (R\$)	TOTAL (R\$)
01	2019	74,04	47,18	121,22
	2020	76,44	47,18	123,62
02	2019	74,04	47,18	121,22
	2020	76,44	47,18	123,62
03	2015	60,00	195,73	255,73
	2020	76,44	195,73	272,17
04	2019	74,04	47,18	121,22
	2020	76,44	47,18	123,62
05	2019	74,04	29,20	103,64
	2020	76,44	35,66	112,10
06	2019	74,04	47,18	121,22
	2020	76,44	47,18	123,62
07	2019	74,04	195,73	269,77
	2020	76,44	195,73	272,17
08	2019	74,04	133,27	207,31
	2020	76,44	129,00	205,44

Fonte: O autor

*Dados extraídos de Prodaweb Porto Nacional e Energisa

Cumprе ressaltar que os dados extraídos dos boletos de IPTU em análise foram obtidos em busca aleatória junto ao portal do contribuinte da prefeitura de Porto Nacional, cuja transparência permite que sejam identificados os anos e valores que estejam em aberto, referentes ao imóvel pesquisado pelo número de suas respectivas identificações de CCI (Cédula de Cadastro Imobiliário), substituídas no Quadro 1 por numeração arábica crescente. Já as informações relativas às faturas de energia elétrica foram coletadas no site da concessionária de energia do Estado do Tocantins.

Foram coletadas duas faturas de energia e dois boletos de IPTU para cada CCI, referentes aos anos de 2019 e 2020, metodologia adotada para contextualizar o fato de que a cobrança ocorre em duplicidade. Destaca-se que a periodicidade da CIP vinculada ao IPTU é anual, enquanto a da fatura de energia é mensal.

Dos boletos de IPTU, observa-se uma descrição no campo "receita" indicando que daquela fatura está sendo cobrada uma quantia referente a CIP. Denota-se também, que das faturas de energia elétrica foram cobrados valores identificados como "*contrib de ilum. pub*". Ou seja, há prova latente de que sua cobrança manifestamente ocorre em duplicidade, incorrendo em ofensa à justiça e evidente *bis in idem* tributário.

Destarte, todos aqueles que são diretamente afetados por este erro necessitam da tutela jurídica do estado, a fim de resguardar seus direitos e evitar maiores prejuízos fiduciários, sob a ótica da justiça e da boa-fé, no contexto do Direito Tributário Nacional.

4 ASPECTOS DA COBRANÇA E A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONTRIBUINTE LESADO: MEDIDAS JURÍDICAS CABÍVEIS NAS HIPÓTESES DE *BIS IN IDEM* TRIBUTÁRIO

Em observação às medidas cabíveis em face do comprovado *bis in idem* tributário, impera evidenciar que existem pontos convergentes às ações a serem interpostas, sendo estes fulcrais para a melhor defesa do contribuinte que fora lesado. Dentre as quais se destacam a cumulatividade das ações, e a composição do polo passivo.

No que tange a cumulatividade, tem-se que, em observação aos princípios da celeridade e eficiência, as ações anulatórias e de repetição de indébito devem ser cumuladas em uma única demanda, do ponto de vista jurídico prático, posto que

ambas estão intrinsecamente ligadas, e, em consequência lógica, esta depende da declaração de nulidade daquela. Da mesma forma, é recomendável o ajuizamento das ações de declaração de inexigibilidade cumulada com as de consignação em pagamento, já pacificado na doutrina e na jurisprudência.

O polo passivo das ações terá como requerido o município de Porto Nacional, isto porque a concessionária de energia elétrica apenas realiza a cobrança e o repasse da CIP para a municipalidade em foco, de modo que inicialmente não cabe, neste caso, a figuração no polo réu das medidas judiciais estampadas neste trabalho científico. Entretanto, não se pode olvidar que há um impasse quanto a resolução do problema apresentado, posto que não se sabe qual das vias de arrecadação aqui apresentadas é a correta.

Destarte, é imperiosa a necessidade de a concessionária de energia elétrica participar da ação declaratória de inexigibilidade de pagamento, cumulada com consignação em pagamento, para que estes fiquem suspensos até a resolução da lide, de modo que seja também suspensa a prescrição e, eventualmente sendo a CIP cobrada pela empresa, declarada como indevida, figurará esta, em litisconsórcio passivo necessário das demais medidas judiciais apresentadas, incluindo a repetição de indébito tributário, nos termos do Código Tributário Nacional.

4.1 Ação de repetição de indébito tributário

Em que pese o ente municipal seja desprovido de *voluntas* própria, o desejo do povo se materializa na apresentação por pessoas físicas normais aos demais, sujeitas ao erro, de modo que podem editar normas sem validade, efetuar lançamentos improcedentes ou até mesmo realizar julgamento administrativo equivocadamente.

Sem distinção, os contribuintes também podem incorrer em erro, inclusive, recolher mais tributos do que o realmente devido. Este é o entendimento de Hugo de Brito Machado Segundo (2018b) que vai além, aduzindo que os equívocos como os descritos acima geram direito à restituição, instrumentalizada na chamada “ação de repetição de indébito tributário”.

Conforme preconiza a Carta Magna de 1988 em seu Art. 150, independente das outras garantias asseguradas ao contribuinte, fica “vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, [...] exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. (BRASIL, 2016a, p. 95).

No presente caso, denota-se que existe amparo legal e que o recolhimento em excesso se dá pela negligência da municipalidade, em verificar a

impossibilidade de se cobrar concomitantemente as Contribuições de iluminação pública por ambos os meios esculpados em lei, como bem demonstrada no tópico 3 do artigo ora apresentado, constituindo essa na manifesta causa de pedir da ação de repetição de indébito tributário apresentada neste estudo.

O cerne da presente ação estudada é a máxima de que todo dinheiro pago ao fisco *a maiori*, quer seja espontânea ou compulsivamente, não pode ser retido pelo ente público, sob pena de se incorrer em enriquecimento ilícito do erário público. Sob esta ótica mister se faz evidenciar o que expõe o Art. 165 do Código Tributário Nacional.

Ora, da análise dos fatos sobre a lógica dedutiva legal, subsume-se que o *bis in idem* da CIP do município de Porto Nacional incide diretamente no inciso II da Lei adjetiva em questão, quando assim preleciona “[...] elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento” (BRASIL, 2012, p. 96). Cabendo-se, pois, a ação supra intitulada neste capítulo, independente de procedimento administrativo pretérito, sendo sua aplicação tão somente como método de efetivação do direito ao crédito restituível através da compensação.

Apesar da possibilidade de se utilizar da via administrativa, dois fatores influenciam negativamente, quais sejam a parcialidade do fisco ao julgar a demanda e a complexidade dos fatos. No que concerne ao primeiro fator, haveria uma confusão entre o ente negligente e o julgador da demanda, já no segundo, a lide pressupõe em cinco ações processualmente possíveis e simultâneas, que sob o crivo municipal lhes fugiria a capacidade de dizer o direito.

Em se tratando dos valores a serem repetidos, devem ser restituídos aqueles desembolsados para pagar o IPTU obedecidas as normas tributárias vigentes e as súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, observe a redação do Art. 167 do Código Tributário Nacional, a seguir:

Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição. Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar. (BRASIL, 2012, p. 96).

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no tocante à Súmula 188, que trata sobre os juros contados a partir do trânsito em julgado, diferentemente da correção monetária, cuja incidência é determinada por

esta corte, por meio da Súmula 162, que aponta a data do desembolso como termo inicial da correção.

Também sob o prisma do entendimento doutrinário, conforme Sabbag (2017), os juros de mora são contados a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que atendeu a pretensão restitutória.

Vale frisar que, muito embora o contribuinte lesado tenha direito a restituição, o prazo para o requerimento desse não é *ad eternum*, de modo que o art. 168 do CTN estabelece que o direito de pleitear a restituição, é alcançado pela prescrição no prazo de 5 anos, contados da data da cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido. Assim, tomando como base os anos indicados no Quadro 1, depreende-se que os valores poderão ser discutidos em ação de repetição de indébito até 2023 para os que são de 2019, e 2024 para aqueles que são de 2020.

Outrossim, referente ao direito de restituição do indébito, em casos em que se tenha ocorrido a alteração de titularidade, o entendimento do STJ, extraído do julgamento do REsp 593356/RJ, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no Diário de Justiça de 12 de setembro de 2005 é no sentido de que para,

[...] a repetição de indébito de IPTU, cabe ao sujeito passivo que efetuou o pagamento indevido, ex vi do artigo 165, do Codex Tributário. 'Ocorrendo transferência de titularidade do imóvel, não se transfere tacitamente ao novo proprietário o crédito referente ao pagamento indevido. Posto que é vedada a repetição em favor do novo proprietário que não pagou o tributo e nem suportou, direta ou indiretamente, o ônus financeiro correspondente'. (BRASIL, 2007)

Portanto, em face da violação demonstrada no Quadro 1, e considerando que não ocorreu a prescrição, tem os sujeitos passivos do pagamento indevido, o direito de pleitear a repetição do indébito.

4.2 Ação anulatória de natureza tributária

Conforme mencionado anteriormente, o estudo em foco tem como problema a dupla cobrança da contribuição de iluminação pública no município de Porto Nacional. Note, que a questão que inicialmente se busca entender é o ressarcimento dos valores pagos indevidamente, bem como o pleito à reparação dos danos materiais causados pela conduta negligente e abusiva da municipalidade.

Contudo, a referida situação só é permitida quando observamos as cobranças preteritamente já lançadas em nome do contribuinte e pagas em momento anterior.

A conduta a que se refere neste estudo é delineada por um raciocínio que compreende todo o deslinde fático estudado. Ora, qual seria a ação cabível para aqueles valores cobrados indevidamente em nome do contribuinte e ainda não pagos? Não seria outra, senão uma ação anulatória que, nas lições do doutrinador Hugo de Brito Machado Segundo (2018a, [p. 443]; 2018b, [p. 414]), trata-se de uma ação de procedimento comum, que obedece o rito ordinário e tem o intuito de se adquirir uma tutela jurisdicional, a fim de se desfazer “[...] ato administrativo de lançamento por conta de nulidade nele verificada”.

Neste tipo de ação, aduz a doutrina de Cassone; Rossi; Cassone (2017), que é pressuposto da ação a existência de um débito tributário (lançamento fiscal ou decisão administrativa) regularmente constituído, mediante lançamento, que por meio da ação se busca desconstituir.

Assim, para evitar problemas como os de protesto com inscrição em dívida ativa e até mesmo uma ação fiscal, torna-se imperioso o ajuizamento de ação anulatória de débito fiscal nos moldes acima avençados.

4.3 Ação declaratória de inexigibilidade cumulada com consignação em pagamento

Por se tratar de uma situação de alta complexidade cujo prazo para resolução é imprevisível, devem ser propostas outras duas ações concomitantemente às demais, quais sejam, a ação declaratória de inexigibilidade, cumulada com consignação em pagamento, uma vez que, mesmo ajuizando-se as ações retromencionadas, não haveria impedimento do lançamento por parte das municipalidades de novos tributos em nome dos contribuintes.

A ação declaratória encontra-se prevista no Código de Processo Civil com a seguinte redação:

Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I – da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito. (BRASIL, 2016b, p. 41-42)

Nas lições de Cassone; Rossi; Cassone (2017), o contribuinte busca saber se uma lei que instituiu ou aumentou um tributo é constitucional ou inconstitucional,

o que claramente nos fatos apresentados anteriormente evidencia a inexistência de relação jurídico tributária. Nestes casos deve também ser adotada outra medida de proteção ao dinheiro do contribuinte, a ação de consignação em pagamento dos tributos sobre os quais se tem dúvida quanto à sua exigibilidade, incorrendo no procedimento especial esculpido nos Art. 539 e 541 do CPC (BRASIL, 2016b, p. 118).

Deste modo, requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, à data do depósito, os juros e os riscos, salvo se a demanda for julgada improcedente, fato este cuja probabilidade é muito baixa de acontecer. Sendo imperiosa a aplicação de todas as ações mencionadas neste projeto, a fim de garantir a melhor prestação jurisdicional possível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição de iluminação pública é tributo devido à municipalidade, cuja função é custear o serviço que carrega em seu nome. Em 2009, o município de Porto Nacional, Estado do Tocantins, publicou a Lei que regula este tributo no âmbito municipal, disposto nos Art. 207 a 212.

Verificou-se neste estudo uma realidade diversa do que dispõe a referida legislação municipal, observando-se manifesta cobrança em duplicidade da CIP, em carnê de IPTU e na fatura de energia elétrica, conforme demonstrado.

Como forma de solução do *bis in idem* da cobrança deste tributo dos contribuintes de Porto Nacional, à luz dos princípios da justiça e da boa fé, e com supedâneo no arcabouço tributário nacional, delineado neste artigo, propõe-se o ajuizamento individual de ação anulatória e de repetição de indébito tributário, bem como ação declaratória de inexigibilidade e consignação em pagamento nos moldes das medidas judiciais abordadas.

Em que pese a urgência da situação e de sua relevância social, não se pode olvidar que esta matéria não é de competência do Ministério Público, uma vez que não são todos os contribuintes do município de Porto Nacional que estejam na mesma condição de onerosidade excessiva causada pelo lançamento em duplicidade da contribuição de iluminação pública.

Por fim, ressalta-se que o estudo em foco pode subsidiar o processo de análise da legislação municipal, bem como situação específica para os contribuintes da municipalidade de Porto Nacional, no que concerne à Contribuição de Iluminação Pública, bem como as formas de cobrança e medidas judiciais cabíveis na defesa dos direitos a eles garantidos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2016. 800 p. ISBN 9788530968144.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016a. 496 p. ISBN: 978-85-7018-698-0. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 9 maio 2020.

BRASIL. **Código tributário nacional**. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 188 p. ISBN 9788570184658. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496301/000958177.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 9. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016b. 317 p. ISBN: 9788570187109. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC_9ed_2016.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 804189 RJ 2005/0208231-0 – Inteiro Teor. Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Procurador: Março Antônio Ferreira Macedo e outros. Recorrido: José Fernandez Fernandez. Advogado: Aníbal Salim. **Jusbrasil**, 27 fev. 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8957362/recurso-especial-resp-804189-rj-2005-0208231-0/inteiro-teor-14127937>. Acesso em: 15 out. 2020.

CASSONE, Vitório; ROSSI, Júlio César; CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. **Processo tributário**: teoria e prática. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 453 p. ISBN 9788597012699.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018a. 526 p. ISBN 97885015614.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018b. 571 p. ISBN: 9788597013900.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. ISBN 9788547214722.

PORTO NACIONAL (Município). **Lei complementar nº 007 de 29 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre o sistema tributário municipal e estabelece normas gerais suplementares em matéria de legislação tributária no município de Porto Nacional - TO. Porto Nacional: Secretaria Municipal da Fazenda, 2009. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B8ufipJBFGfLMWdMWmF2aISeDQ/view>. Acesso em: 15 maio 2020.

PORTO NACIONAL (Município). **Lei n. 1755 de 30 de dezembro de 2002**. Regulamenta cobrança da contribuição para custeio da Iluminação Pública e dá outras providências. Porto Nacional: Secretaria Municipal da Fazenda, 2002. 2 p. Disponível em: https://sapl.portonacional.to.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2002/619/619_texto_integral.pdf. Acesso em: 19 maio 2020.

POUSO ALEGRE (Município). **Lei ordinária nº 4118, de 27 de dezembro de 2002**. Dispõe sobre a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública prevista no art. 149-A da Constituição Federal e dá outras providências. Pouso Alegre, MG: Câmara Municipal, 2002. Disponível em: <https://consulta.siscam.com.br/camarapousoalegre/Normas/Exibir/55730>. Acesso em: 9 maio 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1328 p. ISBN 9788547213640.

NOTAS:

[1] Professor na graduação em Direito UNICATÓLICA. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Especialista em Direito Público pela Universidade Salesiano (2009), possui graduação em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul (2006). Telefone: (63) 08437-8057. E-mail: eric.migani@p.catolica-to.edu.br.

AS IMPLICAÇÕES (IN) LEGAIS QUANTO À ADOÇÃO INTUITU PERSONAE EM FACE DO DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

ANA LEONOR: Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

EMANUELLE ARAUJO CORREIA^[1]
VALDIRENE CASSIA DA SILVA^[2]
(orientadoras)

RESUMO: O presente artigo trata da modalidade de adoção *intuitu personae*, o objetivo desse trabalho é revelar as implicações (in) legais acerca do tema em face do direito constitucional à convivência familiar. No decorrer dos anos, é perceptível o avanço da legislação no instituto da adoção, todavia o dilema de crianças e adolescentes que crescem institucionalizadas, ainda é uma realidade no nosso país, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e na valorização da afetividade já construída entre o adotante e adotado, busca a relativização do cadastro de adotante em casos de adoção direta, com a finalidade de amenizar as consequências que é crescer sem uma família. O método utilizado no presente trabalho foi o de coleta de dados bibliográficos integrativo.

Palavras Chaves: Adoção *Intuitu Personae*; Convivência familiar; Crianças institucionalizadas; Cadastro de adotantes; Afetividade.

ABSTRACT: This article deals with the type of adoption *intuitu personae*, the objective of this work is to reveal the (in) legal implications about the theme in view of the constitutional right to family life. Over the years, the advancement of legislation in the adoption institute is noticeable. However, the dilemma of children and adolescents who grow up institutionalized is still a reality in our country, based on the principle of the best interest of the child and on the appreciation of affection already built between the adopter and the adopted, it seeks to relativize the registration of the adopter in cases of direct adoption, in order to mitigate the consequences that it is to grow up without a family. The method used in the present work was the collection of integrative bibliographic data.

Key words: Adoption *intuitu personae*; Family living; Institutionalized children; Registration of adopters; Affectivity.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: UTOPIA E REALIDADE. 2.1 Breve análise sobre a trajetória da adoção. 2.2 Contexto. 2.3 Vicissitudes e certezas. 2.4 O direito à convivência familiar. 2.5 Aplicação da adoção *Intuitu Personae*: Projeto de Lei n. 369/2016. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O instituto da adoção ao longo dos anos passou por modificações para se adequar ao que é melhor para o infante, o objetivo da adoção hoje é um só: permitir que filhos afastados da sua família de origem, tenham a possibilidade de ingressar em uma família substituta que os ame e exerça o mesmo papel dos parentes sanguíneos.

No site do Conselho Nacional de Justiça os dados mostram que o número de crianças disponíveis para adoção é inferior a quantidade de pretendentes que querem adotar, diante de tal disparidade surge a modalidade de adoção *intuitu personae*.

A adoção *intuitu personae* ou adoção dirigida, consiste na adoção de menores devido ao vínculo de afetividade que foi desenvolvido entre adotando e adotante ou ainda, quando a mãe biológica direciona a adoção a determinada pessoa. Veremos ao longo do artigo que essa prática busca a relativização do cadastro de adotantes diante de princípios basilares da adoção.

A proposta do artigo é abordar sobre essa modalidade, trazer o celeuma acerca da sua legalidade no ordenamento jurídico brasileiro, discorrer sobre a importância do direito constitucional à convivência familiar na vida das crianças e adolescentes, e propor formas de aplicação da adoção *intuitu personae* em face desse direito fundamental.

No primeiro capítulo aborda-se sobre a trajetória da adoção, sua evolução desde sociedades mais remotas até os dias de hoje, vê-se o progresso do objetivo da adoção que antigamente a coletividade entendia o instituto apenas como meio de prosperar a linhagem e na perpetuação da herança.

O segundo capítulo aborda-se sobre a modalidade *intuitu personae*, contextualizo-a e apresento entendimentos opostos quanto a sua legalidade. Seguindo o corpo do artigo discorro sobre as vicissitudes e certezas desse instituto. Logo em sequência, expõe-se a importância do direito constitucional à convivência familiar e como a falta desse direito afeta o desenvolvimento da criança.

Por último, aborda-se a aplicação do Projeto de Lei n. 369/2016, com o fito de que a adoção *intuitu personae* seja reconhecida como meio de adoção nos casos em que haja comprovação de vínculo socioafetivo, em busca de proporcionar efetivamente o direito à convivência familiar para crianças e adolescentes.

2. ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*: UTOPIA E REALIDADE

2.1 Breve análise sobre a trajetória da adoção

Para falarmos de adoção *intuitu personae*, é preciso compreender a evolução e as transformações que ocorreram nesse instituto ao longo dos anos, uma vez que foi através desse avanço que se tornou possível falar dessa modalidade de adoção.

A adoção é uma prática antiga, nas sociedades mais remotas existia a preocupação em deixar herdeiros para cultuar os antepassados, dessa forma os casais que não conseguiam ter filhos era consentido a adoção como meio de perpetuar a família. Sendo assim, na Roma antiga era permitido um homem ter filhos de origem biológica ou de origem legal, por meio da adoção.

No período da Idade Média, com a ascensão do cristianismo e com a ideia de que a sucessão só acontecia de forma hereditária, esse instituto caiu em desuso. Depois de décadas, somente com a entrada do código civil de 1916, que foi permitido a adoção no Brasil, com o objetivo de regular o direito daqueles que não podiam gerar filhos biológicos.

Esse objetivo só foi alterado com a Lei n. 3.133/57, que passou a permitir a adoção à casais que já possuíam prole natural, deixando de encará-la como última alternativa à esterilidade ou à necessidade de transmissão de bens patrimoniais. Portanto, passou a ter como preocupação primordial as crianças e adolescentes afastados do convívio familiar.

Foi com o avanço dessa visão, que a Constituição Federal de 1988, determinou a igualdade entre os filhos, em sequência o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), passou a conduzir a adoção de crianças e adolescentes. Mais tarde, surgiu também a Lei n.12.010/2009 que alterou alguns artigos do ECA, com a finalidade de aperfeiçoar a sistemática prevista.

Extrai-se dessa breve análise que durante muito tempo, a visão da época era voltada à proteção do instituto da família e do patrimônio, não havendo preocupação com a situação jurídica da criança que estava fora de um seio familiar. Maria Berenice Dias, expõe uma comparação sobre as famílias:

Nem se sabe como começou, mas muitos foram os fatores que levaram à transformação da família patriarcal, de uma unidade de procriação e produção para a família dos dias de hoje: nuclear e linear. A nova família se estrutura nas relações

de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade⁴. (DIAS, 2010, p.29)

Fica claro, a evolução social do instituto da adoção, na época atual a vontade de adotar só pode ser impulsionada por um único desejo: a vontade de ter um filho. Apesar da adoção atender a necessidade de ambos, da criança e do adolescente de terem pais e à de adultos de serem pais, não resta dúvidas que o principal interessado no processo de adoção é o adotando.

Mesmo com os avanços na legislação para resguardar os direitos desses menores, muitas crianças e adolescentes ainda são privadas do direito constitucional à convivência familiar, com o fito de resguardar esses direitos, assim como às outras modalidades de adoção, a *intuitu personae emergi* na sociedade brasileira.

2.2 Contexto

Entende-se por adoção *intuitu personae*, quando há um desejo dos pais biológicos ou do representante legal da criança ou adolescente, em entregar o filho a determinada pessoa, ou ainda quando certa pessoa deseja adotar criança específica, pois com ela detém de laços de afetividade. Essa modalidade de adoção, também pode ser chamada de adoção direta ou consentida.

Chama-se de adoção *intuitu personae* quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma certa criança. As circunstâncias são variadas. Há quem busque adotar o recém-nascido que encontrou no lixo. Também há esse desejo quando surge um vínculo afetivo entre quem trabalha ou desenvolve serviço voluntário com uma criança abrigada na instituição. Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretense adotante. Porém, a tendência é não reconhecer o direito de a mãe escolher os pais do seu filho⁵. (DIAS, 2010, P.90)

Segundo Washington de Barros Monteiro, foi Justiniano quem simplificou o instituto da adoção ao permitir que o pai biológico e o pai adotivo comparecessem perante o magistrado para que fosse efetivada a adoção de comum acordo. Pode-se dizer que aí está a origem da adoção *intuitu personae*, já que o genitor entregava seu filho em adoção a quem elegeisse apto a recebê-lo como membro de sua família.

A adoção consentida, não foi banida do nosso ordenamento jurídico, está prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e Adolescente, no qual determina que o consentimento dos pais de forma expressa para colocação em família substituta poderá ser formulado diretamente em cartório.

Tal como, o art. 50, §13 da Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, a adoção sem cadastro prévio, para os pretendentes residentes no Brasil, será deferida quando: houver interesse do cônjuge em adotar enteado, ou for formulado pedido de parente que tem afinidade com a criança e no caso, de quem detém a guarda ou tutela do menor, que deve ter de três anos pra cima e não comprovado má-fé. (Brasil, 2009)

Dessa forma, com a adição do §13, surgem dois modos de encarar a adoção *intuitu personae*. Pelo primeiro entendimento, essa modalidade de adoção é ilegítima, visto que a dispensa ao Cadastro Nacional de Adoção, propicia o tráfico de menores, simulações de venda e obtenção de vantagem, também são comuns argumentos no sentido que não cabe a mãe biológica decidir o encaminhamento do filho.

O segundo entendimento, defende que a lei não pode acabar com a adoção *intuitu personae*, deve ser avaliado cada caso concreto, levar em conta suas peculiaridades, o melhor interesse da criança, os laços de afetividade e respeitar o direito constitucional à convivência familiar.

A dúvida, acerca da legalidade desse instituto, surge no momento em que a Lei da Adoção (Lei nº 12.010/2009), altera o artigo 50, acrescentando o §13. Diante desse fato, nasce dubiedades de entendimento, vamos ver mais adiante dois julgados, um que se posiciona a favor e outro contra.

Conclui-se que essas implicações in (legais) quanto à adoção *intuitu personae* em face do direito constitucional à convivência familiar, é perfeitamente cabível, até que ponto é legal ou ilegal consentir com essa modalidade de adoção e o que está disposto na lei é suficiente para que esse menor tenha garantido de forma eficaz seu direito constitucional à convivência familiar.

2.3 Vicissitudes e certezas

Em que pese a celeuma quanto às implicações (in) legais da adoção *intuitu personae*, vimos ao longo do texto que com a entrada da Lei da Adoção (Lei nº 12.010/2009), essa modalidade de adoção passou por modificações no nosso ordenamento jurídico, quanto a sua possibilidade de aplicabilidade.

Parte dos doutrinadores, acreditam que não tem o que falar em adoção *intuitu personae*, com a alteração feita no art. 50, §13, nem legal ela seria. São comuns argumentos, como: esse tipo de adoção dá ensejo ao tráfico de menores e desrespeita a ordem cadastral. Dessa forma, é possível encontrar julgados desfavoráveis, bem como o Agravo de Instrumento nº 70078752177:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. GUARDA PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. 1- Considerando que os agravantes não se encontram habilitados à adoção, a análise do pedido de guarda provisória não pode prescindir da apuração dos requisitos previstos no ECA à autorização excepcional de uma eventual adoção *intuitu personae*. 2- Ausentes os requisitos necessários constantes no §13 do art. 50 do ECA para eventual deferimento do pedido adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado na lista de habilitados à adoção, inviável o deferimento da guarda provisória. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (RS, 2018).

A jurisprudência apresentada acima demonstra que foi mais relevante privilegiar o Cadastro de Adotantes, visto que foram ausentes os requisitos previstos no art. 50, §13. Acerca desse artigo, Digiácomo (2017), afirma que o único caminho legal a se seguir é o da habilitação, permitir a adoção consentida é dar espaço para aqueles que se utilizam de má-fé.

Para os que entendem dessa forma, a adoção direta sempre estará permeada pela violação dos direitos das crianças e pela prevalência dos interesses daqueles que desejam, a qualquer custo, ter um filho. O problema dessa posição radicalizada, é ignorar a realidade do Brasil, afinal de contas esse tipo de adoção é um comportamento antigo.

Por outro lado, alguns doutrinadores defendem a aplicabilidade da adoção *intuitu personae*, com base nos entendimentos de que: a mãe biológica detém do direito de escolha em querer o melhor para o seu filho e no critério de afetividade que o menor possui com o adotante. Diante disso, trago a Apelação Cível nº 70080481773, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. ABANDONO E

NEGLIGÊNCIA DA GENITORA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. MENOR JÁ ADAPTADA COM OS GUARDIÕES. CABIMENTO DA ADOÇÃO. Cabível a destituição do poder familiar, imposta à genitora que não cumpria com os deveres insculpidos no art. 1634 do cc e nos arts. 227 e 229 da CF, porquanto não apresenta condições de cuidar da filha menor de idade e zelar pelas necessidades materiais e emocionais da infante. Ademais, a menor já está adaptada com os guardiões, reconhecendo-os como pais, o que justifica a adoção⁶.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assentou o entendimento nesse julgado que quando surgem relações de afeto entre os adotantes e a criança, não tem porque não consentir a adoção intuitu personae, ou seja, o Cadastro de Adotantes não pode ser visto como regra, diante da singularidade que envolve o afeto já sacralizado entre os maiores envolvidos.

Não restam dúvidas de que o Cadastro de Adotantes garante, na maioria das situações, a legalidade, a lisura e a imparcialidade do processo de adoção; porém, não é absoluto e, cada caso tem que analisado de acordo com suas peculiaridades. Isso porque a listagem não pode ser mais importante que a adoção em si.

Mesmo que para alguns doutrinadores, a adoção consentida dá ensejo para tráfico de menores, favorecimento de pretendentes e oportunidade de extorquir mães biológicas. Segundo Bordallo (2010), não podemos ser precipitados ao afirmar que todas as situações são precedidas de má-fé, mesmo que esses atos ilícitos sejam abomináveis, como a venda de menores. Os auxiliares do direito com suas ferramentas são responsáveis por investigar qualquer ato proibitivo e caso ele ocorra, deve ser tomada as medidas cabíveis.

Quanto ao favorecimento de pretendentes, Dias (2013) afirma que é mais importante que a criança seja adotada por quem já às ame, do que privilegiar uma ordem de cadastros, ainda que haja determinação que essas listas sejam elaboradas. É injustificável negar a adoção, se for o melhor para o adotando, por conta de uma prévia inscrição de interessados.

Alegam ainda, em desfavor da adoção intuitu personae, que os pais biológicos não possuem qualificação adequada para escolherem uma família adotiva para o seu filho. Em relação à isso, Dias (2013) argumenta que a lei prevê o direito dos pais em nomear tutor aos seus filhos, se é possível escolher a quem

dar tutela, porque não escolher a melhor família para o adotando, além do mais a criança só é dirigida a adoção com o consentimento dos pais.

Posto isto, é entendível que do feitiço legal, a lei não permite, expressamente, a adoção consentida, mas a partir da evolução do conceito de família, a valorização do afeto e da afetividade, e diante do princípio do melhor interesse da criança, que está acima de qualquer norma positivada, é possível a manutenção de qualquer situação, mesmo que não expressa na lei, a fim de permitir que esse menor tenha seu direito à convivência familiar resguardado.

2.4 O direito à convivência familiar

O princípio da convivência familiar, que tem como base o direito de crianças e adolescentes de conviver com uma família, está regularizado no Estatuto da Criança e Adolescente, nos artigos 19 ao 24 e na Constituição Federal no art. 227, vejamos o que diz esse último dispositivo legal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁷.(CF, 1998, art.227)

Sua natureza jurídica é de direito fundamental especial, tendo em vista os sujeitos envolvidos. Corresponde ao direito da criança e do jovem à integração social no meio em que vive, frequentando a escola, a casa de amigos, a igreja, etc., bem como se refere ao direito de ser criado em uma comunidade familiar natural ou substituta.

O direito à convivência familiar é de fundamental importância para crianças e adolescentes, uma vez que a família é o principal influenciador desses menores, seja na sua transformação como sujeito, no seu desenvolvimento afetivo, físico, psicológico e até na sua condição de saúde. Ela tem o papel de ajudar esses menores na socialização com a sociedade e na busca do seu “eu” (PNCFC, 2006).

A ruptura no processo de formação de vínculos de afeto, formados a partir de cuidados e convivência, podem levar a criança a desenvolver distúrbios de personalidade, crises na formação de sua identidade e em alguns casos afetar o

desenvolvimento físico desse menor. Portanto, a criança necessita de estabilidade e continuidade em sua convivência familiar para que possa ter pleno desenvolvimento.

As oscilações na continuidade afetiva, necessária ao desenvolvimento infantil, podem desencadear problemas psicológicos, a criança que passa por isso, no mínimo vai se tornar um adulto inseguro de si. Essa situação é a realidade da maioria das crianças e adolescentes crescidas em uma instituição de acolhimento.

Como diz Moreira (2016), a fase de desenvolvimento é rápida, contudo marcante. Menores condenados à institucionalização, tem pressa em ter respeitado o direito à convivência familiar.

Quando acontece à institucionalização, o sofrimento da criança em se ver separada de quem ela reconhece como família, pode ser amenizado com a família substituta, que satisfazendo suas necessidades emocionais, poderá dar a chance para que esse adotando que teve seu processo de desenvolvimento interrompido, continue a se desenvolver (Spitz, 2000).

O direito à convivência familiar está ligado a três conceitos introduzidos no ECA pela Lei n. 12.010/2009, quais sejam: família natural, família extensa e família substituta. De acordo com o estatuto, a família natural é aquela com quem a criança tem laços sanguíneos, genéticos.

Essa modalidade de família é a preferida pelo legislador, a reinserção na família natural será preferida em relação a qualquer outra medida. Para Diniz (2016), a insistência para que a criança permaneça na família natural é um engano, quando alguém entrega seu filho para adoção, é porque não tem como permanecer com ele e quando essa é retirada da convivência com os pais, significa que a própria família não fez nada para protegê-la.

A família extensa, é aquela que vai além da unidade formada por pais e filhos, alcançando parentes próximos com quem a criança convive, mantendo laços de afinidade e afetividade, como por exemplo: tios e avós. Essa modalidade é preferida em relação à família substituta, pois entende-se que os vínculos já estabelecidos facilitariam a adaptação da criança.

De acordo com Diniz (2016), é insustentável que crianças e adolescentes sejam institucionalizadas às vezes por anos, na tentativa de que os pais ou algum familiar se responsabilize por elas, dessa forma essas acabam crescendo em abrigos, subtraindo as chances de serem adotadas.

As definições acima, permitem entender que a criança só poderá ser colocada junto a estranhos quando não existir família natural, não existir família extensa ou quando estas não atenderem ao melhor interesse da criança, caso em que se dará a perda ou a suspensão do poder familiar.

Somente neste contexto surgirá a família substituta, que pode se dar de três formas: por meio da guarda, tutela ou da adoção. Essa modalidade corresponde à comunidade de existência voltada à proteção e ao acolhimento de crianças e adolescentes em situação de risco.

Então, o pressuposto para colocação de uma criança em família substituta é a ausência de medidas alternativas para sua manutenção junto a sua família natural ou extensa, ou ainda que as medidas existentes sejam insuficientes para solucionar a situação da criança.

Segundo Diniz (2016), juízes e promotores devem ter coragem para agir segundo o preceito constitucional que assegura à convivência familiar, diante da falta de vontade política em criar mecanismos eficientes para agilizar o processo de adoção. É preciso que os abrigos sejam casas de passagem e não depósitos permanentes.

2.5 Aplicação da adoção Intuitu Personae: Projeto de Lei n. 369/2016

O projeto de Lei n. 369/2016, de autoria do senador Aécio Neves, tem como objetivo a alteração da Lei n° 8.609 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no seu artigo 50, §13. Acrescenta o inciso IV, altera a redação do §14 e inclui o §15 na mencionada legislação.

O artigo 50, §13, alterado pela Lei n. 12. 010/2009, traz a seguinte redação:

Parágrafo 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

- I. Se tratar de pedido de adoção unilateral;
- II. For formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
- III. Oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a

ocorrência de má-fé ou qualquer situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei⁸.

Com a alteração proposta, passaria a ter a seguinte redação:

Artigo 13.

IV. Se tratar de adoção na modalidade *intuitu personae*, mediante a comprovação de prévio conhecimento, convívio ou amizade entre adotantes e a família natural, bem como, para criança maior de dois anos, do vínculo afetivo entre adotantes e adotando.

§ 14º. Nas hipóteses previstas no § 13º deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei, inclusive submetendo-se ao procedimento de habilitação de pretendentes à adoção.

§ 15º Não se aplica a hipótese do inciso IV do § 13º deste artigo em favor de candidato a adoção internacional⁹.”

A justificativa apresentada pelo senador para a alteração legislativa é a inexistência de previsão legal para essa modalidade de adoção, existindo grande controvérsia e insegurança jurídica ao seu respeito, bem como inúmeros casos de adoção *intuitu personae* que acontecem no dia-a-dia.

Esse projeto tem relação direta com possibilidade da adoção consentida, pois a introduz na lei como forma oficial de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

A relatora, senadora Rose de Freitas compartilha do entendimento que a aprovação do projeto permitirá a pacificação do entendimento de que a adoção *intuitu personae*, é finalmente legal e permitida pelo direito brasileiro, a mesma demonstra receio no fato da relativização do cadastro poder dar ensejo à venda de menores, mas concorda que para esse tipo de conduta já há tipificação legal.

Dessa forma, Rose de Freitas vota pela aprovação do projeto. E afirma que, o consentimento deste instituto só trará benefícios aos pequenos brasileiros. No que concerne ao mérito, a medida é considerada louvável e inovadora, pois está muito bem ajustada ao espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O projeto de Lei encontra-se em trâmite, devolvido pela Senadora Rose de Freitas por não pertencer mais aos quadros dessa Comissão, a matéria foi redistribuída e aguarda designação de relator.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo abordado no estudo, as conclusões advindas da pesquisa permitem afirmar que a adoção *intuitu personae*, não possui existência de previsão legal no nosso ordenamento jurídico, e apesar de haver dualidade entre os doutrinadores, a aplicação dessa modalidade caminha para sua aceitação.

O direito constitucional à convivência familiar, ainda não é verificado na prática, pois crianças e adolescentes permanecem crescendo dentro de instituições de acolhimento. Diante dessa situação, não se pode restringir a efetivação da modalidade de adoção *intuitu personae*, uma vez que, a depender do caso concreto, considerando o melhor interesse da criança, a afetividade e afinidade seria mais vantajoso para a mesma.

Vê-se que o Cadastro de Adotantes tem sua importância, mas deve ser relativizado em alguns casos, pois nada pode ser absoluto quando estiver em pauta a vida de uma criança.

A adoção *intuitu personae*, sem dúvidas, é meio legítimo para garantir o direito à convivência familiar e alternativa fundamental às crianças e adolescentes institucionalizadas que não tem chance de ingressar em uma família substituta pelo Cadastro de Adotantes, que analisa o perfil do adotando, mas é incapaz de considerar o vínculo afetivo existente.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição de 1988. **Dispõe sobre a Constituição Federativa do Brasil.** Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: maio 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho, de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente.**

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: maio 2020.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre a Adoção.** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm >.
Acesso em: maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70078752177**, Oitava Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 01/11/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação civil nº 70080481773**, Sétima Câmara Cível, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 27/02/2019.

CARVALHO, Laura de Freitas. **Adoção Intuitu Personae: Contrapondo entre a observância da ordem cadastral previsto pelo ECA e o princípio do melhor interesse da criança e adolescente.** 2018. 66f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Curso de Direito, Faculdade de Direito do Recife, UFPE. Recife, 2018.

CONANDA. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária.** Disponível em: < https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_Criancas

[Adolescentes%20.pdf](#) >. Acesso em: maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto.** 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Manuela Beatriz. **Adoção intuitu personae no direito brasileiro: uma análise principiológica.** 2013. 117f. Dissertação de mestrado. Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de Menores: Intuitu Personae.** 1.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Ana Paula Silveira. **Adoção Intuitu Personae em face do Princípio da Proteção Integral da Criança.** 2017. 69f. Trabalho de Conclusão de Curso

(Graduação em Direito). Curso de direito, Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Brasília, 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Vicissitudes e Certezas que envolvem a adoção consentida**. Disponível em:
< <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/286.pdf> > Acesso em: maio 2020.

TELLES, R.A efetividade da matriz de amarração de Mazzon nas pesquisas em Administração. **Revista de Administração**, v. 36, n. 4, p. 64-72, 2001.

NOTAS:

[1] 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). Atua como advogada no Estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito da Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil

[2] Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Comunicação, Estratégias e linguagens. Graduada em Comunicação Social, habilitação em Relações Públicas. Atualmente é professora titular da Universidade Luterana de Palmas - Ceulp/Ulbra e Faculdade Católica do Tocantins - FACTO. Tem experiência na área de Comunicação, com ênfase em tecnologias da informação e da comunicação, atuando principalmente nos seguintes temas: comunicação, mídia e cultura. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins-Brasil.

A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

FELIPE ALCÂNTARA DOS SANTOS:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus- ULBRA. Estagiário na Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

RESUMO: O presente artigo demonstra a importância de uma atuação mais proativa do Poder Judiciário em face da busca pela concretização dos direitos fundamentais sociais. Para tanto, no deslinde descreve brevemente a evolução da Carta Magna, exemplificando as sete constituições que já vigoraram em nosso ordenamento jurídico, dando enfoque aos avanços e regressos dos direitos sociais até os dias atuais. Em seguida relata o fortalecimento do Poder Judiciário, haja vista, como será ilustrado, esse originariamente tinha um papel limitado e atualmente tem atuado no sentido mais proativo, buscando dar efetividade as normas que estabelecem os direitos fundamentais sociais previstos no texto constitucional, situação essa muito criticada. No mais, demonstra sua conclusão na qual, em suma, relata sobre a importância do judiciário na efetivação dos direitos sociais, tendo como um de seus fundamentos a impossibilidade de o legislador prever todas as situações reais possíveis no campo abstrato, surgindo por consequência a imprescindibilidade de um poder judiciário mais ingerente em busca da satisfação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais. Poder Judiciário. Ingerência. Concretização.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. O NEOCONSTITUCIONALISMO. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. Breve histórico constitucional dos direitos fundamentais sociais. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS. Fortalecimento do Poder Judiciário após a CF/88. Ativismo Judicial. Reflexos da atuação positiva do ativismo judicial no atual cenário brasileiro. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O início desse século é marcado por uma nova era judiciária, reflexo de uma evolução social e normativa. Isso porque os direitos sociais previstos em nossa Carta Magna, que visam assegurar o mínimo para que a sociedade tenha uma vida digna, não estão sendo implementados de forma satisfativa pelo Poder Executivo e Legislativo. A falta ou diminuta implementação dos direitos sociais fere não só o ordenamento jurídico brasileiro, visto estar expressamente previsto na Carta Maior,

mas também princípios universais, como a igualdade em sentido amplo e a dignidade da pessoa humana.

Diante da ineficácia legislativa e executiva, surge um novo Judiciário como forma de amparar as necessidades da sociedade, que há tempos vem sendo negligenciada pelos demais poderes.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a atuação ativista do Poder Judiciário é fruto do descaso dos Poderes Executivo e Legislativo, que não se incumbiu de seu papel de garantidor da efetivação dos direitos sociais.

Ainda, cabe ressaltar que nem sempre os direitos fundamentais sociais tiveram a relevância e o reconhecimento consagrado que hoje se tem, já que a garantia desses direitos foi fruto de uma evolução de pensamentos da sociedade, na qual o Poder Judiciário também atuou como forma de provedor desses direitos, a exemplo do fornecimento de medicamentos por meio da judicialização da saúde.

No mais é de se reconhecer a impossibilidade de previsão de todas as situações reais possíveis, o que fundamenta ainda mais a postura proativa.

Logo, o presente trabalho é de grande relevância social, pois com a falta de implementação dos direitos fundamentais sociais, quais sejam, saúde, educação, moradia, dentre outros, torna-se necessária a atuação do Poder Judiciário, como forma de garantir que tais direitos sejam efetivados, haja vista o descaso dos demais poderes na concretização de tais direitos.

Com isso, este artigo busca demonstrar a importância desse novo papel do judiciário, elencados exemplos concretos de tal postura que comprovam a necessidade desse agir no contexto atual.

O NEOCONSTITUCIONALISMO

Até meados do século XX, ainda sob a influência dos ideais liberais de fins do século XVIII, a lei era centro do ordenamento jurídico. O aspecto formal predominava ao se analisar a validade de uma norma. (RESSURREIÇÃO, 2012).

Posteriormente, foi com a segunda guerra mundial, com a figura do nazismo e toda a atrocidade da guerra, que houve um novo pensar, uma necessidade de resguardar a própria condição humana, de assegurar a existência da humanidade, foi assim que a dignidade da pessoa humana passou a ter força normativa. No mais, com os movimentos que questionavam os planos políticos, filosóficos e jurídicos da

época, vindos desde meados do século XVIII, nasceu o que se denominou de Neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno.

Esse é o ensinamento de Marcelo Novelino:

A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e pela barbárie praticada durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores. Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro lado, foram responsáveis pela reação que culminou com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático. (NOVELINO, 2016, p. 52)

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, essa passou a ser consagrada como um diploma de referência para as demais normas jurídicas, de modo que para uma norma ser considerada compatível com o ordenamento jurídico deve passar por uma verificação de conformidade, uma filtragem com a carta magna, sob pena de ser considerada inconstitucional ou ser revogada.

No mais, nas palavras de Walber de Moura Agra (2005, p. 31 apud Lenza, 2011, p.60):

“o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade (...). Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) Positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.”

Portanto, com a Constituição sendo o centro do ordenamento jurídico, passou a positivizar diversos direitos fundamentais e ser o instrumento idôneo para uma efetiva proteção desses direitos para sociedade, dentre os quais, destacam-se os direitos sociais prestacionais.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Breve histórico constitucional dos direitos fundamentais sociais

Primeiramente é necessário tecer comentários sobre o processo histórico dos direitos sociais nas constituições brasileiras anteriores para, assim, adentrar nos direitos sociais da atual carta magna.

A Constituição de 1824, até o momento, foi a de maior duração, considerando as sete que tivemos em toda a história do Brasil independente. Foi a primeira do Brasil independente, sendo uma constituição outorgada, semirrígida e que estabeleceu a existência de quatro poderes (além dos tradicionais poderes previstos na teoria da tripartição dos poderes, foi instituído o Poder Moderador).

No tocante aos direitos sociais, foi a pioneira ao prever, em seu art. 179, a garantia dos socorros públicos e a instrução primária gratuita a todos os cidadãos.

Após o golpe político que instituiu a República, no Brasil, em novembro de 1889, a criação de um novo texto constitucional que pudesse prever as transformações trazidas pela República, passou a ser urgente e indispensável. Inspirada na Constituição liberal dos Estados Unidos, a Constituição de 1891 foi promulgada e assegurou um rol exemplificativo de direitos fundamentais.

Nos dizeres de José Afonso da Silva (2002, p.168), a Constituição era um belo arcabouço formal, tecnicamente bem feita e sintética (noventa e um artigos, enquanto a do Império tinha cento e setenta e nove). Era, no dizer de Amaro Cavalcanti, o “texto da Constituição norte-americana completado com algumas disposições das constituições suíça e argentina”.

No mais acrescentou o direito à associação e à reunião quanto aos direitos e garantias fundamentais, no entanto, não previu o direito ao socorro público, o que representou um retrocesso no que diz respeito aos direitos sociais.

Após o golpe político articulado por Getúlio Vargas em 1930, juntamente com a crise econômica de 1929, bem como os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, surgiu da necessidade de reorganização jurídica e institucional do Estado brasileiro, resultou na criação da constituição de 1934.

Lenza (2011, p. 106), informa que “Por isso que a doutrina afirma com tranquilidade, que o texto de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, evidenciando, assim, os direitos humanos de 2º geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado social de direito (democracia social).”

A constituição de 1934 teve curta duração, sendo abolida pelo golpe militar de 1937.

Nesse mesmo ano, foi outorgada nova Carta Magna, apelidada de “polaca” em virtude de ter sido inspirada na constituição fascista da Polônia.

Lenza (2011, p.109) salienta que “além de fechar o Parlamento, o Governo manteve amplo domínio do Judiciário. A Federação foi abalada pela nomeação dos interventores. Os direitos fundamentais foram enfraquecidos(...). Para piorar, os partidos políticos foram dissolvidos.”

No tocante aos direitos sociais, Livia de Paiva Afonso relata que:

“deixou de prever a sujeição da ordem econômica aos princípios da justiça e às necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos a existência digna. Deixou, ainda, de estabelecer: I) a função social da propriedade; II) a fixação de percentual para aplicação na educação; III) a adoção de medidas tendentes a restringir a mortalidade (e as morbidades infantis) e de higiene, que impedissem a propagação das doenças transmissíveis, IV) a obrigatoriedade das empresas industriais ou agrícolas fora dos campos escolares; V) e onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, a obrigatoriedade de proporcionar ensino primário gratuito”.(AFONSO, 2013, p. 19-20)

Nesse contexto, Lenza ressalta que:

Durante a segunda guerra mundial, o governo brasileiro declarou ofensiva contra os países do “EIXO” (destacando-se como principais potências a Alemanha, a Itália e o Japão”, entrando no confronto ao lado dos “Aliados” (destacando-se como principais potências a China, a França, a Grã Bretanha, a União Soviética e os Estados Unidos) (...) (LENZA, 2011, p. 112)

Com a derrota do bloco nazifascista, grupos opositores a Vargas, aproveitaram esse contexto para derrubar o Estado Novo e, assim, o executivo passou a ser exercido pelo então Presidente do STF que governou até a eleição que elegeu o General Gaspar Dutra como o novo presidente da República.

A mesa da Assembleia convocada por Eurico, novo Presidente da República, foi eleita em dezembro de 1945, iniciando seus trabalhos no ano seguinte, e no dia

18 de setembro de 1946 foi promulgada a Carta Magna, chamada de “Quarta República”.

A nova carta tinha como um dos seus objetivos expurgar os atos repressivos criados durante o estado novo e ainda, consoante, Lenza (2011, p. 113). “o texto buscou inspiração nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934”

Ainda, consoante ensinamento de Antônio Fernando Pires:

A Carta de 1946, de 18 de setembro de 1946, é considerada por muitos autores como a melhor que tivemos. Saboreava ares de democracia e liberdade pós-guerra e restituiu inúmeros avanços que tivemos na Constituição de 1934. Uma das principais mudanças foi a restauração dos Três Poderes, independentes e harmônicos entre si. O Poder Judiciário recuperou seu prestígio ao declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e fixou as três conhecidas garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos”. (PIRES, 2016, p. 53)

No tocante aos direitos sociais, a Constituição de 1946, baseando-se na tradição da Constituição Alemã de Weimar, passou a assegurar direitos à educação e à cultura, bem como trabalhos que possibilitassem existência digna.

Posteriormente, por meio de um golpe Militar o então presidente João Goulart foi derrubado, assim em 1967, foi outorgada uma nova constituição, na qual, segundo José Afonso da Silva, esta Constituição:

Sofreu poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. Reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos, o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, consistente na participação de uma entidade na receita de outra, com acentuada centralização (...).

Reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em geral, é menos intervencionista que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade,

autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária(..). (DA SILVA, 2005, pg. 88-89.)

Ressalte-se que na seara dos direitos sociais, essa Constituição não trouxe mudanças significativas.

A atual Constituição, denominada de Constituição Cidadã, foi promulgada em 05 de outubro de 1988.

Esta é a Constituição que melhor instituiu os direitos fundamentais, tanto em qualidade como em quantidade (LIMA JUNIOR, 2001, p.55).

A CF/88 disciplinou, no capítulo II do título II (dos direitos e garantias fundamentais) os direitos sociais, os quais são agrupados por José Afonso da Silva em seis classes:

“(a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.” (SILVA, 2001, p. 286)

A consagração como título na atual Constituição Federal já pode compreender a importância dos direitos sociais para a atual Carta. Ressalta-se desde o preâmbulo (“são valores supremos da sociedade o exercício dos direitos sociais...”) até o final da parte dogmática são encontrados em diversos momentos a presença de direitos sociais, a título de exemplo, a Constituição em seu art. 6º consagra como direitos sociais a “ educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados.

Nessa esteira, o constitucionalismo de 1988 é marcado pelo Estado intervencionista e planejador. A intervenção estatal ocorre como uma forma de garantir a igualdade material a todos os indivíduos de uma sociedade. Ademais, o Estado Social mostra-se também planejador, com fins expressos de realizar a justiça social. (AFONSO, 2010, p. 29).

Ainda, assinala Lívia Di Paiva Afonso,

A Constituição de 1988, além de ter caráter dirigente, estabelecendo programas, fins a ser perseguidos pelos poderes

públicos, criou, ao contrário das anteriores, mecanismos processuais para garantir a efetividade de suas normas sobre direitos sociais, conhecidos como remédios constitucionais, sendo alguns deles o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação civil pública. (AFONSO, 2010, p. 30)

Portanto, evidencia-se que ao longo da evolução histórica das Constituições, os direitos sociais passaram tanto por retrocessos quanto por crescimentos e hoje pode-se dizer que se consolidou no ordenamento pátrio, ante a sua evolução ao longo das Constituições e com as diretrizes expostas pelo Neoconstitucionalismo, no qual vigora nossa atual Carta Magna.

Logo, com a efetividade dos direitos fundamentais sociais, torna-se plenamente justificável o socorro ao Poder Judiciário quando o Estado deixa de garantir o pleno gozo desses direitos.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Fortalecimento do Poder Judiciário após a CF/88.

Mendes (2012, p. 1335), assinala que com o advento da Constituição de 1988 observou-se uma maior garantia de independência e autonomia do Judiciário, tornando-se a independência dos poderes algo efetivo. Foi assegurada ao judiciário a autonomia administrativa e financeira, a competência para elaborar seu próprio orçamento. Quanto à estrutura, foram reorganizadas e redefinidas as atribuições nos vários organismos que compõem o judiciário.

Nogueira, 2016 salienta que dentre as diversas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, e pela EC nº 45/2004 que promoveu a reforma do Judiciário, merece destaque os artigos 92 a 126 da CF/88.

Para Gilmar Ferreira Mendes, umas das novidades trazidas pela EC n. 45/2004 de grande importância foi a Súmula Vinculante:

A Súmula Vinculante foi uma das novidades consagradas na Emenda n. 45/2004. Como o próprio nome indica, ela tem o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade para que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de

apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103- A). (MENDES, 2012, p. 1335).

Não se pode esquecer que um dos maiores feitos do Judiciário ante a sua autonomia foi busca da concretização dos direitos fundamentais. Clève, 2008, relata que a busca ao Judiciário é um dos meios previstos no direito brasileiro para a efetivação desses direitos. O Judiciário, neste particular, embora criticado, vai assumindo certo papel protagônico (ativista) nesse campo.

O articulista ressalta ainda que mesmo com a falta de regulamentação, ou com a insuficiência das políticas públicas, tais direitos podem ser reclamados judicialmente pelo menos para a garantia daquilo que se convencionou chamar de mínimo existencial.

Ativismo Judicial

Conforme Volken:

O ativismo judicial, desconsiderando a comparação e a criação judicial do direito e o controle difuso de constitucionalidade, teve origem no direito estadunidense. Sua primeira aparição de forma clara se deu no caso *Lochner versus New York*, quando a Suprema Corte americana julgou inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que limitava a carga horária de trabalho dos padeiros a 60 horas semanais, defendendo que de acordo com o princípio da liberdade individual de contratar, a norma estatal que fazia tal limitação era irrazoável e arbitrária.

Para Luis Roberto Barroso (2009, p.07) o ativismo judicial surgiu com a suprema corte americana quando da decisão de segregação racial.

Conforme Teixeira, 2012, essa decisão contribuiu para o surgimento da “Era *Lochner*”, quando a Suprema Corte passou a anular as diversas intervenções econômicas que o estado fazia, sendo considerado então o primeiro caso flagrante de ativismo judicial.

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente a sociedade. (TEIXEIRA, 2016).

Ricardo Vieira assinala que:

As causas para o ativismo judicial são identificadas por Evandro Gueiros Leite (2008, p. 5-6) como: 1) o “incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para balanceamento do sistema”; 2) a insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder; 3) a evolução social, política e cultural dos tempos atuais. (FERNANDES, 2010, p. 261)

Para Barroso, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas:

“(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”(BARROSO, 2008, p. 14).

Barroso, 2008 esclarece também que o ativismo judicial é uma forma de interpretar a Constituição de maneira a expandir o seu sentido e alcance, possibilitada, principalmente, pela omissão dos demais poderes. Reflete a maior participação do judiciário na consecução dos fins trazidos pela Constituição, interferindo de forma mais intensa no espaço de atuação dos demais poderes.

O Ministro explica a função do ativismo judicial:

“A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela! pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas

minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável, (BARROSO, 2008, p. 17)

Medeiros e Nelson afirmam que o ativismo, nesse escopo, não compromete a divisão de poderes:

Ressalta-se, por necessário, que essa ampliação no exercício da jurisdição constitucional, não quer significar invasão indevida do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, o que configuraria afronta à tripartição de poderes e ao princípio democrático. Pois, resulta, lógica e naturalmente, de uma nova forma de se perceber a jurisdição exercida no novo cenário do Estado Constitucional Democrático de Direito, em que os pilares fundamentais do texto constitucional precisam restar satisfeitos em todas as situações fáticas, logo, o Poder Judiciário não pode fugir de tal missão de concretização dos valores constitucionais. (MEDEIROS; NELSON, 2015, p. 167).

Nesse sentido, André Ramos Tavares defende que houve uma evolução no princípio da separação dos poderes, sobrevivendo uma flexibilização:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários. (TAVARES, 2008, p. 1027)

Ainda, Silva e Weible (2007, p.52), explicam que uma vez não aplicado os direitos fundamentais pelos então legitimados a desempenhá-los, cabe ao Poder Judiciário obrigar a sua implantação, pois tais normas estão arroladas na Carta Política e, portanto, devem ser concretizadas.

Desta forma, o ativismo nasce como um instrumento de supressão das omissões e retardamentos do Poder Legislativo, que deixa de cumprir seu papel, de

modo que as demandas não decididas por ausência de leis ou de suas votações nas casas do Congresso Nacional, bem como os conflitos não decididos, são resolvidas pelo Judiciário que não se omite a solucionar tais lides, tomando decisões ativistas, com o fim de garantir os direitos expressos na própria Constituição e respeitando-a.

Diante desse cenário, não se pode negar que o ativismo judicial tem um papel fundamental na aplicação dos direitos das minorias, ante a inércia do Poder Legislativo, que se esquia em debater assuntos polêmicos e divergentes, por vezes levado por interesses políticos.

Percebe-se que o ativismo judicial busca concretizar o que abstratamente está previsto, apesar de muitas das vezes não expresso, almeja-se a satisfação do interesse público, por meio de uma interpretação que condiz com a real justiça social que por vezes não é abarcada pela simples interpretação gramatical do texto.

Reflexos da atuação positiva do ativismo judicial no atual cenário brasileiro.

Muito embora o ativismo judicial gere polêmicas acerca do instituto supostamente violar o princípio da Separação dos Poderes, não se pode negar que o protagonismo judicial, precipuamente do STF, tem sido de grande relevância à sociedade, já que supre as inércias do Poder Legislativo e atende aos clamores da sociedade, principalmente dos grupos minoritários.

Um dos exemplos da atuação proativa do Judiciário foi quando o Plenário do STF entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733 reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+1.

Conforme o site do STF:

O Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na lei 7.716/89 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais

manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis. (STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **STF**, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em 13 de setembro de 2020 às 19:34)

Também pode-se citar a atuação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41, ao reconhecer a validade da Lei 12.990/2014, que reserva 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos para negros no âmbito da administração pública federal direta e indireta, no âmbito dos Três Poderes.

Outro grande feito da atuação proativa do STF foi suspender os efeitos do parecer da Advocacia Geral da União (AGU) sobre a conceituação de terras indígenas. Nesse sentido:

(...) o ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu, nesta quinta-feira (7), pedido para suspender os efeitos de parecer da Advocacia Geral da União (AGU) sobre a conceituação de terras indígenas. O pedido foi feito pela Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama Laklaño, em Santa Catarina.

(...)

Além disso, o ministro observou que documentos nos autos relatam que a Funai “está a definir que as terras que não estiverem regularizadas, com a respectiva homologação, não recebem as políticas públicas direcionadas aos índios”. Com isso, diversas comunidades indígenas podem deixar de receber o tratamento adequado dos poderes públicos, “em especial no que se refere aos meios de subsistência, se a demarcação de suas terras não foi ainda regularizada”, acrescentou. **(Suspensos efeitos de parecer da AGU sobre terras indígenas até julgamento final de RE sobre o tema. STF, 2020.** Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442891&tip=UN>>. Acesso em 13/09/2020 às 19:49)

Não se pode excluir também a decisão da Ministra Cármen Lúcia ao julgar procedente a Reclamação (RCL) 20367 e cassar o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) que havia extinto a punibilidade de um condenado pela prática da contravenção de vias de fato contra mulher em ambiente doméstico, por falta de representação da vítima. A relatora determinou a realização de um novo julgamento segundo os critérios definidos pelo STF na ADI 4424. Outras decisões nesse mesmo sentido também foram destaque na Suprema Corte:

No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio cassou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que, em razão do desinteresse da vítima no prosseguimento da ação penal, manteve a absolvição de um homem acusado de agredir a companheira. A decisão do ministro foi tomada na Reclamação (RCL) 19525. Já o ministro Luiz Fux cassou decisão do juízo da Vara Criminal da Comarca de Limeira (SP) que havia extinto a punibilidade do acusado de ter agredido a própria mãe, em razão de renúncia à representação por parte da vítima. Ao julgar procedente a Reclamação (RCL) 18391, o relator garantiu ao Ministério Público do Estado de São Paulo o direito de prosseguir com a ação penal contra o suposto agressor. Segundo Fux, "há perfeita aderência entre o ato reclamado e os acórdãos paradigmas, posto que o Plenário do STF conferiu expressamente, com efeito erga omnes e vinculante, interpretação conforme a Constituição à Lei Maria da Penha". **(Jurisprudência do STF é destaque nos 10 anos da Lei Maria da Penha.** STF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=%20322468>>. Acesso em: 13/09/2020 às 19:53)

No tocante aos direitos sociais, pode-se citar o direito à educação como direito protegido em decisões ativistas do Judiciário, ao decidir que o impedimento de efetivo acesso e de atendimento em creches e unidades de pré-escola por parte do Poder Público Municipal configura inaceitável omissão governamental, violando, assim, dispositivos constitucionais. Por se revelar como direito fundamental de toda criança, a educação infantil não deve se expor, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública.

Barroso, 2008, salienta também não se pode deixar de citar um exemplo notório, qual seja, o da distribuição de medicamentos e a determinação de terapias mediante decisões judiciais. A matéria não foi apreciada, ainda, de forma aprofundada pelo STF, exceto nos casos onde constam pedidos de suspensão de segurança. No entanto, constata-se, em diversos tribunais estaduais e federais, uma grande quantidade de decisões, condenando a União, o Estado ou o Município a fornecer medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que a consagração dos atuais direitos sociais foi fruto de intensas conquistas, que ora gerou sua evolução ora seu retrocesso, portanto, é de observar que tais direitos representam necessidades naturais de todo ser humano e que, assim, não devem estar abarcadas no âmbito discricionário de efetivação.

Ainda, o campo de atuação legislativa é limitado pela impossibilidade de previsão de todas as situações concretas possíveis o que não pode servir de óbice para impedir a concretização dos tais direitos fundamentais sociais. No mais, os novos modos de interpretação de coadunam com tais limitações.

Em compatibilidade com tais conquistas, ressalta-se que essas são necessárias e não apenas facultativas, juntamente com a impossibilidade de não efetivação das mesmas, para assim assegurar o que é abarcado pela dignidade da pessoa humana, o judiciário intervém para assim concretizar o que há muito tempo por mais necessário que seja não era consagrado.

Em suma, a postura ativista do judiciário se compatibiliza com as reais necessidades sociais juntamente com os dizeres reais das normas, já que por mais que em uma primeira leitura extraia-se que essas normas não tenham tal abrangência semântica é de se observar que realizando uma leitura mais profunda chega-se a mesma conclusão, até porque o que os poderes buscam é a satisfação do interesse público.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Livia de Paiva Ziti. **O papel do poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais sociais**. 2010. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**,

Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 02/09/2020 às 18:47.

BARROSO, Luís Roberto. "Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática." **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dez. de 2008. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 20/09/2020 às 17:15.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Migalhas**, 2008. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/72091/direitos-fundamentais-sociais-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 14/09/2020 às 15:51.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DA SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. ATIVISMO JUDICIAL: POR UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL À BRASILEIRA. **Revista Direitos Culturais**, [S.l.], v. 7, n. 12, p. 249-268, jul. 2012. ISSN 2177-1499. Disponível em: < <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/389>>. Acesso em: 21 de outubro de 2020 às 10:18.

Jurisprudência do STF é destaque nos 10 anos da Lei Maria da Penha. **STF**, 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=%20322468>>. Acesso em: 13/09/2020 às 19:53

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª edição, São Paulo, ed. Saraiva, 2011.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Jackson Tavares da Silva de. REFLEXÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL. **RFD- Revista da Faculdade de**

Direito da UERJ, [S.l.], n. 27, p. 146-171, jun. 2015. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339>>. Acesso em: 20 set. 2020, às 16:36.

NOGUEIRA, Renan Duarte. O Poder Judiciário no Brasil República, antes e depois da Constituição Federal de 1988: independência e autonomia. In: **Âmbito Jurídico**. n. 152, setembro, 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-poder-judiciario-no-brasil-republica-antes-e-depois-da-constituicao-federal-de-1988-independencia-e-autonomia/>>. Acesso em: 20/09/2020 às 15:39.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Método, 2016. Vital Source Bookshelf Online.

RESSURREIÇÃO, Lucas Marques luz da. A atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito UNIFACS**. n. 142 (2012), p. 22. Universidade de Salvador. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2034/1521>. Acesso em: 13 de setembro de 2020 às 21:03.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria**, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28778532_A_reserva_do_possivel_e_o_papel_do_judiciario_na_efetividade_dos_direitos_sociais>. Acesso em: 20/09/2020 às 16:44

STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **STF**, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 13 de setembro de 2020 às 19:34

Suspensos efeitos de parecer da AGU sobre terras indígenas até julgamento final de RE sobre o tema. **STF**, 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442891&tip=UN>>. Acesso em 13/09/2020 às 19:49.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>>. Acesso em: 02/09/2020 às 21:08

VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. "**Ativismo Judicial: limites frente ao Estado Democrático de direito com base no princípio da Separação dos Poderes**". 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, dez. 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10737/1542>.

DO PONTO POR EXCEÇÃO: DILEMAS ACERCA DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DO TRABALHO

WENDERSON BEZERRA DE SENA:

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI.

CARLA IARA SANTOS SILVA ^[1]

(coautora)

ERIKA CRISTINA NOBRE VILAR ^[2]

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem por desígnio analisar se o ponto por exceção instituído pela Lei nº 13.874/2019 constitui fonte de violação de princípios e garantias fundamentais das normas trabalhistas. No campo do trabalho, os direitos trabalhistas criaram a uma seara impetuosa onde há forte potencial de ter o resultado positivo para a sociedade. Portanto, é importante verificar todo e qualquer abuso que venha a ocorrer contra os direitos sociais, porque ela não só prejudica mudanças danosas na vida dos trabalhadores, mas também afeta a sociedade como um todo, por meio de seu impacto negativo na seguridade social, ou pelo impacto do desemprego e da instabilidade. Partindo desse ponto, de acordo com a metodologia utilizada do tipo pesquisa descritiva, bibliográfica e qualitativa, foi possível verificar que caso não haja um controle rígido sobre o ponto durante a jornada de trabalho, o número de irregularidades dentro da empresa tende a aumentar, além do aumento na insegurança jurídica da relação e por essa razão acarretar um judiciário super lotado de demandas com difíceis resoluções. Desse modo, por meio de estudo de teorias críticas, chegou-se à conclusão que o ponto por exceção fere princípios fundamentais do direito do trabalho e direitos fundamentais, além de ser um retrocesso ao mecanismo tecnológico de controle de ponto que é adotado pelas maiorias das empresas que visam a evolução.

Palavras-chave: ponto de exceção, garantias fundamentais, segurança jurídica.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve histórico da evolução do Direito do Trabalho no Brasil. 3 Jornada de Trabalho: Surgimento e Regramento vigente. 4 Do Registro de ponto: aspectos do “ponto por exceção”. 5 Da violação dos princípios norteadores da jornada de Trabalho no que tange à aplicação do registro do ponto por exceção. 6 Oposição do TST Sobre o Ponto de Exceção. 7 Ponto de Exceção e sua atual Gestão: Um Atraso as Empresas. 8 A Falta de Segurança Jurídica do Ponto de Exceção Sob a Análise Jurisprudencial. 9 Conclusão. 10 Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda uma análise acerca do registro de ponto por exceção e os dilemas à respeito da violação aos princípios da proteção e da irrenunciabilidade, que incidem no Direito do Trabalho, que são extremamente relevante no estudo do tema.

Nesse sentido, se torna mais um obstáculo para o empregado garantir seus direitos em juízo. Afinal, ele não poderá mais contar com o seu registro de horário como prova documental. Desse modo, o estudo tenciona esclarecer não só para estudantes e operadores do Direito, mas também para a sociedade de modo geral, pontos importantes sobre o registro de ponto por exceção e as implicações à respeito da violação aos princípios da proteção e da irrenunciabilidade.

Dessa forma, para uma melhor compreensão, o estudo será dividido em tópicos, sendo que primeiramente será realizada uma breve análise do histórico da evolução do Direito do Trabalho no Brasil, explorando-se um pouco o modo que este se desenvolveu durante a história; logo em seguida, será abordado um tópico referente à Jornada de Trabalho, seu surgimento e o atual regramento vigente; ato contínuo, será analisado o Registro de ponto e os aspectos do ponto por exceção; por fim, será abordada a violação dos princípios norteadores da jornada de Trabalho no que tange a aplicação do registro do ponto por exceção, em especial, o princípio da proteção e o princípio da irrenunciabilidade.

Tudo será realizado de forma a possibilitar a compreensão acerca das novidades trazidas pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei da liberdade econômica), e as implicações positivas e negativas, especialmente as negativas, que poderão afligir os empregados, no que concerne à violação dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade no âmbito do Direito do Trabalho.

2. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Para que seja possível analisar os dilemas acerca da violação dos princípios constitucionais e trabalhistas, tomaremos como ponto de partida a evolução do Direito do Trabalho. O surgimento do Direito do Trabalho está na Revolução Industrial, que ocorreu nos séculos XVIII e XIX na Inglaterra e, posteriormente se espalha por toda a Europa e Estados Unidos, tal expressão compreende um agrupamento das mudanças técnicas, sociais e econômicas que se revelaram com a sociedade industrial (MANUS, 2015).

Nas lições de Manus (2015, p.87):

Este é o cenário em que nasce o Direito do Trabalho. A produção industrial cria aquelas grandes concentrações de

trabalhadores ao redor da máquina e a superexploração desses mesmos trabalhadores pelos patrões, sem qualquer limite, tornando insuportável a vida que passam a levar e estimulando a procura de uma solução para estes graves problemas.

Assim, percebe-se que o Direito do Trabalho é decorrência da questão social gerada, com o início da Revolução Industrial, na ocasião em que, de um lado, encontravam-se os trabalhadores que começaram a experimentar a necessidade de prestigiar a força do próprio trabalho e de conservar a própria dignidade e, do outro lado, esboçava-se o progresso industrial, com uma moderna face, descendente da evolução científica, que reivindicava uma atuação mais eficaz da mão de obrado homem.

A evolução histórica pode ser dividida em 4 fases conforme explica Maurício Godinho Delgado (2019, p. 105-107):

1ª Fase: Formação do Direito do Trabalho (Final do Século XVIII a 1848): Poucas leis esparsas com o início da união de operários. – Moral and Health Act (1802) na Inglaterra: proibição de trabalhos superiores a 12 horas diárias e no período noturno para menores. – Ato de 1826 na Inglaterra: permite direito de associação coletiva dos trabalhadores. 2ª Fase: Sistematização e consolidação do Direito do Trabalho (1848 a 1919): aumento de leis trabalhistas e avanço no reconhecimento da negociação coletiva. – Manifesto Comunista (1848): reestruturação das classes operárias pela pressão direcionada aos empregadores e ao Estado. – Encíclica “RerumNovarum” (1891) do Papa Leão XIII: Doutrina social da igreja exige maior regulamentação das relações trabalhistas. – Convenção de Berlim de 1890: necessidade de regular o mercado de trabalho. 3ª Fase: Institucionalização do Direito do Trabalho (1919 até final do Século XX): assimilação do Direito do Trabalho na dinâmica da sociedade e do Estado e sua constitucionalização. – Constituição Mexicana de 1917: primeira a incorporar direitos sociais, inclusive trabalhistas. – Constituição de Weimar de 1919: reconhecimento de direitos sociais. – Criação da OIT: convenções e recomendações sobre aspectos do Direito do Trabalho. 4ª Fase: Fase de crise e transição do Direito do Trabalho (Final do Século XX até os dias atuais): crises econômicas questionam necessidade do Direito

do Trabalho com o aumento da desregulamentação e flexibilização.

Consoante esclarece Manus (2015), o Brasil passou por fases na evolução do Direito Trabalhista, sendo o primeiro momento marcado pelo Liberalismo Monárquico (1822 a 1888), Liberalismo Republicano (1889 a 1930) e a Fase Intervencionista, de 1930 até os dias de hoje.

No Brasil, podemos dividir a história do direito do trabalho em três fases: a primeira, do descobrimento à abolição da escravatura; a segunda da proclamação da república à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira, da Revolução de Trinta aos nossos dias (LEITE, 2019, p. 41).

A escravidão no Brasil teve seu início com a produção de açúcar e com os escravos trazidos da África. Foram longos anos de escravidão e tráfico negreiro para o Brasil. Em 1824 foi outorgada a Constituição Política do Império do Brasil que possuía um longo rol de direitos individuais, buscando incorporar os ideais da Revolução Francesa, como a liberdade para o trabalho e abolindo as corporações de ofício.

A Constituição de 1824, seguindo o liberalismo, aboliu as corporações de ofício (art.179, n. 25), devendo haver liberdade de exercício de profissões. Observa-se a presença do trabalho escravo, até a Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, que aboliu a escravidão no Brasil (GARCIA, 2017, p. 24).

O Brasil não estava no momento socioeconômico vivido pelos países europeus, aqui não existia industrialização. A produção era realizada através da mão de obra escrava. Sendo assim, as premissas trazidas não passaram de estados ideais a serem alcançados. Acabar com a escravidão era o primeiro passo para a instauração do trabalho livre no Brasil. Contudo, devido à extensão do território é necessário salientar que essa transição se deu de modo diferente em cada região. No entanto, em 13 de maio de 1888, ocorreu a promulgação da Lei Áurea pela princesa Isabel, com isso começa-se a se falar em Direito do Trabalho no Brasil.

No dia primeiro de maio do ano de 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, uma representação da Revolução Industrial Brasileira, das quais as fontes foram, manifestamente, a encíclica "Rerum Novarum" da Vossa Santidade o Papa Leão XIII, os opiniões dos membros do Ministério do Trabalho, as convenções e orientações da Organização Internacional do Trabalho - OIT e as questões aprovadas pelo primeiro Congresso Brasileiro de Direitos Sociais.

A existência de diversas leis esparsas sobre Direito do Trabalho impôs a necessidade de sua sistematização, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1.º de maio de 1943, que não é um código propriamente, pois sua principal função foi apenas de reunir as leis trabalhistas existentes (GARCIA, 2017, p. 24).

Com isso, passa-se à terceira fase, da amplificação dos direitos e garantias trabalhistas, que somente ocorreu cem anos após a abolição da escravatura, com a promulgação da Constituição da República do Brasil de 1988 no dia 05 (cinco) de outubro houve uma genuína solidificação e Constitucionalização da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, pela ampliação da relação de direitos e garantias trabalhistas, por exemplo: seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário, fundo de garantia do tempo de serviço, proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa, gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei e tantos outros.

A Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu Título II, trata dos "Direitos e Garantias Fundamentais", cujo Capítulo II refere-se aos "Direitos Sociais", abordados no art. 6.º. Os arts. 7.º a 11 versam sobre o Direito do Trabalho. Importantes direitos trabalhistas, individuais e coletivos, passaram, assim, a ser assegurados no contexto dos direitos fundamentais, em sintonia com os mandamentos da dignidade da pessoa humana e da justiça social (GARCIA, 2017, p. 24).

Em 1988 tem-se uma nova Constituição, com a essência do Estado Democrático de Direito. Para Delgado (2019) o Direito do Trabalho tem como tendência, no Brasil, a flexibilização das normas trabalhistas, com a valorização do negociado sobre o legislado. Essa tendência é observada nas decisões recentes do STF em alguns temas, como a possibilidade de supressão das horas in itinere³⁴ ou a quitação geral e irrestrita na adesão ao PDV³⁵.

Além disso, foi promulgada a Lei nº 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, enfatizando acordos e convenções coletivas de trabalho em detrimento de dispositivos legais. A nova legislação tem impacto em todo o ordenamento jurídico trabalhista, uma vez que regulamenta diversos institutos jurídicos e apresenta as tendências legislativas em relação a esse ramo do Direito. Tratou-se da

maior e mais profunda alteração desde 1943. Algumas alterações atingiram até a própria estrutura do Direito do Trabalho, como a ampliação significativa de acordos individuais e a grande possibilidade de negociação coletiva (DELGADO, 2019, p. 231)

No dia 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), reorganizando o Brasil para melhor adequar a transformação digital do século XXI, ao regular assuntos relacionados, as modernas tecnologias, tendo como exemplo, a prestação do trabalho de maneira parcelada, o home office, dentre outras situações que evoluíram junto com a sociedade moderna.

Outrossim, preenchendo omissões, da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, com a definição de medidas regulatórias compreensíveis para toda a modernização presenciada no Direito do Trabalho e enaltecendo os métodos alternativos para a solução de conflitos no ambiente de trabalho verbi gratia a mediação a conciliação e a arbitragem, com preponderância do negociado sobre o legislado em negociação coletiva a reforma trabalhista destina-se a proporcionar maior, segurança jurídica às empresas e melhor proteção legal aos empregados.

Nesse sentido, compreende-se, portanto, que o Direito do Trabalho foi uma sofrida vitória nacional e mundial dos empregados. E isso é razão suficiente para que o empregado brasileiro manifeste sua preocupação e demonstre frequente relutância em aceitar as transformações que vêm sendo divulgadas. Isso em razão de que, no instante em que se conforma com a flexibilização das regras trabalhistas, está-se correndo o perigo de falhar significativamente nos avanços que foram conquistados.

Neste sentido, é importante compreender a jornada de trabalho como um todo, desde seu surgimento até o regramento vigente.

3. JORNADA DE TRABALHO: SURGIMENTO E REGRAMENTO VIGENTE

Para antes de se aprofundar no instituto da jornada de trabalho, é necessário abordamos o seu conceito, nas palavras Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1.029):

Jornada de trabalho é expressão com sentido mais restrito do que o anterior, compreendendo o tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disponibilidade perante seu empregador, em decorrência do contrato. O tempo, em suma, em que o empregador pode dispor da força de trabalho de seu empregado em um dia delimitado. O período considerado no conceito de jornada corresponde ao lapso temporal diário, em

face de o verbete, em sua origem, referir-se à noção de dia (por exemplo, no italiano: giorno — giornata; e no francês: jour — journée). Jornada, portanto, traduz, no sentido original (e rigoroso, tecnicamente), o lapso temporal diário em que o obreiro tem de se colocar à disposição do empregador em virtude do contrato laboral.

O tema da jornada de trabalho ocupa posição de preponderância no desenvolver da história do Direito do Trabalho, sempre foi, de fato, um dos temas centrais e mais polarizantes brandidos ao longo das lutas trabalhistas que conduziram à construção e desenvolvimento do ramo jus laboral especializado do direito.

Na maioria dos países do continente Europeu, por volta de 1800, as jornadas eram de 12 a 16 horas por dia, principalmente entre mulheres e menores de idade e nos Estados Unidos era entre 11 e 13 horas.

Com o início dos movimentos reivindicatórios visando a diminuição desta jornada, foi que os países começaram a fixar normas, sendo o primeiro deles na Inglaterra em 1847, fixando em 10 horas diárias, depois seguida por vários outros países.

A primeira convenção da OIT em 1919 estabeleceu que os países contratantes deveriam adotar jornada de 8 horas diárias e 48 horas semanais. Consoante Garcia (2019):

No início da década de 30, observam-se leis limitando a jornada de trabalho, de modo específico para certas categorias profissionais, como o Decreto 21.186/1932 (para o comércio) e o Decreto 21.364/1932 (para a indústria), fixando o limite de oito horas por dia. No Brasil, a Constituição de 1934, no art. 121, §1.º, c, previa: "trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei". A Constituição de 1937, por sua vez, no art. 137, i, estabelecia preceito quanto ao: "dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei". A Constituição de 1946, da mesma forma, fixava o preceito de "duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei" (art. 157, V). Na Constituição de 1967, o art. 158, inciso VI, previa: "duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos". Esse mandamento foi

praticamente repetido na redação determinada pela EC 01/1969, no art. 165, inciso VI. Por fim, a atual Constituição Federal de 1988, em seu art. 7.º, XIII, apresenta a seguinte previsão: "duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho". O inciso XIV, desse mesmo art. 7.º da CF/88, também versa sobre jornada de trabalho, assim dispondo: "jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva". Na Consolidação das Leis do Trabalho, a jornada de trabalho é regulada nos arts. 57 e seguintes (GARCIA, 2017, p.509).

No Brasil, o primeiro Decreto regulando a jornada de trabalho de 1932, em relação ao trabalho no comércio, fixando em 8 horas diárias. Seguiram-se, também, com limitação de 8 horas, a indústria, as farmácias, os transportes terrestres, frigoríficos, hotéis e restaurantes.

A CF de 1937 especificou "dia de trabalho de 8 horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei". (Artigo 137).

A CF de 1988 modificou a orientação até então seguida pelas constituições anteriores, estabelecendo no seu artigo 7º, XIII "duração de trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho" e no inciso XIV "jornada de trabalho de 6 horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva". (BRASIL, 1988).

Entretanto, no âmbito da reforma trabalhista, introduziu-se a possibilidade de a jornada de trabalho ultrapassar o limite máximo constitucionalmente estabelecido, de modo a contrariar frontalmente o texto Constitucional.

É que o §5º do art. 59 da Lei n. 13.467/2017 previu a possibilidade de ser instituído banco de horas individualmente acordado, em referência ao § 2º do mesmo dispositivo, que permite a extrapolação da jornada no limite de 10 horas diárias. Mais do que isso, o art. 59-A instituiu a possibilidade de as partes acordarem individualmente a jornada 12x36 – doze horas diárias com trinta e seis horas de descanso – também extrapolando o limite máximo constitucional.

Em ambos os dispositivos §5º do art. 59 e art. 59-A, evidencia-se o confronto direto, literal e objetivo ao limite constitucional de oito horas diárias e quarenta e

quatro horas semanais. De tal modo os artigos 59, § 5º, e 59-A são manifestamente inconstitucionais, porquanto violam, literalmente, o direito fundamental previsto no art. 7º, XIII, da CF/88.

Cumprе salientar, ainda, que tais dispositivos esbarram no princípio da norma mais favorável, porquanto na interpretação entre normas deve prevalecer aquela que for mais favorável ao trabalhador, de sorte a afastar os dispositivos criados pela Lei n. 13.467/2017.

No que concerne à legislação infraconstitucional, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o tema é tratado na Seção II, artigos 58 a 65. Notítulo II, que dispõe das normas gerais da jornada de trabalho estabelece no seu capítulo II a seção II que disciplina a jornada de trabalho. O art. 58, da CLT reproduz a mesma disposição da constituição sobre a duração da hora diária de trabalho ao dispor que: a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

Neste sentido, visto como funciona a jornada de trabalho, se faz importante mencionar agora como funciona o registro de ponto de exceção desde como surgiu até mesmo como está sendo implementado atualmente

4.DO REGISTRO DE PONTO: ASPECTOS DO “PONTO POR EXCEÇÃO”

O Registro de Ponto, é uma forma de assegurar que todos os direitos do trabalhador, como por exemplo o direito as horas extras, entre outros que estão sendo cumpridos de acordo com as leis. Esta prática garante, a empresa, que todos os empregados cumpram os horários acordados, e aos empregados, a comprovação do cumprimento dos horários de trabalho para recebimento do seu pagamento.

Constitui-se no documento oficial, que registra as horas trabalhadas por um empregado e de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) possuindo os estabelecimentos mais de 20 funcionários devem anotar o horário de entrada e saída de seus empregados seja em registro manual, mecânico ou eletrônico. A saber:

Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro

manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

A lei 13.874 (Lei da Liberdade Econômica) promulgada em 20 de setembro de 2019 alterou a redação do art. 74, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Estabelecendo que aos locais de trabalho que possuam mais de 20 empregados e não mais 10 empregados, a legislação trabalhista é categórica quanto à obrigatoriedade do controle de jornada.

Tal permissão deixa o empregado sem a comprovação de sua jornada de trabalho, ou seja, transfere ao empregado o ônus de comprovar o labor extraordinário que deveria estar consignado em controle de jornada em sentido contrário da súmula 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho.

Ademais, a Lei da Liberdade Econômica incluiu o §4º ao artigo 74, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, com a seguinte redação: "fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho".

O controle de ponto por exceção possibilita que haja anotação pelo empregador, somente no caso de haver alguma alteração na jornada normal de trabalho, como a existência de horas extras. Conforme Menciona Delgado (2019):

O controle de ponto por exceção acontece quando a empresa adota a prática de que os colaboradores não precisam registrar toda atividade durante o expediente de trabalho. A jornada regular de trabalho, que seria a entrada e saída na organização, já estão pré-estabelecidas e não necessitam de marcação de ponto para as empresas que adotem o controle de ponto por exceção. Sendo assim, apenas em casos de atrasos, faltas, horas extras, licenças, férias ou afastamentos entram como controle da jornada (DELGADO, 2019, p. 1.031)

O controle de ponto por exceção é uma conduta fundamentada na concepção cujo trabalhadores de uma empresa somente necessitam realizar o registro de jornada em ocasiões extraordinárias. Essa modalidade de registro de ponto por exceção é geralmente prevista em norma coletiva e consiste no não controle formal dos horários de entrada e saída dos trabalhadores, exceto quando o colaborador faz uma jornada extraordinária, ou seja, só é preciso realizar qualquer registro nos casos de atrasos; faltas; horas extraordinárias; licenças; férias; ou afastamentos.

Outrossim, um dos benefícios essenciais do ponto por exceção, é no caso de profissionais que laboram com o departamento de comércio. Esses trabalhadores precisam viajar frequentemente e encontrar com clientes distantes do espaço de trabalho. O ponto por exceção conserva a prática do registro da jornada, que em regra é de oito horas diárias, auxiliando o setor de Recursos Humanos para supervisão das horas e do trabalhador que somente irá editar o registro em caso de horas extraordinárias.

A autorização por anotação do ponto por exceção, é que sejam anotadas somente as horas extraordinárias, isto recolhe da empresa a imposição de registrar de forma integral a jornada de seus empregados. Desse modo, o empregador fica desincumbido, processualmente, de exibir quanto tempo verdadeiramente seus empregados estiveram efetivamente no labor e até mesmo de ser penalizado por inexistência de registro ou vício no ponto.

A implantação do controle de ponto por exceção não depende somente do querer da empresa pois por ser uma medida excepcional, a organização necessita de uma aprovação sindical. Por meio do novo dispositivo da CLT, o 611-A, a espécie de controle de ponto por exceção pode ser negociada com o sindicato. E se o sindicato aprovar, será registrado um acordo coletivo de implementação do controle de ponto por exceção e só a partir disto, a empresa poderá implementar com seus funcionários esse novo sistema de controle de jornada.

A implementação do registro de ponto por exceção colide com direitos fundamentais normas cogentes, de ordem pública, portanto, irrenunciáveis, sendo que o empregador não pode mitigá-los e sobre esse tema trataremos no tópico seguinte.

5. DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA JORNADA DE TRABALHO NO QUE TANGE À APLICAÇÃO DO REGISTRO DO PONTO POR EXCEÇÃO

O ponto por exceção viola diversos princípios fundamentais de Direito do Trabalho, moldados e reconhecidos ao longo da história, e que “norteiam e

propiciam a sua existência, tendo como pressuposto a constatação de desigualdade das partes, no momento do contrato de trabalho e durante seu desenvolvimento” (CARRION, 2019, p.129)

O ponto por exceção viola primeiramente o princípio da proteção do trabalhador, sobre o qual, o jurista e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado (2019, p. 233), pontua:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro —, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O empregado no exercício do trabalho, torna-se desprotegido sobre as situações temporais e fáticas laboradas e sua real aferição são aplicados nas interpretações das normas trabalhistas.

Conforme ensina Carlos Henrique Bezerra Leite, o princípio da proteção constitui a gênese do direito do trabalho, consistindo em estabelecer uma igualdade jurídica real, entre empregado e empregador (LEITE, 2019, p.101).

O Autor continua dispondo que:

O princípio da proteção deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.

Isto posto, denota-se que a proteção ao trabalhador se respalda nos direitos sociais, econômicos e na vertente de que a ordem social é fundada no trabalho, equalizando as relações de trabalho e invocando o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, CF), buscando por um lado a melhoria da condição de vida do trabalhador e a higidez do meio ambiente laboral, de forma a prevenir conflitos sociais.

O Direito do Trabalho é calcado no Princípio da Proteção, norteador de um conjunto de regras, institutos, princípios e presunções próprias, cujo resultado é “uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia, visando retificar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho” (DELGADO, 2019, p. 211).

Noutro giro, o princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade também é violado pela norma do ponto por exceção, nas palavras de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 58): “O princípio da irrenunciabilidade significa não se admitir, em tese, que o empregado renuncie, ou seja, abra mão dos direitos assegurados pelo sistema jurídico trabalhista, cujas normas são, em sua grande maioria, de ordem pública”.

Pontue-se o Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, totalmente coerente com a compreensão histórico social do Direito do Trabalho, visto que impede a disposição, pelo empregado, deliberadamente das vantagens e proteções asseguradas pela ordem jurídica e pelo contrato (DELGADO, 2019, p. 207).

Compreende-se, portanto, que os direitos sociais trabalhistas, especialmente no que se refere às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, “são partes uma análise das componentes do núcleo inexpugnável da Constituição, na qualidade de direitos e garantias individuais fundamentais” (DELGADO, 2019, p. 193). É nesse contexto que se deve observar se as alterações legais promovidas pela reforma trabalhista se encontram de acordo com os direitos fundamentais e os princípios do direito do trabalho.

Além disso, não podemos permitir que normas infraconstitucionais limitem na fiscalização do trabalho realizado pelos trabalhadores. A implementação do registro de ponto por exceção colide com direitos fundamentais, normas cogentes, de ordem pública, portanto, irrenunciáveis, sendo que o empregador não pode mitigá-los. O controle da jornada de trabalho assume uma importância ímpar, não interessando apenas ao empregado imediatamente atingido, mas também a todo o corpo social. A regra, portanto, deve ser o controle da jornada de trabalho, com a aferição real do período efetivamente trabalhado, tornando-se garantia para o trabalhador e para a empresa, aplicando-se as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

6. OPOSIÇÃO DO TST SOBRE O PONTO DE EXCEÇÃO

Conforme Moura (2019) a jurisprudência do TST, em sua grande maioria, sempre foi a favor do entendimento de que a flexibilização do controle de jornada de trabalho, via negociação coletiva, fere o direito indisponível do trabalhador, e dificulta a fiscalização dos órgãos públicos competentes.

Sendo assim, sempre que se fala em ponto de exceção o entendimento do TST sempre foi consistente e condena quem usa este modelo de controle. Contudo, quando a quarta turma da instância superior do trabalho reconheceu a validade da norma coletiva no acordo firmado em 29 de março de 2019, a norma adotou

excepcionalmente o sistema de registro de pontos (ponto de exceção), não havendo controle formal neste sistema, o que ocasionou a grande polêmica sobre este assunto. Dito isto, é possível perceber na seguinte decisão:

Para a Quarta Turma, a norma coletiva é válida.

A Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho julgou improcedente o pedido de condenação da Bull Ltda., de São Paulo, ao pagamento de horas extras a um especialista de suporte, diante da existência de norma coletiva que autorizava o registro de ponto por exceção. Nesse sistema, não há controle formal dos horários de entrada e saída dos empregados e são registradas apenas as exceções à jornada ordinária. (JUSTIÇA DO TRABALHO, 2020)[3]

Para muitos juristas, a decisão do TST foi equivocada e merece ser revista para que não haja prejuízos futuros. Já para outros, a decisão marcou um avanço nas decisões judiciais que se referem ao controle de ponto. (MOURA, 2019).

A MP 841/19 regia a forma anterior de registro de ponto, onde a forma mais robusta de apresentação de cartões de ponto era a que o empregador era capaz de demonstrar, ainda que por amostragem, a correspondência entre as situações de registro de sobrejornada e o respectivo pagamento nos contracheques do empregado. Trata-se da mais importante prova documental que empregadores podem fazer em juízo no sentido da demonstração do estrito cumprimento da previsão legal. (MIRANDA, 2020).

Analisando acerca desses novos modelos de controle da jornada de trabalho, é possível concluir que a opção do legislador pelo registro do ponto por exceção aponta no sentido de ampliação do que é disponível na relação empregatícia. E em assim sendo, tem mais valor aquilo que é declarado em sede contratual do que necessariamente o registro de ponto do seu dia a dia.

Portanto, mesmo que seja adotado um modelo de fiscalização da jornada de trabalho que já passou por revisão judicial, o novo ordenamento jurídico prestigia o que já foi produzido por ambas as partes e impõe maior esforço de prova, o que pode afetar inclusive na segurança jurídica do contrato.

7.PONTO POR EXCEÇÃO E SUA ATUAL GESTÃO: UM ATRASO PARA AS EMPRESAS

Com a aplicação do ponto de exceção muitas empresas acreditaram na ideia de que resolveria o problema com o ponto dentro das empresas, contudo, é na busca por praticidade que as mesmas empresas acabam tendo mais prejuízos futuros, pois podem surgir problemas como fraudes, problemas operacionais, horas extras e faltas, até porque é o registro de ponto que controla as horas extras e jornada de trabalho.

Conforme Moura (2019) justamente por isso muitas empresas adotam o ponto por exceção devido à praticidade de controlar as horas dos funcionários. Mas vale lembrar que estamos no século 21, e nada melhor do que a tecnologia para otimizar os processos burocráticos.

E é com a ajuda de algumas operações e tecnologias básicas, que a empresa pode realizar a marcação, processamento e gerenciamento de pontos sem erros e cumprir todos os requisitos legais. Além disso, é impossível saber com precisão o tempo de entrada de cada funcionário, por isso o ideal é investir na tecnologia de aplicativos que verifiquem a entrada e saída de cada funcionário.

Exemplo disso é o caso do aplicativo PontoTel, que pode ser instalado em dispositivos Android e IOS e permite que os funcionários usem em qualquer local da empresa. Sistemáticamente para fazer a marcação de seu ponto, o funcionário precisa acessar o aplicativo PontoTel e, na tela principal, ele faz a marcação de pontos, sincronização e exibição de pontos de vida.

Para se cadastrar para horário de entrada, pausa para almoço ou horário de saída, o colaborador deverá clicar nessa opção para chegar ao final, sendo então direcionado para uma tela onde deverá inserir sua senha pessoal e uma senha intransferível.

De acordo com Moura (2019) enquanto o controle de ponto por exceção proporcionou uma maior economia de tempo para as equipes de RH, a gestão de ponto também proporcionou algumas vantagens ainda mais importantes, como a segurança da informação e garantia do cumprimento da lei. Resumidamente, a gestão do ponto promove: o cumprimento da legislação trabalhista, precisão no controle de jornadas, controle sobre horas extras e banco de horas, economia financeira, otimização da rotina do RH, transparência nas relações com funcionários.

Sendo assim, o uso do ponto de exceção apresenta-se como um retrocesso em meio a tanta tecnologia alcançada, pois a prática de anotar apenas as situações atípicas não é a mais eficaz. Além de ser um atraso a tanta tecnologia que existe hoje no Brasil, esse tipo de ponto traz consigo uma falta de segurança jurídica imensa, e é possível perceber isso através de vários julgados que serão analisados a seguir.

8 A FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA DO PONTO DE EXCEÇÃO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A falta de segurança jurídica no ponto de exceção é mais que evidente e ficará mais claro através da análise das jurisprudenciais a seguir expostas:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 . HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. MECÂNICO E MOTORISTA. SISTEMA DE RASTREAMENTO VIA SATÉLITE E UTILIZAÇÃO DE APARELHO CELULAR. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO. Nos termos do artigo 62, inciso I, da CLT, os empregados que desenvolvem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho não fazem jus às horas extras. Dessa forma, o fato de o trabalhador prestar serviços de forma externa, por si só, não enseja o seu enquadramento na exceção contida no inciso I do artigo 62 da CLT, visto que é relevante a comprovação de que exista incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fiscalização do seu horário de trabalho. In casu , o Regional de origem concluiu que o reclamante foi contratado pela reclamada para exercer a função de mecânico de manutenção de máquinas pesadas, tendo que também dirigir o veículo da empresa para os seus deslocamentos para a prestação de serviços, veículo este que possuía rastreamento por satélite, além de comunicação por celular. Apesar disso, a Corte a quo entendeu ausente o controle de jornada de trabalho do autor, motivo pelo qual o inseriu na exceção prevista no artigo 62, inciso I, da CLT. Entretanto, o TRT de origem não deu a exata subsunção da descrição dos fatos narrados ao conceito contido no artigo 62, inciso I, da CLT. Isso porque se verifica, do acórdão regional, que, além da comunicação por celular, existia o rastreamento via satélite do caminhão utilizado pelo autor. A reunião desses elementos fáticos demonstra que havia a possibilidade de que a reclamada tivesse conhecimento das horas trabalhadas pelo empregado, sendo suficiente para demonstrar que vigorava uma condição indireta de controle da jornada de trabalho do autor, que possibilitava a apuração da existência de labor além do horário de trabalho ajustado. O entendimento no âmbito deste Tribunal é de que o rastreamento via satélite viabiliza o controle da jornada de trabalho do empregado motorista,

porquanto se realiza por meio de aparelho que capta sinais de GPS e permite a transmissão de dados como a localização exata do veículo, tempo no qual ficou parado, bem como a velocidade em que trafega. Conclui-se, portanto, que o Tribunal Regional, ao inserir o autor na exceção do artigo 62, inciso I, da CLT, aplicou mal esse dispositivo de lei ao caso concreto. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 168881020165160003, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 23/10/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2019)

A situação decidida pelo julgado acima constitui um exemplo que envolveu a aplicação do ponto de exceção onde foi necessário analisar uma série de provas produzidas, para que se provasse o horário em que o trabalhador estava realizando o seu labor, o que seria bem mais simples caso o regime adotado não fosse o ponto de exceção.

Nesse mesmo sentido, essa dificuldade também foi o cerne da próxima decisão:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. HORAS EXTRAS. CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. ARTIGO 896-A DA CLT. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. DECISÃO CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO CRISTALIZADO NA TOTALIDADE DAS TURMAS DO TST

Trata-se de recurso de revista interposto pelo reclamante contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho, no qual procura demonstrar a satisfação dos pressupostos do artigo 896 da CLT, relativamente ao tema -HORAS EXTRAS. CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE-, invocando violação dos artigos 58, § 1º, 74, § 2º, da CLT; 1º e 3º, I e II, da Portaria 373/2011 do MTE e contrariedade à Súmula 338, item III, desta Corte. Transcreve aresto.

Sustenta, em síntese, a invalidade dos cartões ponto que contêm horários britânicos, alegando que a reclamada não

permitia a notação dos registros de entrada e saída do trabalho, exceto nos -dias extras-, estes, integralmente pagos.

Aduz que a Portaria 373/2011 do MTE veda o registro de horários por marcação automática como aquele adotado pela reclamada, exatamente pelo fato de que este tipo de marcação não permite ao empregado o correto registro de sua jornada, o que implica na invalidade da cláusula do ACT que autoriza a reclamada a adotar este meio automático.

A ré adotava o sistema de marcação do ponto por exceção, sendo certo que expressa previsão em acordo coletivo de trabalho lastreava essa prática, conforme se extrai das normas coletivas juntadas, à exemplo das cláusulas quarta, do acordo coletivo 2014/2016, à fl. 263 e segunda, do acordo coletivo 2016, à fl. 275.

(TST - RR: 19870420165120050, Relator: Breno Medeiros, Data de Publicação: DEJT 16/05/2018).

É possível perceber que o ponto de exceção foi adotado como método de controle da ré e a mesma obteve muitos problemas quando acionada na justiça. Além disso, outros problemas são desencadeados sobre o ponto de exceção, como, por exemplo, a equiparação salarial, como se infere do julgado adiante transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. SISTEMA DE REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. O art. 896, § 1º-A, I, II e III, da CLT, aplicável a todos os acórdãos regionais publicados a partir de 22/09/2014, prevê os pressupostos intrínsecos ao recurso de revista, os quais devem ser cumpridos "sob pena de não conhecimento" do recurso. No caso, não foi atendido o art. 896, §§ 1º-A, II e III, da CLT e diante da consonância do acórdão com a jurisprudência desta c. Corte quanto à invalidade do sistema de registro de ponto por exceção previsto em ACT' s, não há como reformar o r. despacho agravado. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 119106920145030084, Data de Julgamento: 19/09/2018, Data de Publicação: DEJT 21/09/2018)

Desta forma, restou claro que somente em circunstâncias especiais o ponto por exceção pode assumir que o papel de pontual. E logo em seguida, as pessoas sabem que haverá alguma diferença de horário, que obviamente será contestada pelo tribunal.

Assim, na ausência de documentos durante a jornada de trabalho cumprida, em vez de qualquer debate sobre a irregularidade do registro escrito das horas de trabalho, espera-se que o aumento do litígio comprove o tempo de trabalho real, o que dificultaria a obtenção dessas provas tanto por parte do trabalhador como da empresa contratante.

9 CONCLUSÃO

A luta por melhores condições de trabalho deu origem ao Direito do Trabalho, que destaca os temas da atualidade, que são discutidos em diversos processos na justiça especializada.

Como todos sabemos, os trabalhadores brasileiros são frequentemente violados por esse direito, o que se reflete em sua saúde física e mental, vida social e familiar.

Outro número assustador é que o Brasil se ressentir das estatísticas de fatalidades por acidentes de trabalho a cada 3 horas e 40 minutos - muitos desses acidentes são fadiga física e mental provocada pelo cansaço.

Se não houver controle rígido durante a jornada de trabalho, o número proposto tende a aumentar, pois mais vidas podem ser interrompidas ou perdidas em função da dificuldade das fiscalizações.

Um controle de ponto bem executado, mesmo na forma manuscrita, tem uma presunção de validade, que via de regra é incontestável. Porém, se não houver registro, todas as questões de tempo dependerão das evidências do litígio, e espera-se que a insegurança jurídica e a judicialização aumentem exponencialmente.

E isso abre várias possibilidades ocultas de coerção e fraude relacionadas ao registro de jornada de trabalho, pois viola os princípios de transparência e lealdade e faz com que os trabalhadores não tenham o direito de saber e registrar suas horas de trabalho e rendimentos auferidos de maneira confiável. .

Sendo uma garantia Constitucional aos trabalhadores, esta cláusula constitui o núcleo rígido e imutável da constituição, pelo que nenhuma lei ou emenda constitucional pode abolir esta cláusula.

Ao contrário do que pensam, prejudicará tanto os empresários como os trabalhadores, pois criará maior insegurança jurídica e contencioso, poderá questionar a constitucionalidade desse sistema com judicialização exponencial, poderá gerar provas e obrigar testemunhas a realizar audiências.

O bem-estar público é protegido ao chamado nível mínimo de civilização, que inclui o direito de filiação à CTPS, salários mínimos e a ocorrência de regulamentações para proteger a saúde e segurança dos trabalhadores, incluindo o controle da jornada de trabalho. Vale esclarecer que, no que diz respeito à parte dessa doutrina, as normas inerentes ao ambiente de trabalho são consideradas normas de ordem pública, principalmente por envolverem normas relacionadas à proteção da vida dos trabalhadores.

Para tal, é necessário um controle diário eficaz, medida importante para a garantia da saúde e segurança dos trabalhadores e um dos elementos básicos para um ambiente de trabalho equilibrado (art. 225, CF / 88).

No entanto, o direito básico dos trabalhadores a um ambiente de trabalho equilibrado é uma regra de ordem pública que exige que os empregadores respeitem a qualidade de vida saudável de todos no meio ambiente e os protejam da imunidade. Riscos causados pelas atividades econômicas, exposição, entre outros riscos, devem ser analisados pelo legislador que ao atribuir o ponto de exceção como sendo uma forma de controle, inviabilizou todos os direitos já aqui conquistados.

REFERÊNCIAS

ALMEIRA, Cleber Lúcio de; ALMEIRA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do Trabalho e Constituição**: A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Jurisprudência ponto de exceção**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Controle+de+Ponto+por+Exce%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em 22 abr. 2020.

_____. **Justiça do Trabalho.** Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/norma-coletiva-que-dispensa-controle-formal-de-horario-afasta-pagamento-de-horas-extras?inheritRedirect=false&redirect=http%3A. Acesso em 10 de Outubro de 2020.

CAETANO, F. **Controle da Jornada de Trabalho: Como deve ser feito o controle**

de registro e quais hipóteses o empregador não precisa registrar? Disponível em: <<https://>

caetanobritoadvocacia.wordpress.com/2016/02/01/control-da-jornada-de-trabalho-

[como-deve-ser-feito-o-control-de-registro-e-quais-hipoteses-o-empregador-nao--precisa-registrar/](https://caetanobritoadvocacia.wordpress.com/2016/02/01/control-da-jornada-de-trabalho-como-deve-ser-feito-o-control-de-registro-e-quais-hipoteses-o-empregador-nao--precisa-registrar/). Acesso em: 9 de mai. 2020.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; SILVA, Roberto Da. **Metodologia Científica.** 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho.** 11. ed. rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARCONI, M. D. A; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Fernando. **Uma primeira nota sobre a marcação dos pontos de exceção.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/309546/uma-primeira-nota-sobre-a-marcacao-de-ponto-por-excecao-contornos-e-validade-da-nova-figura>. Acesso em 15 de Setembro de 2020.

MOURA, Cheron. **Registro do ponto de exceção. Como funciona?.** Disponível em <https://www.pontotel.com.br/registro-ponto-excecao/>. Acesso em 16 de Setembro de 2020.

PEREIRA, E. **Aspecto gerais da jornada de trabalho**. Disponível em:
<<https://evp.jusbrasil.com.br/artigos/210738315/aspectos-gerais-da-jornada-de-trabalho>>. Acesso em: 9 de mai. 2020.

NOTAS:

[1]Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI. *E-mail*: carlaiarasantoss912@gmail.com

[2]Orientadora professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail*: erikavilar@otmail.com

[3] Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/norma-coletiva-que-dispensa-controle-formal-de-horario-afasta-pagamento-de-horas-extras?inheritRedirect=false&redirect=http%3A. Acesso em 10 de Outubro de 2020.

A POLÊMICA DAS ASTREINTES NA INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS À LUZ DO NOVO CPC

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Não há dúvidas de que o processo se constitui num meio para a realização do direito material e não um fim em si mesmo[1]. Sob essa perspectiva, ao propor uma ação judicial o jurisdicionado pretende obter o bem da vida que é objeto da controvérsia, sendo essa uma presunção razoável na medida em que o inverso seria supor uma litigância pautada em interesses escusos e dissociados do senso comum, a exemplo da obtenção imotivada de valores altíssimos de multas (*astreintes*).

Trilhando essa mesma lógica o CPC prevê a busca da efetividade da prestação jurisdicional como regra de conduta processual, a saber:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O mesmo código atribuiu ao magistrado o poder de determinar a imposição de multas a fim de que a obrigação de fazer ou de não fazer seja adimplida, nos termos abaixo:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Ocorre, todavia, que o mesmo CPC também esclarece ser possível a modificação ou exclusão da multa acima referida, em determinadas hipóteses, quais sejam:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

Portanto, se de um lado o magistrado pode fixar a multa de que trata o artigo 536, § 1º, do CPC, de outro também teria autorização legal para modificá-la ou excluí-la, inclusive se o obrigado demonstrou justa causa para o descumprimento (inciso II, § 1º, do artigo 537 do CPC).

A celeuma que ora se traz à baila para fins de reflexão é justamente quando da ocorrência de situação onde o magistrado determina a conversão da obrigação em perdas e danos diante da tentativa fracassada de cumprimento da referida obrigação. Nesse caso, em geral a conversão ocorre exatamente porque o executado/obrigado não adimpliu a parte que lhe competiria.

E essa omissão pode decorrer tanto de ato voluntário e doloso de inércia do obrigado quanto de justa causa da impossibilidade de cumprimento da obrigação, conforme prevê o CPC, a saber:

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 816. Se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização.

Art. 823. Havendo recusa ou mora do executado, o exequente requererá ao juiz que mande desfazer o ato à custa daquele, que responderá por perdas e danos.

Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos, caso em que, após a liquidação, se observará o procedimento de execução por quantia certa.

Fixadas essas premissas também é relevante pontuar que é comum ocorrer situação onde o juiz determinou o cumprimento da obrigação e também estabeleceu multa – *astreintes* – tendo a parte destinatária da ordem judicial incidido em mora. A esse respeito, caso o juízo determine a conversão da obrigação em perdas e danos, o mesmo CPC adverte que:

Art. 500. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.

No entanto, a aplicação deste artigo 500 do CPC tem causado uma celeuma forense na medida em que muitos operadores do direito têm interpretado tal dispositivo isoladamente, quando, na realidade, a interpretação deve ser sistemática.

Quer-se dizer com isto que quando o legislador previu no artigo 500 do CPC a possibilidade de cumulação da indenização por perdas e danos com a multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação, fê-lo com a finalidade de esclarecer o seu cabimento.

Porém, não há campo jurídico para, a pretexto de incidência do artigo 500 do CPC, afastar-se a aplicação do artigo 537, § 1º, do CPC, este último que permite a modificação ou exclusão da multa, a depender das nuances do caso concreto.

O que não se pode permitir é uma interpretação literal onde na hipótese de indenização por conversão em perdas e danos o juiz não poderia modificar ou excluir a multa. O legislador pretendeu dizer que a conversão não é prejudicial à multa. E só. Porém, se no caso concreto o magistrado identifica se tratar de uma das hipóteses do artigo 537, §1º, do CPC, poderá aplicá-lo.

Por exemplo, se a obrigação de fazer ou não fazer foi descumprida por 500 dias e gerou uma multa de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) não é porque houve a indenização por conversão em perdas e danos que tal multa é imune à modificação ou exclusão.

Imagine também um caso onde o consumidor de um plano de saúde promoveu demanda em face deste para obter a consulta médica com determinado médico, embora o plano de saúde oferte outros especialistas da área. Se o médico viesse a óbito e o juiz acabasse determinando – cumulativamente com *astreintes* – que o plano de saúde garantisse a consulta, tratar-se-ia de uma obrigação impossível de ser realizada, pois o médico faleceu.

Assim, se o executado/obrigado demonstrar justa causa – falecimento do médico – para o descumprimento da ordem judicial e o consumidor não quisesse se submeter a consulta com outros especialistas do plano de saúde, este poderia arguir justa causa para o descumprimento. E, nesse caso, se o juiz convertesse a obrigação em indenização por perdas e danos seria possível, em tese, que a conversão se realizasse sem que qualquer multa incidisse.

Diz-se “em tese” porque tal análise deve ser feita caso a caso, inclusive pela averiguação da postura processual das partes, a exemplo da cooperação, da boa-fé, do histórico da parte envolvida (se descumpridora contumaz, por exemplo), entre outras nuances, até para que não se crie uma cultura de desrespeito à autoridade do Poder Judiciário e um estímulo à descrença na justiça brasileira.

Com isto se quer dizer que a interpretação do artigo 500 do CPC não pode ser dissociada dos demais dispositivos processuais, sob pena de uma literalidade absurda e geradora de injustiças e distorções. A lembrar a reflexão inicial deste texto, qual seja a de que o processo é um instrumento para a realização do direito material e não um fim em si mesmo.

Nesse caso, deve ser realizada uma leitura dos citados artigos de modo que a incidência de um não afaste a existência e a relevância do outro, pois cada um deles possui um sentido jurídico e uma finalidade própria no atual sistema processual. Inexiste, pois, motivo para essa confusão recorrente que vem abarrotando o Poder Judiciário em inúmeras celeumas processuais, na medida em que cada instituto

jurídico – *astreintes e conversão em perdas e danos* – possui um campo singular de incidência.

NOTAS:

[1] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2013.

OS REFLEXOS DA INEFICIÊNCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA

FAGNER GRANDAL GENEROSO DE ARAÚJO:

Graduando em Direito pelo Centro de Ensino Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

Resumo: A escolha pela prisão preventiva no decorrer do processo penal mesmo quando cabíveis outras medidas cautelares, a relutância em reconhecer as condições judiciais favoráveis ao réu que justificariam a estipulação da pena base no mínimo legal; a dificuldade de estipular regime de cumprimento da pena mais branda aos réus de menor potencial ofensivo, em nada têm contribuído para reduzir os índices de criminalidade, pelo contrário. Essa cultura da punibilidade tem prejudicado o efetivo fornecimento da segurança pública, uma vez que os presídios atuam como verdadeiras “escolas do crime”, que, ao invés de contribuírem para a paz social, acabam influenciando negativamente na segurança da sociedade como um todo. O presente estudo, portanto, visa analisar o instituto da segurança pública dentro do ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos na redução da criminalidade que assola o país, considerando a crise que se instaurou no sistema penitenciário brasileiro, que, ao invés de reabilitar o preso e torná-lo apto à reinserção na sociedade, o devolve para o convívio social ainda mais especializado na marginalidade.

Palavras-chave: Ineficiência. Justiça Criminal. Sistema.

Abstrac: The choice of preventive detention during the criminal process, even when other precautionary measures are applicable, the reluctance to recognize the judicial conditions favorable to the defendant that would justify the stipulation of the basic penalty in the legal minimum; the difficulty of stipulating a more lenient sentence for defendants with less offensive potential, has in no way contributed to reducing crime rates, on the contrary. This culture of punishment has hindered the effective provision of public security, since prisons act as true “schools of crime”, which, instead of contributing to social peace, end up negatively influencing the security of society as a whole. The present study, therefore, aims to analyze the institute of public security within the Brazilian legal system and its effects on the reduction of crime that plagues the country, considering the crisis that was established in the Brazilian prison system, which, instead of rehabilitating the prisoner making it fit for reintegration into society, returns it to social even more specialized in marginality.

Keywords: Inefficiency. Criminal Justice. System.

Sumário: 1. Introdução; 2. Os reflexos da ineficiência do sistema de justiça criminal brasileiro no âmbito da segurança pública; 2.1 A segurança no ordenamento jurídico brasileiro; 2.2 Rol dos órgãos responsáveis pela segurança pública brasileira e suas respectivas competências; 2.3 A crise do sistema penitenciário nacional; 2.4 A ineficiência do sistema de justiça criminal brasileiro no âmbito da segurança pública; 2.4.1 A morosidade do Poder Judiciário; 2.4.2 A Lei de Drogas e seu impacto no Sistema Judiciário; Considerações finais; Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

A ordem democrática trazida pela Constituição Federal de 1988, inversamente ao que ocorreu na economia e em outras áreas de política social, não originou reformas mais profundas nas polícias, na justiça criminal e nas prisões, de modo que as arquiteturas institucionais e funções constitucionais mantiveram-se, praticamente, as mesmas.

Muito embora tenham havido mudanças importantes na legislação infraconstitucional, permaneceram as práticas institucionais e de culturas organizacionais pautadas na legitimidade da ação violenta e discricionária do Estado, por formas de controle social que operam as desigualdades, associadas à falta de transparência e/ou participação social.

De um lado, altas taxas de violência estão associadas a elevadas taxas de impunidade, afetando a credibilidade nas leis e nas instituições; de outro, as instituições de segurança pública e justiça criminal, premidas pelas cobranças da mídia e da opinião pública, regidas pela exigência tácita de se conter, efetivamente, os "criminosos", abrindo margens para medidas de extremo rigor penal e, mesmo, para reforçar políticas criminais anacrônicas e discriminatórias.

Avanços eventuais na gestão policial e reformas na legislação penal têm se revelado insuficientes para reduzir a incidência da violência urbana, com evidência de falta de coordenação e controle. No âmbito do Congresso Nacional, há dificuldades para fazer avançar uma agenda de reformas requerida pela Constituição de 1988, que até hoje, possui diversos artigos sem regulamentação, criando zonas de sombra e insegurança jurídica.

O avanço da criminalidade e da aparente ineficiência das medidas existentes voltadas para a segurança pública fomentam o sentimento de impunidade no seio da sociedade, gerando, assim, descrença nas instituições democráticas encarregadas de aplicar a lei e a ordem, proteger os direitos civis dos cidadãos, consagrados na Constituição, em especial o direito à segurança, levando a uma falsa necessidade de leis mais severas e de maior tempo de cumprimento.

Tendo em vista este cenário, o presente estudo teve por objetivo, estabelecer uma análise acerca da segurança pública brasileira, tendo por base a legislação vigente e o sistema judiciário brasileiro, sem deixar de apreciar a crise que acomete o sistema prisional brasileiro.

2 Os reflexos da ineficiência do sistema de justiça criminal brasileiro no âmbito da segurança pública

2.1 A segurança no ordenamento jurídico brasileiro

A segurança pública encontra-se prevista no texto da Constituição Federal de 1988, enquanto um dever do Estado e um direito do cidadão. No entanto, em termos práticos, a incapacidade do poder público, em garantir a segurança do cidadão, é indiscutível.

O sistema judiciário brasileiro, por sua vez, contribui para agravar esse cenário, em decorrência de uma crise sem precedentes. De um lado, os altos índices de criminalidade e o sentimento generalizado de impunidade, têm culminado numa descrença cada vez maior, por parte da população, nas leis e nas instituições. Do outro lado, o Brasil encontra-se entre os primeiros colocados no ranking dos países que mais encarceram.

No intuito de responder às pressões sociais e midiáticas, no que diz respeito ao crescimento vertiginoso do número de homicídios, o sistema judicial tem optado, via de regra, pelo agravamento das penas, tendo como primeira opção o regime fechado.

A escolha pela prisão preventiva no decorrer do processo penal mesmo quando cabíveis outras medidas cautelares, a relutância em reconhecer as condições judiciais favoráveis ao réu que justificariam a estipulação da pena base no mínimo legal; a dificuldade de estipular regime de cumprimento da pena mais branda aos réus de menor potencial ofensivo, em nada têm contribuído para reduzir os índices de criminalidade, pelo contrário.

Essa cultura da punibilidade tem prejudicado o efetivo fornecimento da segurança pública, visto que os presídios atuam como verdadeiras “escolas do crime”, que, ao invés de contribuírem para a paz social, acabam influenciando negativamente na segurança da sociedade como um todo.

O presente estudo, portanto, visa analisar o instituto da segurança pública dentro do ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos na redução da criminalidade que assola o país, considerando a crise que se instaurou no sistema penitenciário

brasileiro, que, ao invés de reabilitar o preso e torná-lo apto à reinserção na sociedade, o devolve para o convívio social ainda mais especializado na marginalidade.

O termo segurança aparece logo no preâmbulo da Constituição Federal, de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos [...] (BRASIL, 1988, grifo meu)

Mais à frente, o artigo quinto, considerado, por muitos, o principal dispositivo constitucional, versa sobre os direitos e garantias fundamentais:

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(...). (BRASIL, 1988, grifo meu)

No art. 6º, a segurança aparece positivada como um direito social:

Art. 6º São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifo meu)

Assim, ficou evidente, logo em suas linhas iniciais, se tratar de um dispositivo destinado à proteção dos direitos sociais e individuais, como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna e harmônica, como convém a um estado Democrático de Direito, a liberdade, a segurança e o bem-estar.

Esse assunto é, ainda, descortinado, mais à frente, no art. 144, que trata do rol dos órgãos incumbidos pela segurança pública da aludida Carta Magna, de 1988, estabelecendo atribuições específicas a cada órgão, estabelecendo, assim, o constituinte, suas respectivas atribuições e competências, de acordo com cada esfera de jurisdição, a nível municipal, estadual e federal.

2.2 Rol dos órgãos responsáveis pela segurança pública brasileira e suas respectivas competências

As disposições constitucionais relativas à segurança podem ser encontradas esparsamente, ao longo do referido diploma legal, como, por exemplo, nos já supramencionados artigos 5º e 6º, da CF/88, além dos artigos 51, 52 e 27, §3º, destinados às Polícias Legislativas. Todavia, o principal dispositivo constitucional relacionado à temática em comento consiste no artigo 144, que lista, taxativamente, os órgãos policiais e suas respectivas atribuições, de modo que ao tratar do tema segurança pública, a Lei Maior, de 1988, traz um capítulo próprio destinado à segurança pública, enquanto um “dever do Estado” e um “direito e responsabilidade de todos”.

Assim, depreende que, além da sociedade possuir a segurança como um direito, ela também tem deveres relacionados, vulgo, o de cooperar para a proteção dos cidadãos. Já o Estado detém o papel principal nesta temática, tendo em vista seu papel de encontrar meios e desenvolvê-los para a concreta efetivação da referida segurança.

Sendo assim, resta determinado, constitucionalmente, que a responsabilidade pela segurança pública não é exclusiva do Estado, devendo, todos os cidadãos, contribuir de forma a resguardar a ordem pública e zelar pela sua própria segurança e a das demais pessoas, conforme art. 144.

Nesse contexto, conforme estabelecido no parágrafo primeiro do art. 144 da CF/88, a Polícia Federal ostenta a atribuição de apurar as infrações penais cometidas contra a ordem social e política e/ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas autarquias e empresas públicas, assim como outras infrações penais de repercussão interestadual ou internacional e que ordene coibição constante, incluindo-se a diligência e repressão ao tráfico ilícito de drogas, contrabando e descaminho, exercício de polícia marítima, aeroportuária e de fronteira, bem como as funções da polícia judiciária da União, investigando e reunindo provas para processos que sejam de competência da Justiça Federal.

Em seguida, dispõe-se acerca da Polícia Rodoviária Federal (§2º, art. 144), organizada e mantida pela União, estando responsável pelo patrulhamento ostensivo das ferrovias federais brasileiras, na prevenção de crimes de qualquer natureza (§3º, art. 144).

O Estado exerce, ainda, seu poder de polícia judiciária, por intermédio da atuação bem delimitada dos órgãos citados no artigo 144 da CF/88, fundamentada na repressão da atividade criminal através da instrução policial criminal e da captura

dos infratores da lei penal, tendo como traço característico o cunho repressivo e ostensivo, aliado à investigação criminal, representada por organismos sociais cuja função, por excelência, é a apuração da materialidade e autoria das infrações penais.

Às polícias civis, por seu turno, correspondem as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, deve ser dirigida por Delegados de Polícia de carreira e que a eles incumbe as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, ressalvada a competência de Polícia Federal e os crimes militares, conforme estabelecido no parágrafo 4º do art. 144 da CF/88.

Quanto à defesa da ordem pública e policiamento ostensivo, a função é da Polícia Militar, aliás, atividade essencial, geralmente com policiais fardados distribuídos nas ruas, para evitar que o crime ocorra, enquanto as atividades de defesa social cabem aos corpos de bombeiros.

A guarda das instalações, serviços e bens do município é realizada pela Polícia Municipal, nos exatos termos do § 8º do artigo 144 da Constituição da República, em sintonia com o Estatuto das Guardas Municipais, Lei nº 13.022, de 08 de agosto de 2014, instituindo-se no artigo 3º os princípios mínimos de sua atuação, como sendo salvaguarda a vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas, patrulhamento preventivo, compromisso com a evolução social da comunidade e uso progressivo da força.

Vale ressaltar, portanto, que as Guardas Municipais, conforme já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal não são órgãos da Segurança Pública, embora possam ser criados pelos Municípios, com a finalidade de proteger seus bens, serviços e instalações.

Em seguida, estão instituídas as competências da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, ficando, a primeira, responsável pelo policiamento ostensivo da ordem pública, protegendo o cidadão, a sociedade e os bens públicos (§5º, art. 144) e, o último, a execução de atividades de defesa civil (§5º, art. 144).

Mais recentemente, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 104, de 4 de dezembro de 2019, foi instituído o parágrafo 5º-A, versando acerca das responsabilidades das polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, relacionadas à segurança dos estabelecimentos penais.

Finalmente, a Emenda Nº 82/2014, incluiu no rol dos órgãos encarregados pela segurança pública, o §10, concedendo importante destaque à segurança viária, porquanto questão a ser trabalhada de forma indissociável da segurança

pública, além de reconhecer a carreira de agente de trânsito, a ser estruturada em Lei específica, no âmbito de cada ente federativo.

Perceba-se, assim, que, numa ala estão as Polícias Ostensivas (Administrativas e Preventivas), com a incumbência de manter a ordem pública, evitando a prática de infrações penais, por meio do policiamento ostensivo, compreendendo, portanto: Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar, Polícia Legislativa, os e a Guarda Municipal, além da Polícia Penal, criada pela Emenda Constitucional Nº 104/19 e os Agentes de Trânsito, incluídos pela EC Nº 82/2014.

Em uma outra ramificação, estão elencadas as Polícias Judiciárias (Investigativas), com tarefa de apurar os crimes não evitados, através da investigação policial. Nessa categoria estão a Polícia Federal (que também possui atribuição preventiva) e a Polícia Civil.

Impende notar, assim, que, a segurança pública, enquanto dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, não cabe somente à União, mas compreende todos os entes federativos. Segundo nos leciona José Afonso da Silva:

Há, contudo, uma repartição de competências nessa matéria entre a União e os Estados, de tal sorte que o princípio que rege é o de que o problema da segurança pública é de competência e responsabilidade de cada unidade da Federação, tendo em vista as peculiaridades regionais e o fortalecimento do princípio federativo, como, aliás, é da tradição do sistema brasileiro. (SILVA, 2015, p. 793)

Com efeito, torna-se evidente que os órgãos se encontram distribuídos sistematicamente, cada um com sua função específica, demonstrando a existência de funções preventivas, investigativas, defesa civil e guarda a vigilância dos bens e instalações do município.

2.3 A segurança pública segundo a doutrina

Nos seus ensinamentos, Antônio Francisco de Souza conceitua segurança pública da seguinte forma:

A segurança pública é o estado que possibilita (viabiliza) o livre exercício dos direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição e na Lei. A segurança é, simultaneamente, um bem individual e coletivo, tal como a sociedade pertence a todos e a cada um. (SOUZA, 2009, p. 300)

Na mesma linha de raciocínio, o autor Willion Matheus Poltronieri traz a seguinte concepção:

Segurança Pública é a situação de normalidade, é a manutenção da ordem pública interna do Estado, sendo que sua alteração ilegítima ocasiona uma violação de direitos básicos, capaz de produzir eventos de insegurança e criminalidade, sendo o caminho oposto da desordem, do caos e do desequilíbrio social. (PALTRONIERI, 2016, p. 01)

Trata-se, por conseguinte, de um direito que deve ser assegurado pelo estado por meio das intuições incumbidas dessa missão. Caso não seja efetivado o direito da segurança aos cidadãos, vivenciará uma desordem, insegurança e anomia, de modo que, ao promover a segurança estar-se-á asseverando a dignidade da pessoa humana.

Por seu turno, Cláudio Pereira de Souza Neto (2013, p. 1.586), ao comentar o artigo 144, da Constituição, indica a existência de duas concepções a respeito de segurança pública, uma centrada na ideia de combate e outra na de prestação de serviço público.

Cabe mencionar, ainda, que esta última é a única a prevalecer em face dos princípios fundamentais e dos objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro, ou seja, aquela calcada na sedimentação de um dever estatal cujo destinatário é o cidadão.

Como bem afirma Manuel Monteiro Guedes Valente (2014, p.109-111), o reconhecimento da segurança como bem jurídico coletivo ou supra individual e individual não passa por uma perspectiva limitativa dos demais direitos fundamentais, mas sim e apenas por uma humanista e humanizante, como um "direito garantia da liberdade física e psicológica do ser humano, como cidadão integrado no coletivo societário e cidadão individual" cuja liberdade " seja capaz de promover o usufruto pleno dos demais direitos e liberdades fundamentais pessoais".

A segurança pública, nos dias de hoje, assumiu um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, não devendo ser compreendida equivocadamente como restrição de direitos de liberdade e garantias, mas deve ser entendida como meio de garantir o exercício dos demais direitos e liberdades fundamentais, possibilitando um convívio pacífico e harmonioso em sociedade (VALENTE, 2012).

Ademais, no intuito de garantir a proteção da existência do Estado Democrático de Direito, agindo na segurança externa e interna do país, além dos

órgãos policiais elencados no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, poderá, ainda, ser autorizado o emprego das forças armadas (SOUZA, 2009)

Nesse contexto, as forças armadas podem intervir na segurança interna para garantia da lei e da Ordem, sempre que os órgãos elencados no art. 144 da CF/88 se mostressem ineficazes, conforme preconiza o Decreto 3.897, de 2001:

Art. 3º Na hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art. 144 da Constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Consideram-se esgotados os meios previstos no art. 144 da Constituição, inclusive no que concerne às Polícias Militares, quando, em determinado momento, indisponíveis, inexistentes, ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (BRASIL, 2001)

Também neste mesmo sentido, aduz o artigo 15, § 5º da Lei complementar 97, de 1999, ao estabelecer o emprego das forças armadas na Defesa da Pátria, Garantia dos Poderes Constitucionais, podendo ser empregada para a Garantia da Lei e da Ordem, sempre que esgotados os instrumentos a isso previstos no art. 144 da Constituição Federal de 1988, com vistas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Partindo dessa premissa, nota-se que as políticas públicas de segurança pública devem se harmonizar com o princípio republicano e democrático, com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, de maneira que, na hipótese de o Estado se mostrar inoperante, é possível que o Poder Judiciário seja provocado e determine que tais políticas públicas sejam efetivamente implantadas, já que são essenciais para o bom progresso e convívio social.

.2.4 A crise do sistema penitenciário nacional

Apesar das boas intenções do legislador constituinte, os problemas relacionados ao aumento das taxas de criminalidade, o aumento da sensação de

insegurança, sobretudo nos grandes centros urbanos, a degradação do espaço público, as dificuldades relacionadas à reforma das instituições da administração da justiça criminal, a violência policial, a ineficiência preventiva das instituições, a superpopulação nos presídios, a corrupção, problemas relacionados à eficiência da investigação criminal e das perícias policiais e morosidade judicial, entre tantos outros, representam desafios para o sucesso do processo de consolidação política da democracia no Brasil.

A ausência de políticas públicas eficientes que atendam às necessidades elementares de educação, moradia, saúde, geração de emprego e melhor distribuição de renda, impede o Estado de realizar, satisfatoriamente, o nível primário de prevenção, e agrava o quadro de insegurança social, dificultando a atuação dos diversos órgãos que compõem o sistema de Segurança Pública.

Sem dúvida, a segurança é o campo mais vasto, além de ser mais antiga preocupação do Estado, sendo considerada um valor social a ser mantido e alcançado onde o interesse coletivo na existência da ordem jurídica e na incolumidade do Estado e dos indivíduos esteja atendido, a despeito de comportamentos e de situações adversativas. Entretanto, o atendimento à segurança pública extravasa as possibilidades de medidas administrativas, e ainda, demanda atenções da natureza política e judicial.

Os crimes violentos letais e intencionais (CVLI) são o parâmetro da violência no Brasil, visto que divulgam a maior apreensão do cidadão quando o assunto é segurança, com índices ultrapassando a casa dos cinquenta mil.

Somente em 2018, segundo dados do relatório apresentado pelo Fórum Nacional de Segurança Pública, 57.358 pessoas morreram violentamente, somados aos crimes contra o patrimônio, onde 490.956 veículos foram roubados ou furtados, ao passo que foram registrados 22.334 roubos de carga. (FBSP, 2019)

No que se refere ao sistema prisional, um dos maiores desafios para a manutenção da Segurança Pública do Brasil, segundo o estudo, das 726.354 pessoas encarceradas, 32,4% são referentes à presos provisórios, ou seja, sem sentença condenatória transitada em julgado. Além disso, a precariedade do sistema prisional está cada vez mais evidente: enquanto haviam 232.755 presos no ano de 2000, esse número triplicou em 2018, chegando na ordem dos 726.354 detentos. (FBSP, 2019)

Ao se analisar a composição da população carcerária do país, observa-se que a maioria dos presos está sendo processada ou foi condenada por delitos de natureza patrimonial e não por crimes contra a vida. Praticamente metade dos presos no país

responde por crimes patrimoniais, enquanto que um quarto responde por crimes relacionados a drogas.

Em alguns estados, esta situação é ainda mais acentuada: há cinco estados brasileiros em que a maioria dos presos responde por delitos de entorpecentes, estando sempre os crimes contra a vida em menor relevância. Nos estados mais desenvolvidos social e economicamente, observa-se uma participação ainda menor dos crimes contra a vida na composição do perfil dos presos (INFOPEN, 2017).

Entre tantos problemas, a Segurança Pública brasileira também sofre com investimentos pouco eficientes. O mesmo material mostra que, enquanto os gastos do governo totalizaram R\$ 91,2 bilhões em 2018, equivalente a 1,34% do PIB, esses valores não estão sendo usados em áreas que realmente podem trazer resultados, como inteligência e investigação

Todos esses elementos reunidos colocam a segurança pública, no Brasil, numa posição delicada. Na teoria, pensar em segurança envolve os órgãos policiais e o Corpo de Bombeiros, além do Ministério da Justiça, controle de fronteiras e sistema carcerário, por exemplo. Na prática, entretanto, o termo é reduzido e diretamente associado à Polícia Militar.

No entanto, conferir, tão-somente, à Polícia Militar o encargo de combater e reduzir, de fato, os índices de violência é um fardo muito pesado, não muito eficiente, considerando que não basta, apenas, o policiamento ostensivo e as prisões dele resultantes, porquanto, via de regra, o sistema judiciário soltar, em seguida, ex-detentos ainda mais especializados no crime do que antes.

Com efeito, os crimes contra a vida deveriam ser tratados de uma forma intersetorial, mediante a implementação de políticas públicas inteligentes que contemplem não só o ramo policiamento, mas também o esporte, o lazer, a educação, a saúde e o acesso ao trabalho, envolvendo desde os bairros de elite, até as comunidades mais vulneráveis, se quiser, efetivamente, reduzir a rota de criminalidade, em específico no que diz respeito à transversalização oriunda do tráfico de drogas.

2.5 A ineficiência do sistema de justiça criminal brasileiro no âmbito da segurança pública

Por diversas lacunas sociais criadas pelo próprio Estado, em diversas comunidades é comum que os moradores se sintam, de certa forma, “protegidos” pelos criminosos, chegando a fazer vista grossa para suas atividades e, até mesmo, a dificultar o trabalho da polícia. Como resultado, abriu-se um espaço, cada vez maior,

para o aumento da criminalidade, com as facções criminosas reivindicando ininterruptamente mais poder e influência, se replicando em outros estados e expandindo de maneira avassaladora por todo o território nacional.

Tais organizações foram se desenvolvendo em um nível similar às grandes multinacionais, com estruturas organizacionais complexas, envolvendo, especialmente, agentes infiltrados dentro da esfera pública, constituindo uma modalidade de difícil combate, em decorrência de suas engrenagens multifacetárias, nitidamente observável mediante a cresce onda de violência generalizada representada pelos ataques a caixas eletrônicos, bancos e empresas de transporte de valores em vários estados da federação, crimes cada vez mais frequentes e ousados, inclusive com as quadrilhas empregando armamento de guerra (fuzis, metralhadoras pesadas, granadas e explosivos).

Na área policial, faltam investimentos, especialmente na qualificação do pessoal técnico e modernização dos laboratórios de criminalística, o que compromete o resultado das investigações. Isto cria situações surreais, a exemplo da taxa de elucidação de crimes de homicídio, que é ínfima, variando entre 5% e 8%, enquanto o número de homicidas efetivamente presos não ultrapassa 3%.

Não obstante, as leis, que apesar de terem o seu conteúdo material cada vez mais rigoroso, não têm surtido o efeito esperado no sentido de diminuir a criminalidade, pelo contrário, aumenta dia-a-dia em todos os segmentos sociais, deixando claro e incontroverso que o problema não reside na criação de leis mais severas, e sim de uma política que não veja o crime apenas na perspectiva do criminoso, mas também no contexto social.

É visível que a ineficiência do sistema de prestação desse serviço ocorre tanto na sua repressão como na sua prevenção, justificada pela ausência de vontade política séria e efetiva na comutação dessa realidade social. Por conseguinte, esse serviço fundamental, que tutela os bens jurídicos da sociedade, é prestado de forma ineficaz, violando, pois, os direitos humanos da coletividade.

Trata-se, assim, de um paradoxo de difícil solução, uma vez que, o sistema judiciário brasileiro oferece diversas prerrogativas para os agentes delinquentes, concedendo margem para o cometimento de diversos outros crimes, bem como aqueles que usam e abusam da elasticidade do princípio da presunção de inocência, usando as garantias e prerrogativas legais para se livrar das punições Estatais e propagando a insuficiência punitiva do Estado, ao passo que, por outro lado, o Brasil encontra-se nas primeiras posições dos rankings mundiais dos países que mais prendem. Ou seja, prende-se muito e prende-se mal.

De acordo com o Índice de Confiança na Justiça do Brasil de 2017, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, a avaliação que os brasileiros têm sobre sistema judiciário é que se trata de um instituto lento, caro, ineficiente, hermético, corrupto e pouco independente. (FGV, 2017)

A lentidão pode ser comprovada pela diferença gritante entre o prazo previsto no Código de Processo Penal, para o processamento de um caso de homicídio, por exemplo, que, no papel é de 316 dias, mas, na prática, gira em torno de oito anos e seis meses, em média, conforme estudo divulgado pelo Ministério da Justiça, em 2014, em seu Estudo sobre o tempo médio de tramitação do processo de homicídio em cinco capitais brasileiras. (BRASIL, 2014)

Luiz Umpierre de Mello Serra assim descreveu o quadro:

A atuação do Judiciário como prestador de serviços era deficiente e deixava de apontar que não eram aplicadas técnicas de gestão. Destacava-se que a maior parte das serventias atuavam acima dos limites de suas capacidades produtivas, sofriam de uma sistemática carência de investimentos em organização, layout e de informática, e as estatísticas exibiam números grandiosos de demanda. Após alguma análise diagnóstica, pôde-se perceber que ocorria manifesta a ausência de uma política pública, clara, transparente, objetiva, de contratação e movimentação de pessoal, de treinamento específico dos servidores para o desempenho de suas atividades, de treinamento para o atendimento ao público, que levasse ao aprimoramento dos serviços prestados, visando torná-los mais simplificados, ao alcance e de fácil compreensão por aqueles de menor preparação técnica ou intelectual. (SERRA, 2013, p. 10)

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, são mais de 812 mil pessoas privadas de liberdade, no Brasil, sendo que 41,5% correspondem aos presos provisórios, sem condenação transitada em julgado. Parte desse elevado percentual de presos provisórios pode ser justificada pela quantidade insuficiente de defensores públicos, destinados ao atendimento de pessoas com renda inferior a três salários mínimos. (CNJ, 2020)

Ademais, muito embora não seja apontado como um problema pela população, no estudo realizado pela FGV, em 2017, existe, ainda, de uma maneira geral, um viés "punitivista" no Judiciário nacional, como sugere pesquisa realizada

pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 2015, em que a maioria dos juízes se mostrou favorável à elevação do limite máximo do cumprimento da pena privativa de liberdade (69,5%), à ampliação das hipóteses de internação de adolescentes infratores (80%) e ao aumento da pena mínima para tráfico de drogas (71,7%). (AMB, 2015, p. 42-43)

Neste contexto, se posiciona Marcos Alaor Diniz Grangeia:

O despreparo de magistrados e servidores para lidar com a sobrecarga de trabalho, a ineficácia por parte dos tribunais na distribuição e na utilização de recursos materiais e a falta de cultura de gestão administrativa para enfrentar os desafios da modernidade levam o Poder Judiciário a uma letargia na sua atuação, o que compromete sua participação na realização dos fins do Estado Brasileiro, conforme preconizado no texto constitucional. (GRANGEIA, 2013, p. 10)

Outro agravante para a segurança pública atrelada ao sistema judiciário, está a implantação da Lei de Drogas, de 2006, cuja qual distinguiu penalidades para usuário e traficante, porém, só permitiu a aplicação de penas alternativas para o primeiro, endurecendo, assim, as medidas punitivas para o traficante., conforme demonstrado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

Tamanha repressão não está direcionada a grandes traficantes e operadores do sistema financeiro. Na verdade, pesquisas demonstram que o preso por tráfico de drogas no Brasil é em sua enorme maioria jovem, com ensino fundamental incompleto, foi flagrado desarmado e com pouca quantidade de droga. Ou seja, estamos encarcerando pessoas com alto grau de vulnerabilidade, que, se envolvidos em atividade criminosa, encontram-se certamente às margens da hierarquia do tráfico de drogas, e que serão imediatamente substituídos após a prisão. Assim, o direcionamento da repressão sobre esse perfil não só não ameaça o poderio de organizações criminosas, mas, ao contrário, reforça sua capacidade de mobilização e recrutamento. (IBCCRIM, 2017, p. 16)

O problema aqui é que a referida lei deixou de fixar critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante, no que atine à quantidade de droga portada no ato do flagrante, de maneira que essa determinação passou a ter bases subjetivas, baseadas, especialmente, na percepção da autoridade policial, no ato da apreensão, o que levou ao aumento dos presos por tráfico no sistema carcerário.

Finalmente, a reinserção social de ex-detentos pode ser um substancial política com fins de redução da desigualdade social. Contudo, atualmente, a política mais utilizada para reinserção está concentrada unicamente no oferecimento de cursos profissionalizantes, conforme as palavras de Manfroi:

Políticas públicas capazes de promover valorização humana, aprendizado e perspectiva de inclusão social podem contribuir para a humanização da prisão e fazer com que ela deixe de ser apenas um castigo ou o pagamento do mal praticado e torne-se um ambiente de educação, aprendizagem e preparação para o trabalho, possibilitando aos presos crescimento humano, intelectual, profissional e social. Isso pode contribuir imensamente para a vida pós-cárcere, pois além de sair da prisão menos revoltados, saem em condições de trabalhar, estudar e reintegrar-se com a sociedade. (MANFROI, 2016, p. 01)

Ou seja, ainda não se trata de um sistema universal, necessitando, pois, investimentos aliados a discussões públicas sobre o preconceito à população presidiária, de modo que a qualificação dos egressos do sistema prisional possa atuar como uma maneira eficaz de evitar a reincidência ao crime. Na opinião do ilustre professor Armando Castelar Pinheiro:

É consensual no Brasil a necessidade de uma reforma no Poder Judiciário, única das funções estatais que não absorveu as tecnologias disponíveis e que vem se caracterizando por inadmissível lentidão”. Essa percepção tem se refletido nos últimos anos em um amplo conjunto de propostas de reforma, discutidas dentro e fora do Congresso Nacional, que não obstante têm avançado pouco em termos de medidas prática. (PINHEIRO, 2009, p. 49)

Assim, a amplitude dos temas e problemas afetos à segurança pública alerta para a necessidade de qualificação do debate sobre segurança e para a incorporação de novos atores, cenários e paradigmas às políticas públicas.

O problema da segurança, portanto, não pode mais estar apenas adstrito ao repertório tradicional do direito e das instituições da justiça, particularmente, da justiça criminal, presídios e polícia. Evidentemente, as soluções devem passar pelo fortalecimento da capacidade do Estado em gerir a violência, pela retomada da capacidade gerencial no âmbito das políticas públicas de segurança, mas também

devem passar pelo alongamento dos pontos de contato das instituições públicas com a sociedade civil e com a produção acadêmica mais relevante à área.

Destarte, qualquer reforma que se venha a fazer no Brasil, em busca de resultados para o controle do grave problema de segurança pública, deve começar por articular e conectar diferentes órgãos e setores da justiça, a fim de que eles efetivamente funcionem de forma complementar e integrada, desobstruindo canais e melhorando a intercomunicação envolvendo todos os componentes da segurança pública, como policiais, promotores, processos judiciais, prisões, crimes e criminosos, além de orçamentos e recursos operacionais

Considerações Finais

A promulgação da Constituição Federal de 1988 – também conhecida como “Constituição Cidadã” – viabilizou novos compromissos políticos e sociais no sentido da legitimação da democracia, do federalismo e da participação como grandes pilares estratégicos da organização do Estado. No entanto, muito embora tenha se estabelecido a nível político-institucional, o movimento de democratização brasileiro enfrenta, ainda, o desafio de alcançar as práticas cotidianas dos cidadãos, permeando as relações da população com as diversas agências (e agentes) do poder público, com os espaços e com os indivíduos que o povoam.

Nesse contexto, a segurança pública, segundo o texto constitucional, surge como um direito fundamental dos cidadãos, a ser assegurado pelo Estado, em colaboração com seus respectivos particulares. Entretanto, o Estado não possui aparato suficiente para atender, eficientemente, a todos os cidadãos, considerando que a própria população não colabora da maneira devida, culminando, assim, em elevados índices de criminalidade e estatísticas alarmantes acerca dos registros de contravenções e delitos criminais.

Vale lembrar, ainda, que a Segurança Pública constitui um direito fundamental elementar que assegura o gozo de outros direitos do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que concerne ao convívio pacífico e harmônico em sociedade, de modo que, ao deixar de ser promovida, coloca em risco a fruição de vários direitos fundamentais, em específico os direitos civis de liberdade, propriedade, igualdade, reunião; os direitos políticos de votar e ser votado; os direitos sociais de educação, saúde.

Entretanto, apesar das previsões constitucionais, impera na ordem vigente, uma grande deficiência nas chamadas Políticas de Segurança aplicadas em nosso sistema, onde a segurança pública tem figurado como um dos problemas mais agudos de nossa sociedade atual.

Dentre as causas dessa deficiência estão o aumento do crime, do sentimento de insegurança, do sentimento de impunidade e o reconhecimento de que o Estado apesar de estar obrigado constitucionalmente a oferecer um serviço de segurança básico, não atende sequer, às mínimas necessidades específicas de segurança que formam a demanda exigida pelo mercado.

Por sua vez, o sistema judicial criminal brasileiro encarcera muito e encarcera mal. Ainda impera a cultura punitiva, onde a prisão é vista como a única resposta ao fenômeno criminal, fomentada pelo desinteresse ao combate às causas ensejadoras do crime, sem que haja a percepção do crime como um fenômeno social e, portanto, capaz de atingir a todos como vítimas ou como acusados.

Assim, apesar da altíssima taxa de aprisionamentos, que coloca o Brasil na quarta posição dos países que mais encarceram no mundo, não há qualquer redução nos índices de criminalidade, como alguns poderiam imaginar.

Além disso, o país ainda se encontra na segunda posição dos países com o maior número de presos provisórios, em especial, por conta da Lei de Drogas, de 2006, que endureceu as penas para os traficantes, ao mesmo tempo em que deixou de especificar a quantidade caracterizadora do tráfico e do consumo, o que resultou numa verdadeira explosão do número de prisões, desde sua criação.

O perigo das prisões provisórias está, justamente, no fato de que muitos desses presos serão soltos sem qualquer medida de ressocialização, de modo que sairão ainda mais versados no mundo do crime, uma vez que as penitenciárias funcionam como verdadeiras faculdades da marginalidade, misturando detentos de maior potencial ofensivo com presos provisórios.

Ou seja, mesmo com o conteúdo material cada vez mais rigoroso das leis, estas não têm surtido o efeito esperado no sentido de diminuir a criminalidade, que, pelo contrário, só aumentam, estando presente nos mais variados segmentos sociais, restando evidente que o problema não está na criação de leis mais severas, mas sim na ausência de uma política que não veja o crime apenas na perspectiva da punição do criminoso, mas também no contexto social geral.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

APPOLINÁRIO, Fábio. **Dicionário de Metodologia Científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **AMB. A AMB quer ouvir você.** 2015. Disponível em https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2015/12/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site.pdf. Acesso em 18 de maio de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. **Lei Complementar 97**, de 09 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e emprego das forças armadas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jun. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. **Decreto Nº 3.897**, de 24 de agosto 2001. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. **Portaria Normativa nº 3.461**, de 19 de dezembro de 2013. Dispõe sobre a publicação "Garantia da Lei e da Ordem. Disponível em - http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/listadepublicacoesEMD/md33_m_10_glo_1_ed2013.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. **Lei Nº 13.022**, de 08 de agosto de 2014. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (SRJ/MJ). **Estudo sobre o tempo médio de tramitação do processo de homicídio em cinco capitais brasileiras.** Disponível em <https://www.novo.justica.gov.br/news/pesquisas-analisam-violacao-de-direitos-humanos-e-tempo-de-tramitacao-de-processo-de-homicidio>. Acesso em 19 out. 2020.

_____. **Lei Nº 13.675**, de 11 de junho de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm. Acesso em 19 out. 2020.

CARVALHO, José Murilo (2002). **Cidadania no Brasil: O longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

FGV. Fundação Getúlio Vargas. **Índice de Confiança na Justiça Brasileira**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>. Acesso em: 19 out. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019)**. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 10 set. 2020

Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

GRACIANO, Mariângela; MATSUDA, Fernanda; FERNANDES Fernanda Castro. **Afinal, o que é segurança pública?** São Paulo: Global, 2009.

IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. 2017. Disponível em: <https://wp.ibccrim.org.br/artigos/294-maio-2017/16-medidas-contra-o-encarceramento-em-massa-2/>. Acesso em: 23 out. 2020.

INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização - Junho de 2017. Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: DF. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020. .

MARTINS, João Mário. **A Polícia Militar no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: a doutrina da segurança nacional e o novo paradigma. 2009. 84f. Monografia (Especialização em Administração de Segurança Pública) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário e economia no Brasil [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. 140 p. ISBN: 978-85-7982-019-9. Disponível em <http://www.precog.com.br/bc-texto/obras/castelar-9788579820199.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

POLTRONIERI, **Segurança Pública: dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**. 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/53353/seguranca-publica-dever-do-estado-direito-e-responsabilidade-de-todos>. Acesso em: 9 out. 2020.

SERRA, Luiz Umpierre de Mello. **Gestão de Serventias**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. São Paulo, Malheiros, 2015. 936 p.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança pública e prisão preventiva no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Segurança: bem jurídico supranacional. JANUS.NET: e-journal of International relations, Lisboa, v. 3, n. 2, p. 75-90, nov. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2hJr0TI>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. Teoria geral do direito policial. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014

[1] Autor de livros e advogado. Mestre em Direito pelo Instituto Nacional de Ensino Superior e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM/MG, Pós-Graduação em Processo Judiciário pela FIC/SERGIPE, Pós-Graduação em Docência e Gestão em Ensino Superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus -CEULM/ULBRA. E-mail: rladvocacia02@gmail.com

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PECULATO.

EDUARDO VIEIRA RUELA: Policial Penal do estado do Tocantins, cursando o 9º período de Direito na Universidade Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA^[1]

FLÁVIO AUGUSTUS DA MOTA PACHECO^[2]

(Orientadores)

RESUMO: O presente artigo tem como escopo explicar as influências históricas do princípio da insignificância, analisar e conseqüentemente definir uma posição crítica acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública, explicar o conceito do crime de peculato e todas as suas vertentes e sua previsão legal, por fim demonstrar os entendimentos contraditórios do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Deste modo, este trabalho reside em trazer a importância do papel da aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública, pois o mesmo serve como instrumento de interpretação de uma conduta ilícita, possibilitando que o Direito Penal seja plenamente exercido.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes, Administração Pública, STJ, STF, Princípio da Insignificância, Peculato.

ABSTRACT: This article aims to explain the historical influences of the principle of insignificance, analyze and consequently define a critical position on the applicability of the principle of insignificance in crimes against public administration, explain the concept of the crime of embezzlement and all its aspects and its legal provision, finally demonstrating the contradictory understandings of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice. In this way, this work resides in bringing the importance of the role of the application of the principle of insignificance in crimes against the public administration, as it serves as an instrument for the interpretation of an illegal conduct, allowing the Criminal Law to be fully exercised.

KEYWORDS: Crimes, Public Administration, STJ, STF, Principle of Insignificance, Peculato.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO, 2. BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL, 2.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: CONCEITO E ESTUDO, 3 ORIGEM HISTÓRICA DO CRIME DE PECULATO, 3.1 CRIME DE PECULATO: CONCEITO E ESTUDO, 3.1.1 PECULATO APROPRIAÇÃO, 3.1.2 PECULATO DESVIO, 3.1.3 PECULATO FURTO, 3.1.4 PECULATO CULPOSO, 4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PECULATO DE

ACORDO COM SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4.1 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4.2 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 5. CONCLUSÃO ,6. REFERÊNCIAS

1.INTRODUÇÃO

O intuito da presente tese de conclusão é demonstrar a divergência de entendimento que os tribunais têm em relação ao princípio da insignificância, relacionado aos crimes contra a administração pública, com enfoque no crime de peculato.

A República Federativa do Brasil se constituiu como um Estado Democrático de Direito e, por tal motivo, tem como base a busca constante de um direito penal, fragmentário e subsidiário, onde a sua atuação dar-se-á exclusivamente nas circunstâncias em que diversas seções do direito não estiverem hábeis a propiciar pacificação social.

Em desacordo a esta orientação, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 599, que em seu teor menciona ser inaplicável aos crimes contra a administração o princípio da insignificância.

Deste modo solidificou o entendimento na Corte Superior de que comportamentos formalmente típicos que consistir em práticas contra a administração pública nunca deverão ser analisados como insignificantes, ainda que desprovidas de ofensividade, periculosidade social e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, bem como o irrisório dano econômico suportado pelo Estado.

De acordo com artigo 312 do Código Penal, o funcionário público que apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, o qual detém a posse em razão do cargo, ou desvia, em benefício próprio ou alheio, comete o crime de peculato.

Conforme entendimento do STJ um simples extravio de uma caneta pelo funcionário público acarretaria no crime de peculato, pois o bem que está em voga é a moralidade administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer a existência do princípio da insignificância penal também o vem aplicando nos casos de crimes praticados contra a Administração Pública, onde já teria decidido que na apropriação por parte de funcionário público de um "farol de milha" que guarnecia motocicleta apreendida (peculato-furto), cujo valor era estimado em R\$13,00 (treze reais), a absolvição do acusado naquele processo foi cabível em razão da insignificância penal, pois se levou

em apreço a falta de periculosidade do agente e a irrelevância econômica abrangida na ação.

Por tanto faz-se necessário uma análise dos fatos expostos, visto que a perpetuação da referida súmula do STJ ocasionaria em inúmeros processos contra agentes públicos e a administração, diante da demasiada insegurança jurídica que o tema apresenta. Entretanto, quando há divergências de entendimento entre Tribunais superiores para aplicação da penalidade, como ocorre no crime de peculato, o que devemos fazer? Qual o caminho a ser seguido?

Dessa forma, a pergunta a ser respondida é esta: Qual aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes relacionados à administração pública, com enfoque no crime de peculato?

2. BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL.

Há discussões quanto à ascendência do Princípio da Insignificância. Para alguns autores, o aparecimento desse princípio se deu com o Direito Romano, que pregava entendimento segundo o qual o pretor não deveria se ocupar de lesões mínimas a direitos “*minimis praetor non curat*” (LORENZI, 2015, p. 206). Contudo, há críticas quanto à origem romana, pois se sabe que a fundação do Direito Romano estava no direito civil, havendo pouco conhecimento acerca do Direito Penal.

A origem mais próxima do princípio se deu com menção feita por Claus Roxin, em 1964, em um artigo na revista alemã *Juristische Schulung* (JuS), sendo em seguida tratado na obra do mesmo autor, intitulada “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal” em 1970, na qual o formula como um “princípio de validade geral para a determinação do injusto” (ROXIN, 2006, p. 73, tradução nossa). Pregando o Princípio da Insignificância como causa de excludente de tipicidade.

Para Roxin (2006), o princípio admite eliminar a tipicidade da maioria dos tipos cujo dano seja de pouca importância, ou seja, não apenas os patrimoniais. O autor buscou esclarecer que, tanto a adequação social, quanto o Princípio da Bagatela devem ser usados como auxiliares interpretativos para restringir o teor literal da lei, trazendo nova interpretação. Nas palavras de Fernando Capez, o princípio da insignificância é:

(...) originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocado de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na

realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. (CAPEZ.pág 29, 2011).

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a primeira obra doutrinária relevante sobre a insignificância foi publicada em 1982, por Francisco de Assis Toledo, seguido por artigo elaborado por Odone Sanguiné, em 1990. Já na Constituição Federal de 1988, o princípio da insignificância veio implícito, sendo utilizado para evitar que se considerem pequenas ofensas em crimes.

Na seara do Direito Penal existem inúmeros princípios intrínsecos a matéria, notadamente de âmbito constitucional, como princípio do Devido Processo Legal e Legalidade, constantes no artigo 5º, LVI da Constituição Federal. Ligados aos chamados “crimes de bagatela” (ou delitos de lesão mínima) podendo ser compreendida como as ações ou omissões atípicas que afetam minimamente um bem jurídico (JESUS, 2014).

Não estando exposto nas leis penais, mas sim implícito, o princípio da Insignificância tornou-se uma construção dogmática da doutrina, que vem a fundamentar o sistema, sendo uma extensão do princípio da legalidade do qual não se pode afastá-lo.

2.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: CONCEITO E

ESTUDO

Como exposto anteriormente, o Direito Penal recomenda que somente venha a intervir nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de delitos jurídicos mais leves. O princípio da insignificância é uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material. É um postulado hermenêutico voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas.

O princípio da insignificância que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Os delitos que são alcançados pelo princípio da insignificância estão sendo denominados de bagatela, nos dizeres de Fernando Capez (2014) “a lei não deve preocupar-se com infrações de pouca monta, insuscetíveis de causar algum dano à coletividade”. Do mesmo modo se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (2019):

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E FURTO SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE FURTO SIMPLES POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE EM DELITOS DE MESMA NATUREZA. ELEVADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA. JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL SUPERIOR E DA SUPREMA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal - A admissão da ocorrência de um crime de bagatela reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasione lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem - O fato de o histórico de antecedentes criminais do paciente já ostentar duas condenações transitadas em julgado pela prática de crimes contra o patrimônio - dois furtos -, às e-STJ fls. 46/49, a indicar sua habitualidade criminosa e sua reincidência específica, acrescido da circunstância de os delitos em comento terem sido realizados no mesmo dia (um deles em concurso de agentes), em continuidade delitiva, impossibilitam a aplicação do princípio da insignificância, nos termos da jurisprudência remansosa desta Corte de Justiça - A reiteração no cometimento de infrações penais reveste-se de relevante reprovabilidade e, via de regra, impede o reconhecimento da insignificância penal, uma vez ser imprescindível não só a análise do dano causado pela ação, mas também o desvalor da culpabilidade do agente, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de pequenos delitos - Acórdão recorrido que está em harmonia com a jurisprudência dessa Corte de Justiça e do STF, não havendo nenhuma ilegalidade a ser

sanada na via estreita do remédio heroico - Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no HC: 467327 GO 2018/0226036-5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/11/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2018)

Se o fato for penalmente insignificante significa que não lesou nem causou perigo de lesão ao bem jurídico. Logo, aplica-se o princípio da insignificância e o réu é absolvido por atipicidade material, com fundamento no art. 386, III do CPP. O princípio da insignificância atua, então, como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal.

Portanto, não basta que a conduta do agente esteja pautada com elementos de um tipo para que o Direito Penal possa intervir, faz-se necessário que ela seja capaz, também, de lesar um bem jurídico penalmente relevante. Sendo assim, o Direito Penal não deve se preocupar com danos de pouca relevância.

3. ORIGEM HISTÓRICA DO CRIME DE PECULATO

Em meio às diversas condutas tipificadas como ilícitas, o Direito Penal brasileiro tratou de explicitar os delitos empreendidos contra a Administração Pública. O legislador pátrio, na criação de tais tipos penais, criou o crime de peculato, com o objetivo de dar maior segurança e amparo aos bens públicos, bem como resguardar a moralidade, probidade e fidelidade ao setor público.

O delito de peculato tem suas raízes atreladas ao direito romano. O vocábulo deriva do latim pecus ou peculium. No decorrer da Idade Média, essa prática era comumente punida com penas severas, como a morte e a infâmia. As penas aplicadas aos autores de peculato eram bem severas, como trabalhos nas minas, podendo chegar, até mesmo, ao extremado da pena de morte, fato acontecido no tempo dos imperadores.

Durante a Idade Média foi conservado para o crime de peculato a aplicação de medidas cruéis e degradantes. (BITTENCOURT, p.36, 2010). No direito romano, caracterizava-se o delito de peculato como a subtração de coisas pertencentes ao Estado. O direito romano, ao definir o delito de peculato na época, não considerou a qualidade do sujeito ativo, nos dias atuais o funcionário público. Assim, não importava a condição de funcionário público do agente, podendo o agente não possuir essa condição, bastando apenas que houvesse a subtração da coisa pertencente ao Estado.

Nesse sentido, Bitencourt (2014, p. 38), define o crime de peculato como tendo suas raízes remotas no direito romano e caracterizava-se pela subtração de coisas pertencentes ao Estado. Essa infração penal recebia o nome de peculatos ou depeculatus, oriundo de período anterior à introdução da moeda, quando os animais (bois e carneiros) dedicados ao sacrifício em tributo às divindades consistiam na riqueza pública por excelência. De fato, o gado representava o patrimônio mais importante da sociedade na época, que o utilizava como moeda primitiva.

É importante afirmar, que em tempos mais remotos, isto é, no direito romano, era dispensada o vínculo do sujeito ativo com a Administração, bastando somente à subtração da coisa pertencente ao Estado para configurar tal crime, podendo então ser praticada por particular.

Já no Brasil, as primeiras aparições vieram nas Ordenações Filipinas, aplicada à época, de 1603 a 1830. No Código criminal do Império em 1830, o peculato estava incluído nos crimes contra o tesouro público e propriedade pública. No ano de 1890 o Código Penal incluiu os crimes contra a boa ordem e administração pública (MÉDICI, 1999).

No ano de 1940 o Código Penal Brasileiro, teve sua classificação no crime de peculato através do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, que não distinguiu bens públicos e particulares (MÉDICI, 1999).

No cenário atual a legislação é taxativa, quanto ao vínculo do sujeito ativo com a Administração pública, para tipificação do delito de peculato dada pelo Código Penal de forma ampla, o qual classifica o agente ativo e passivo nesses crimes.

3.1 CRIME DE PECULATO: CONCEITO E ESTUDO

Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública, encontra-se o tipo penal Peculato. Caracterizado pelo Artigo 312 do Código Penal como “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.

A acepção do crime de peculato considera-se ser um delito contra a Administração Pública, que tem como o sujeito ativo, o funcionário público como regra. O sujeito passivo é o Estado e a pessoa física ou jurídica lesada pela conduta. É um tipo penal próprio (crime praticado por funcionário público), que envolve outras condutas já previstas no Código Penal (Apropriação indébita, Desvio e Furto), porém na esfera de atuação dos funcionários públicos (BITENCOURT, 2010).

O bem jurídico tutelado no delito de Peculato é o patrimônio, para melhor entendimento sobre o assunto, segundo Capez, a definição de bem jurídico, é o interesse protegido pela norma penal. Por exemplo: a vida, no crime de homicídio, a integridade corporal, nas lesões corporais; o patrimônio, no furto; a honra, na injúria; a dignidade e a liberdade sexual da pessoa, no estupro; a administração pública, no peculato etc. (CAPEZ 2018, p.301).

O conceito de bem jurídico gera um juízo de valor positivo acerca de determinado objeto ou situação social e de sua importância para o desenvolvimento do ser humano. (CAPEZ. 2018)

A preservação e proteção dos bens jurídicos pertencentes à administração pública têm duas relevantes importâncias, que são, em primeiro lugar, objetivar garantir o bom funcionamento da administração pública, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade. Em segundo lugar, também visa proteger o patrimônio mobiliário do Poder Público. (BITENCOURT, 2010). Sendo assim bem jurídico penalmente tutelado (objeto material) é qualquer bem móvel que esteja sob os cuidados do Estado.

O artigo 312 do Código Penal (1940) é bastante complexo e deve ser estudado de forma fragmentada, pois a doutrina o divide em peculato apropriação, peculato desvio, peculato furto e ainda na modalidade culposa.

3.1.1 Peculato Apropriação.

A primeira parte do artigo 312 do Código Penal (1940) trata da hipótese em que o funcionário público se apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, seja público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo. É de fundamental importância à expressão "em razão do cargo".

Não basta ser funcionário público para praticar a conduta. O autor tem que se valer de sua condição de funcionário público para que se configure a conduta do art. 312. Essa condição inclusive é válida para todos os delitos praticados por funcionário público contra a administração pública. Nessa linha Capez aduz (2015, p. 453):

É o denominado peculato próprio. Está previsto na primeira parte do caput do art.312: —Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo. A ação nuclear típica

consubstancia-se ao verbo apropriar. Assim como no crime de apropriação indébita, o agente tem a posse (ou detenção) lícita do bem móvel, público ou particular, e inverte esse título, pois passa a comportar-se como se dono fosse, isto é, consome-o, aliena-o etc. No entanto, o que diferencia o crime de peculato do crime contra o patrimônio é o fato de que o agente tem a posse do bem em razão do cargo (*ratione office*), isto é, o agente, funcionário público, e em razão do ofício exerce a posse sobre bens públicos ou particulares que lhe são confiados.

Gonçalves (1998, p. 105), parte do mesmo pensamento acerca da apropriação, Apropriar-se: fazer sua a coisa de outra pessoa, invertendo o ânimo sobre o objeto. O funcionário tem a posse do bem, mas passa a atuar como se fosse seu dono.

Consuma-se o delito de Peculato apropriação, no momento em que o funcionário público começa a se mostrar como se dono fosse do bem público. Isto é, existirá a prática do delito, quando o agente torna o dinheiro, valor ou qualquer bem móvel, de que detém a posse em razão de sua função pública, objeto de seu patrimônio particular. Há inversão da posse, fica demonstrado nos comportamentos e condutas praticadas pelo funcionário público. Este por sua vez, começa a praticar comportamentos incompatíveis com a mera detenção do bem público, a título de exemplo, a venda ou cessão do bem público.

É imprescindível pontuar que a posse da coisa deve ser lícita e a mesma deve ocorrer em razão do cargo que o agente ocupa. A posse pode ser de valores, dinheiro ou qualquer outro bem móvel público ou particular- desde que esteja na guarda da Administração Pública (MIRABETE, 2010). Diante do exposto não implica que o funcionário público tenha adquirido a vantagem do delito, não sendo necessário a fixação dos valores extraviados.

3.1.2 Peculato Desvio

A segunda parte do *caput* do artigo 312 do Código Penal (1940) nos apresenta o chamado peculato-desvio. A diferença para o delito anterior é muito pequena (afinal de contas a única mudança é que estaremos diante de um desvio, e não de uma apropriação).

O funcionário público dá um final diferente ao objeto de que tem posse de sua destinação original, com o intuito de se beneficiar, ou beneficiar terceiros. (GONÇALVES, 1998, p. 107).

O proveito em que a lei se refere, poderá ser tanto material, como moral, podendo o agente desfrutar de benefícios morais e não somente de vantagens econômicas. Ressalto a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que versa sobre o fato:

Ação Penal 702 – STJ – 03/06/2015: Tipifica, em tese, o crime de peculato-desvio (art. 312, caput, 2a. parte do CP) utilizar-se do mesmo expediente para pagar ajuda de custo, estruturação de gabinete, segurança pessoal, despesas médicas e estéticas em proveito de conselheiros, passagens aéreas e verbas em favor de servidores inexistentes ou “fantasmas”, entre outras despesas sem amparo legal.

Nesse sentido, se nota que o STJ entendeu que pagamentos em favor de funcionários inexistentes é uma forma de se praticar o peculato-desvio. Com o desvio, a coisa, por ação ou omissão do agente, tem destino diverso daquele que lhe estava reservado.

Sendo assim, podemos perceber que o funcionário público conscientemente age com o dolo de desviar a coisa de que detém posse em razão de sua função pública, privilegiando-se a si mesmo ou terceira pessoa.

O verbo núcleo desviar tem o significado, neste dispositivo legal, de alterar o destino adequado do elemento material ou dar-lhe outra direção, ou, em outros termos, no peculato-desvio o funcionário público dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem (BITENCOURT, 2014, p.47).

Deste modo, consuma-se o delito no momento em que o funcionário público dê destino diverso da coisa pública que detém posse, em benefício próprio ou alheio. Vale observar, que na ocorrência de desvio de verbas públicas em proveito próprio da Administração, o crime será outro, previsto no artigo 315 do Código Penal (emprego irregular de verbas ou rendas públicas).

3.1.3 Peculato Furto

O parágrafo 1º do art. 312 *caput* nos apresenta a terceira hipótese de peculato, o chamado peculato-furto, também denominado em doutrina como Peculato Impróprio, como descrito abaixo:

Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

De um modo bem simples, aqui temos um furto comum (uma subtração comum de bens de qualquer espécie) praticado valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público.

Na hipótese inicial inscrita no tipo previsto no § 1º do art. 312, o agente público subtrai coisa nas condições que lhe são proporcionadas pela sua condição. Na segunda, o funcionário concorre para subtração cometida por um terceiro que, sabedor das circunstâncias do fato, responde por peculato, ainda que possa não ser funcionário público (MIRABETE E FABBRINI, 2015, p. 1996).

É imperioso ressaltar que, sempre ocorre o concurso de agentes, entre o funcionário público e quem praticou a subtração da coisa, pois para consumação do delito, é necessária a ação de ambos os agentes, a título de exemplo, cita-se o auditor público, propositalmente, deixa porta da repartição pública em que trabalha aberta, para que outrem previamente em conluio realize a subtração de computadores provenientes daquele Órgão. Dessa maneira, ambos responderão pelo delito de Peculato, desde que o particular tenha ciência da condição pública do agente. O funcionário público deverá figurar no polo ativo do delito

A consumação do Peculato furto está diretamente ligada à efetiva subtração da coisa pública, isso para as duas condutas delitivas previstas no § 1º do artigo 312 do Código Penal. Com a posse ou detenção da coisa pública, fora da esfera de vigilância da Administração pública.

A tentativa e consumação aparecem nos mesmos moldes do furto, sendo elemento subjetivo o dolo, substanciado na vontade livre e consciente de subtrair a coisa alheia ou mesmo concorrer para a subtração de dinheiro, valor ou bem da Administração Pública (CAPEZ 2015, p. 462). É necessário ainda que o agente tenha conhecimento da facilidade proporcionada em razão da sua qualidade de funcionário público.

3.1.4 Peculato Culposo

Há possibilidade de punição de um funcionário público por peculato culposo. Conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 312 do Código Penal (1940) "se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem com pena de detenção, de três meses a um ano".

Aqui responde pelo crime o agente que por negligência, imprudência ou imperícia concorre para a prática do crime de outrem, podendo ser o agente alheio ao setor público ou funcionário público. Assim, sempre que o funcionário público, no exercício de sua função, permitir que outra pessoa pratique o delito, em razão de sua inobservância ao dever administrativo de cuidado, caracteriza o delito de Peculato culposo.

Ocorre o peculato culposo, quando o funcionário público concorre para que outrem se aproprie, desvie, ou subtraia o objeto material da proteção penal, em razão de sua inobservância ao dever objetivo de cuidado necessário. No caso, o funcionário negligente não concorre diretamente no fato (e para o fato) praticado por outrem, mas, com sua desatenção ou descuido, propicia ou oportuniza, involuntariamente, a que outrem pratique um crime doloso, que pode ser de outra natureza. (BITENCOURT, 2012, p. 49).

O ato ilícito só ocorre quando a ação praticada por terceiro for dolosa, sendo ele funcionário público ou não, ou seja, quando a prática do ato gerar dano. Em outras palavras, a consumação do peculato-culposo ocorre junto à execução do crime que só foi possibilitado pela ação culposa do agente público.

O Peculato culposo possui uma previsão própria de extinção da punibilidade e mitigação. Vejamos o que diz o §3º do artigo 312 do Código Penal (1940): "no caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta".

O legislador previu, especificamente para o delito de peculato culposo, que caso o funcionário público repare o dano antes de sentença irrecorrível (em outras palavras: antes que a sentença transite em julgado), fique extinta a punibilidade. Já no caso de um agente público que não queria reparar o dano antes do trânsito em julgado, se o fizer posteriormente, terá sua pena reduzida pela metade.

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PECULATO DE ACORDO COM SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O Direito Penal tem por desígnio resguardar os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, de forma que, através do legislador, são definidas quais

as condutas que devem ser sancionadas pelo Estado. Assim, as sanções penais são aplicadas a todo aquele que infringir a lei e cometer um ato ilícito.

O tipo penal provoca um apanhado de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração. Porém, ao mesmo tempo, é verdade, certas condutas em si mesmo típicas carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. (BITENCOURT, 2003, p. 17).

Diante do que fora elencado acima, há um fator preponderante que não podemos deixar de considerar, a aplicabilidade deste princípio diante do delito de peculato. No âmbito dos crimes contra a Administração Pública, as decisões do Superior Tribunal de Justiça divergem com as decisões do Supremo Tribunal Federal, também, de forma não unânime, fato que contribui para uma situação de insegurança jurídica, uma vez que não há uniformidade nesse entendimento.

A configuração do crime de peculato, nos termos do artigo 312 do Código Penal (1940), como sendo o ato de apropriar-se o funcionário público, do bem da administração pública ilicitamente. Entretanto, nessa disposição não há uma separação de que tipo de bem, qual valor material do objeto, classificando, apenas o ato. E nesse liame engloba o furto de uma caneta até o desvio de milhões. Cabe então ao Direito Penal sua punição, ou deve ser aplicado o princípio da insignificância ao funcionário público que venha a cometer o crime de peculato, de bens com valor mínimo, insignificante.

4.1 Entendimento do Supremo Tribunal de Justiça.

O princípio da insignificância vem sendo discutido nos tribunais superiores, acerca dos crimes contra a Administração Pública. Portanto, para que a administração tenha bom funcionamento, deve seguir alguns preceitos que estão expostos na Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988, online).

Portanto todo e qualquer ato praticado por funcionário público contra a Administração Pública será conduzido pelo princípio da moralidade. Nesse sentido, Meirelles (2012, p. 90) afirma que o agente público, como possuidor de capacidade

de atuação deve, fundamentalmente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que não se aplica o princípio da insignificância nos crimes de peculato, pois o agente público deve exercer suas funções com moral administrativa.

É inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. (STJ, 2011, online).

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 599, em 20/11/2017, segundo a qual: "O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública". Assim, mesmo que o valor do prejuízo no qual o agente público está envolvido seja insignificante, deverá haver a sanção penal tipificada como desrespeito à moralidade administrativa, que não é passível do valor econômico. (BARRETO, 2017, online).

Entretanto, essa posição não é unânime na corte, visto que alguns relatores já acompanharam o entendimento jurisprudencial do STF, no sentido de que se admite a aplicação do princípio da insignificância no crime de peculato furto quando o valor do objeto furtado fora insignificante e não trouxe prejuízos para a administração pública.

4.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Com posição absolutamente contrária à do STJ, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que é possível a aplicação da insignificância aos atos lesivos à Administração Pública. No crime de peculato, como podemos ver no exemplo do Habeas Corpus 112.388/SP de 21/08/2012, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, mais precisamente pelo Ministro Lewandowski, relator do processo:

AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia a motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante.

Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (Min. LEWANDOWSKI, 2012).

Neste julgado o Ministro Lewandowski garante que tais crimes visam tutelar além do patrimônio que é público, a probidade e a moralidade administrativa, considerado por muitos uma espécie de vetor para a aplicação do Princípio da Insignificância.

Caso esse onde ocorreu apropriação de um farol de milha que era parte de uma motocicleta apreendida, por um Agente Penitenciário, uma vez que tinha valor insignificante, sendo estimada no valor de 13 reais. A corte concedeu Habeas Corpus para o impetrante, visto que o fato não causou lesão ao patrimônio público e não proporcionou relevância jurídica aceitável que ensejasse a ação do Direito Penal.

Nesse sentido, Masson (2012, p. 27) afirma ser possível a incidência imaginando como exemplo, a existência de peculato na apropriação de uma folha de papel em branco, ou, ainda, de um clipe de metal, hipóteses de crime contra a Administração Pública nas quais o postulado excepcionalmente tem incidência (2012, p. 27).

O Supremo Tribunal Federal então em recurso, enfatiza quatro requisitos objetivos para a aplicação do princípio da insignificância, adotado pela jurisprudência da casa.

1. Para incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 2. Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar ao

Recorrente o princípio em razão da expressividade da lesão jurídica provocada, correspondente ao valor de um salário-mínimo. 3. Recurso ao qual se nega provimento (Min. Mendes, 2014).

Portanto, para conceder aplicação nos crimes contra a administração pública, pressupõe a verificação de requisitos essenciais como mínima ofensividade, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Segundo a jurisprudência, somente se aplica o princípio se estiverem presentes os mesmos e cumulativamente.

5. CONCLUSÃO

O estudo proposto tem como tema a aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de peculato, tendo como escopo o estudo doutrinário, jurisprudencial e os diferentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, o ordenamento jurídico considera a possibilidade da aplicação do aludido princípio nos crimes contra administração pública, exatamente no crime de peculato, praticado exclusivamente por funcionário público. Entretanto, a concordância do princípio da insignificância não é pacífica, havendo divergências entre doutrinadores e entendimentos jurisprudenciais, pois não há previsão expressa na lei para sua aplicação.

A análise do princípio da insignificância, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrou que o Tribunal, ao longo dos últimos anos, desenvolveu uma série de pressupostos objetivos: mínima ofensividade da conduta, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, nenhuma periculosidade social, inexpressividade da lesão jurídica provocada; e subjetivos: análise de reincidência, maus antecedentes e habitualidade, conforme demonstrado.

Segundo o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é pacífica a jurisprudência do princípio da insignificância ao crime de peculato e aos demais delitos contra Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica.

Um ponto crítico desse modelo atual de casos concretos semelhantes, com soluções diferentes, corresponde à insegurança da orientação de temas do Direito Penal para as demais instâncias do Poder Judiciário.

Em suma, o STF tem flexibilizado o uso do princípio da insignificância em crimes contra a administração pública, mas o STJ ainda resiste com argumentos mais convincentes sobre a impossibilidade de valorar como bagatela a ofensa à moralidade administrativa.

6. REFERÊNCIAS

BARRETO, Douglas. **Súmula 599 STJ - In (aplicabilidade) do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública**. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://barretogpi.jusbrasil.com.br/noticias/522442121/sumula-599-stj-in-aplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-aos-crimes-contra-administracao-publica>>. Acesso em: 25 maio de 2020;

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 3**. 08. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte especial dos Crimes Contra a Administração Pública e dos Crimes Praticados por Prefeitos. Ampliada e atualizada**. São Paulo: Saraiva, v. 05, 2014;

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 abr. 2020;

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v.1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Especial: Dos Crimes Contra Dignidade Sexual a dos Crimes Contra a Administração Pública**, artigos 213º a 359º-h. São Paulo: Saraiva, v. 03, 13 e. 2015;

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal**, vol. 03. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

DE-LORENZI, F. D. C. **O Princípio da Insignificância: Fundamentos e Função Dogmática: uma Leitura à Luz do Funcionalismo de Claus Roxin**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 57, 2015;

Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. **Modifica o regime e dispõe sobre os princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades do**

Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília/DF, 04 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020;

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos Crimes Contra os Costumes aos crimes contra a administração.** 1ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1998;

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**, vol. 01, 35 ed., 2014;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38ª. ed. São Paulo: Medeiros, 2012

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial, arts. 235 a 361 do CP.** 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Código Penal Interpretado.** São Paulo: Atlas, 09 e. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 09. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** In: **CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu (Org. e Trad).** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Superior Tribunal de Justiça STJ - **Agravo Regimental No Habeas Corpus: 480413 SC2018/03116481.** Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682192134/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-480413-sc-2018-0311648-1/inteiro-teor-682192158>. Acesso em: 30 abr. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Habeas Corpus nº 118.972/MG**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 03/06/2014. Brasília, 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342400/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-118972-mg-stf/inteiro-teor-159437849>>. Acesso em: 09 set. 2018.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 112.388/SP.** Voto do Ministro César Peluzo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 21/08/2012. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22378967/habeas-corpus-hc-112388-spstf/inteiro-teor-110663931?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

NOTAS:

[1] Professor da Unicatólica do Tocantins, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF, analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, Médico Veterinário e bacharel em Direito.

[2] Dr. Flávio Augustus de Mota Pacheco Possui graduação em Administração de Empresas (2002), mestrado em Administração (2005) e doutorado em Administração de Empresas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012). Atualmente é professor do Centro Universitário Católica do Tocantins, nas disciplinas de empreendedorismo, gestão de pessoas, marketing, estágios e TCC's. Docente na Universidade Federal do Tocantins nas disciplinas de Marketing e Teoria Geral da Administração. Na UFT também coordena cursos de pós-graduação lato sensu: MBA em liderança e formação de gestores e MBA em marketing estratégico. Diretor-consultor - TFC Consultoria. Possui Livros, Organização de Livros, Capítulos de Livros e artigos em periódicos nas áreas de Marketing, Estratégia, Empreendedorismo e Gestão de Pessoas. Tem experiência profissional em Marketing, Gestão de Pessoas, e Estratégia competitiva de negócios.

ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA: UMA ANÁLISE DO BENEFÍCIO E A IMPORTÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA

DEBORAH CAROLINA SILVA MORAIS:

Bacharelanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Luterano de Manaus - ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: Demonstrar de que forma o direito de acesso à justiça para pessoas hipossuficientes é garantido pela Constituição Federal de 1988 e como a Defensoria Pública trabalha para efetivar tal direito a população.

PALAVRA-CHAVE: Assistência Jurídica Gratuita. Garantia do benefício. Hipossuficiente. Constituição Federal. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: Demonstrate how the right of access to justice for low-income people is guaranteed by the Federal Constitution of 1988 and how the Public Defender's Office works to make this right effective for the population.

KEYWORDS: Free Legal Assistance. Benefit guarantee. Hyposufficient. Federal Constitution. New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Assistência Jurídica Gratuita 3. Defensoria Pública. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1. Introdução

O tema que será abordado tem como objetivo demonstrar a importância de garantir o acesso à justiça gratuita de pessoas hipossuficientes. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito", possibilitando à garantia do acesso a justiça, por outro lado, o mesmo artigo tipifica que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

No entanto, o referido tema enfrenta muitas dificuldades, principalmente, para aqueles que de fato necessitam fazer uso do benefício.

Ademais, será abordado também o trabalho da Defensoria Pública como função essencial à justiça jurisdicional do Estado e os problemas enfrentados para

garantir que pessoas hipossuficientes tenham o acesso a justiça, conforme garantido na Constituição Federal de 1988.

2.Assistência Jurídica Gratuita

A Constituição Federal de 1988 traz a seguinte redação em seu artigo 5º, inciso LXXIV, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Destarte para que o acesso à justiça seja disponibilizado para todos. O legislador autorizou que todo aquele que provar situação econômica não pagará honorários advocatícios e custas judiciais, a fim de que não haja prejuízo ao sustento próprio e de sua família.

Uma vez garantido a assistência jurídica gratuita permitindo que o cidadão tenha pleno acesso à justiça, são assegurados os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, são eles, o princípio da igualdade (art. 5º, I), do devido processo legal (art.5º, LIV), da ampla defesa e contraditório (art.5º, LX), do juiz natural (art.5º, XXXVII c/c LIII), principalmente, da inafastabilidade de jurisdição (art.5º, XXXV).

O acesso à justiça destaca que a assistência gratuita possui como objetivo principal, garantir de forma eficaz o acesso por todos, conforme citação:

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.12).

Conforme apontado por Cappelletti e Garth em seu livro *Acesso à Justiça*, o acesso à justiça é um importante requisito para que o ser humano tenha garantido o direito fundamental, representando o direito humano que o permita buscar os mesmos direitos disponibilizados à sociedade de forma igualitária.

Importante salientar que a Carta Magna garante o acesso à justiça de forma integral e gratuita, uma vez, comprovado a necessidade. A comprovação será por meio de documentação. No entanto, destacam-se duas problemáticas quanto a comprovação de hipossuficiência para que o cidadão tenha acesso à assistência jurídica gratuita: i. o desconhecimento da assistência jurídica gratuita; ii. o usufruo ilegal do benefício.

Inicialmente é possível haver estranheza com relação ao fato que em pleno século XXI haja aqueles que desconhecem que há a assistência disponível para todo aquele que necessitar se dirigir ao juízo para pleitear demanda a seu favor. No entanto, apesar de vivermos na era da informação, ainda assim não é a realidade vivida por todos de forma igualitária. Além do mais, os diferentes níveis sociais geram desigualdade social influenciando na interferência de chegar àquele que precisa da assistência. Supõe-se que o jovem tem mais facilidade em manejar a rede social, enquanto que o idoso não tenha a mesma facilidade, em contrapartida há uma dificuldade em garantir que as diferentes classes sejam alcançadas para que se obtenha a informação necessária.

Quanto ao usufruo ilegal, isso se dá em razão da constatação para que se verifique quem de fato deve usar o benefício da assistência jurídica gratuita. Ressalta-se que para que se obtenha o cumprimento da efetividade da justiça a fim de garantir o acesso do pobre ao sistema jurídico, é necessária a análise de documentação visando identificar e distribuir de forma correta e justa a assistência pleiteada. Entretanto, o legislador não delimitou de que forma a comprovação será realizada, cabendo ao órgão que se encarregará da análise documental.

O texto de Giovane Matos aponta o pensamento de Ruy Barbosa sobre o tema em questão, “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade” (1999, p. 08).

Ademais, o acesso ao benefício de assistência judiciária gratuita é uma importante evidência do princípio da dignidade da pessoa humana conferida na Constituição Federal de 1988, vejamos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

(...)

É necessário entender a diferença do conceito de assistência judiciária gratuita e gratuidade da justiça, segundo o artigo de John Maia a assistência jurídica gratuita é definido da seguinte forma “a assistência judiciária gratuita como, além

da dispensa do pagamento de custas e demais despesas, a efetiva defesa em juízo dos interesses dos necessitados por meio da prestação gratuita de serviços advocatícios, através da defensoria pública, de dativo nomeado e, no caso do Direito do Trabalho, do sindicato da categoria (Lei 5.584/70 – art. 14 e seguintes)”.

Ao ponto que o conceito de gratuidade da justiça, anteriormente era regulado pela Lei 1.060/50, no entanto, o novo Código de Processo Civil tomou seu lugar, tornando-se responsável. A partir da premissa do artigo 98 e seus incisos verifica-se que a definição de gratuidade da justiça, ao contrário da assistência jurídica gratuita é passível de exceções, pois não alcança todos os benefícios, em razão de que honorários advocatícios, por exemplo, não são contemplados como parte da gratuidade da justiça.

Partindo do entendimento estabelecido, verifica-se que o acesso à assistência judiciária gratuita é destinado aqueles que não podem arcar com os custos de um advogado particular, sem que influencie nos custos de sustento da família e da própria subsistência, assim cabe ao Estado ser responsável em fornecer advogado de forma gratuita, proveniente das Defensorias Públicas, convênios de assistência judiciária gratuitas e conveniados com a Justiça.

3. Defensoria Pública

Como destacado, a assistência jurídica gratuita tem como objetivo garantir que o hipossuficiente tenha acesso ao direito que lhes é garantido na Constituição Federal, no entanto, para que o cidadão tenha acesso ao benefício deverá comprovar por meio de documentação sua condição de necessidade, com o objetivo delimitar e direcionar que o atendimento seja prestado exclusivamente a quem de fato precisa e se encontra dentro dos parâmetros estabelecidos.

É de conhecimento geral que a Defensoria Pública exerce função essencial à justiça jurisdicional do Estado, garantindo o acesso à justiça conforme previsto na Constituição Federal, vejamos o seguinte artigo:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Ainda, a Portaria nº 190 de 04 de abril de 2011 em seu inciso I, expõe que a Defensoria Pública tem como função institucional “prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus”.

A Defensoria Pública exerce um trabalho muito importante ao garantir o acesso à justiça aos seus assistidos. Apesar dos desafios enfrentados, exerce com muita maestria seu trabalho de forma que o direito seja alcançado em sua totalidade aqueles que buscam por ela, confirmando assim que o direito fundamental disponibilizado na Carta Magna seja efetivado.

Em manifestação do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da ADI 4.163/SP, temos mais um fundamento sobre o exercício da Defensoria:

É dever constitucional do Estado oferecer assistência jurídica gratuita aos que não disponham de meios para contratação de advogado, tendo sido a Defensoria Pública eleita, pela Carta Magna, como o único órgão estatal predestinado ao exercício ordinário dessa competência. Daí, qualquer política pública que desvie pessoas ou verbas para outra entidade, com o mesmo objetivo, em prejuízo da Defensoria, insulta a Constituição da República (STF – Pleno – ADI 4.163/SP – relator min. Cezar Peluso, decisão: 29/2/2012).

Insta salientar, que apesar do órgão ser tão importante para garantir a assistência jurídica gratuita ainda passa por percalços em sua trajetória. Assim, para que um assistido tenha acesso ao órgão e sua demanda seja orientada pela Defensoria Pública, o assistido deve demonstrar através de documentação que sua renda familiar está dentro do limite de renda da Defensoria, além do que, o limite deve se adequar ao mínimo necessário não comprometendo o sustento próprio e de sua família. Entretanto, conforme sabido, muitas vezes realizar a comprovação necessária para que o cidadão seja contemplado em sua integralidade, requerer cuidado na análise da documentação para que o defensor seja direcionado de forma justa. Sendo este, o processo realizado pelas Defensorias Públicas da União e do Estado.

Nesse sentido, verifica-se o entendimento do desembargador Elpídio Donizetti Nunes, ao expor que não é apenas afirmar que necessita do benefício, mas uma efetiva comprovação do direito que se dará através de documentação.

"O art. 4º da Lei 1.060/50 foi derogado pela Constituição Federal. Assim, a comprovação da insuficiência de recursos não pode ser entendida como 'simples afirmação' (...) Indispensável,

pois é que o requerente comprove, quando do requerimento, a insuficiência de recursos (...). Não se olvida que a comprovação de hipossuficiência financeira é, muitas vezes, difícil de ser verificada. Na verdade, os parâmetros para averiguar a necessidade de assistência judiciária são relativos, mormente quando se cotejam os padrões de vida de cada cidadão e os aspectos sócio-econômicos." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0024.06.195417-8/001)

Logo, a análise da documentação para comprovação do direito a assistência jurídica gratuita, requer um trabalho minucioso.

Ademais, o órgão enfrenta dificuldades em expandir seu trabalho, uma vez que, após a promulgação da Emenda Constitucional 95/2016, foi determinado que a Administração Pública, direta, indireta dos poderes e órgãos autônomos da União, visando à redução de déficit público. Entretanto, em 2019 houve significativo aumento de gastos do Executivo em 1,8%, Legislativo em 7,8%, Judiciário em 6,8% e Ministério Público em 5,9%. Todavia, a Defensoria Pública da União diminuiu seus gastos em 2,7%, mesmo assim não podendo expandir suas ações, se submetendo a falta de servidores incluindo defensores, de infraestruturas influenciando ativamente para que o atendimento em todo país aos necessitados seja prejudicado, em razão de a defensoria alcançar em torno de 30% do território nacional.

4.Considerações Finais

A assistência jurídica gratuita é um direito que será proporcionado a todo aquele que não tiver condições financeiras de arcar com os custos processuais, sem que prejudique seu sustento próprio ou de sua família, conforme estabelecido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de um direito fundamental ao cidadão para que tenha acesso à justiça sem prejuízos, no entanto como visto tal direito está passível de análise documental para comprovação.

Nesse sentido, temos como prestadora do serviço, A Defensoria Pública que Portanto, que tem como objetivo alcançar os hipossuficientes depois de realizados às devidas análises invocados pela Constituição Federal de 1988.

5.Referências

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

MAIA, John. **Gratuidade da justiça e assistência judiciária gratuita.** Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/262782/gratuidade-da-justica-e-assistencia-judiciaria-gratuita>. Acesso em: 12/06/2020.

TOALDO, Adriane Medianeira; COLOME, Teodoro Aires. **Assistência Judiciária Gratuita: um Olhar a Partir do Beneficiário como Parte Vencida.** LEX magister. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24421822_ASSISTENCIA_JUDICIAR.Aspx. Acesso em: 14/06/2020.

NASCIMENTO, Meirilane Santana. **Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário.** Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/acesso-a-justica-abismo-populacao-e-judiciario/>. Acesso em: 12/06/2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. **O modelo brasileiro de assistência jurídica estatal gratuita.** Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/tribuna-defensoria-modelo-brasileiro-assistencia-juridica-estatal-gratuita#:~:text=%C3%89%20dever%20constitucional%20do%20Estado,ao%20exerc%C3%ADcio%20ordin%C3%A1rio%20dessa%20compet%C3%Aancia>. Acesso em: 14/06/2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

MATOS, Giovane Alves de. **A concretização do princípio da igualdade através do acesso à justiça ao hipossuficiente.** JUS.com.br, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53750/a-concretizacao-do-principio-da-igualdade-atraves-do-acesso-a-justica-ao-hipossuficiente>. Acesso em: 10/06/2020.

BRASIL. Portaria nº190, de 04 de abril de 2011. **Defensoria Pública da União.** Publicada no DOU de 06/04/2011, seção 1, página 67.

MELO, Leonardo Ranieri Lima. **O acesso à justiça do hipossuficiente.** Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-acesso-a-justica-do-hipossuficiente/>. Acesso em: 21/10/2020.

ALVES, Jaciara Barreto de Souza. **Distinção entre justiça gratuita e assistência jurídica gratuita.** JUS.com.br, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72228/distincao-entre-justica-gratuita-e-assistencia-juridica-gratuita#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20estabelece%20e>

[m,para%20a%20obten%C3%A7%C3%A3o%20do%20benef%C3%ADcio](#). Acesso em: 21/10/2020.

SILVA, Eduardo Bello Leal Lopes. **Devido Processo Legal Processual e Material**. JUS.com.br, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55698/devido-processo-legal-processual-e-material/2>. Acesso em: 21/10/2020.

NOTAS:

[1] bacharel em direito, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros e mestre em direito.

O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A CONTEMPORANEIDADE

PATRICK BORBA AMARAL:

Estudante de direito

RESUMO: Busca-se através deste trabalho constituir uma análise crítica sobre o direito penal simbólico e os exemplos de tipos penais que ele se configura na contemporaneidade, como um dos exemplos podemos citar o feminicídio, uma das modalidades do crime de homicídio inserida na legislação brasileira penal através da Lei nº 13.104/15, constitui uma nova figura do chamado Direito Penal Simbólico. O estudo demonstra as características do direito penal simbólico e os exemplos de apenas uma figura simbólica no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal Simbólico. Feminicídio. Lei “Carolina Dieckmann”. Simbolismo Penal. Contemporaneidade.

1. INTRODUÇÃO

O chamado Direito Penal Simbólico têm sido alvo de críticas pela doutrina, ou seja, a propensão da divisão legislativa do Poder do Estado de criar e aprovar leis na esfera do direito penal com fins meramente simbólico, buscando, inicialmente, criar uma ilusão de paz e tranquilidade na sociedade em face da atual propagação do medo e da repulsa diante da criminalidade, a passo que o real fim explorado nesse campo do direito, a autoridade do delito passa a ser desprezado.

Paralelamente a esse contexto, podemos citar como um dos exemplos, a Lei nº 13.104 que foi promulgada no dia Internacional da Mulher, em 2015, que introduziu o feminicídio no rol taxativo da lei dos crimes hediondos ao categorizá-lo como uma qualificado no crime de homicídio. Os analistas do direito penal simbólico alegam esse evento como mais uma aplicabilidade prioritária da função simbólica do direito penal, sem a devida preocupação com efetividade no combate a violência contra a mulher, cuja o significado consta em seu tipo.

Além disto, o proposto trabalho busca contribuir para os estudos sobre o Direito Penal Simbólico no sistema legal pátrio.

2. DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O Direito Penal é um conjunto de normas que define os delitos e as sanções que lhes correspondem, aliado do direito do Estado de punir, o chamado jus puniendi, relativo à sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito (PRADO, 2010, p. 65).

Trata-se da ciência dos princípios de garantismo da Constituição Federal, que trouxe em sua atuação na determinação e imposição de restrições a direitos individuais.

Entretanto, sua aplicação na realidade apresenta desvios dos freios que são impostos ao legislador no momento de definir condutas delituosas e suas respectivas penas.

2.1 Função do Direito Penal Simbólico

É retrógado o pensamento de que o Direito Penal é único instrumento com legitimidade pelo qual o poder estatal tutela os bens jurídicos mais importante, dando-os total proteção, em status de última *ratio*. Porém, com facilitação contemporânea do acesso e divulgação da informação em tempo real, a mídia abastece a sociedade com notícias sensacionalista, que criam no cidadão um interesse pela questão criminal. Tal repercussão, faz gerar uma tensão social muito grande, que causa um clamor pela atuação legislativa, baseado no pensamento social errôneo de que a criação de tipos penais seria a resolução dos problemas de criminalidade.

É aqui que se origina o Direito Penal Simbólico. Propõe identificar a existência de uma legislação simbólica com verificação de três requisitos cumulativos: a) confirmação de valores sociais; b) demonstração da capacidade de ação do Estado; c) adiamento de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

A atuação legislativa, pautado na cultura de emergência, a necessidade urgente de reforma pontual da legislação penal, em função da ideia, que o Poder Legislativo deve dar uma resposta instantânea à suposta problemática criminal.

Com isso, acaba que essa resposta legislativa com criação de instrumentos legais juridicamente irracionais, incoerente e incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, trazendo à tona por vezes num direito penal do autor ou do inimigo.

2.2 Exemplos de Direito Penal Simbólico

Diversos exemplos recentes das legislações penais simbólicas podemos citar como:

a) agravamento dos casos de embriaguez ao volante – com Lei nº 13.281/16, criou o art. 156-A no Código de Trânsito Brasileiro;

b) a Lei nº 13.497/17 que alterou o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8072/90 para ampliação do rol de crimes hediondos e a inclusão da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei 10.826/03).

c) a denominada Lei “Carolina Dieckmann”, aprovada nas duas casas legislativas no mesmo ano por conta do vazamento nas mídias digitais da atriz reconhecida nacionalmente, fatos que se tornaram notórios diante da divulgação em massa e pressão midiática, apesar de existirem outros projetos de Lei versando sobre o tema, que passavam por debates, que foram suspensos para dar lugar a presente legislação, motivada por um fato concreto.

d) a Lei nº 13.104 que alterou o art. 121 do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990, para inclusão do feminicídio no rol de crimes hediondos.

Em todos os casos citados, destaca-se que a ampliação da tutela penal buscou suavizar a aflição social e midiática, com objetiva de produzir tal legislação simbólica de status, alcançando ou não sua eficácia jurídica considerável aos objetivos almejados.

A vigente política criminal expansionista imposta ao Direito Penal um imediatismo danoso ao próprio sistema e suas características, deixando de lado elementos fundamentais das normas penais, e assim, desarmonizando sua aplicação de fato, ao se mostrar ineficaz para a própria sociedade.

3. CONCLUSÃO

O instituto estudado neste trabalho consiste numa análise crítica sobre o Direito Penal Simbólico na contemporaneidade, que vem ganhando muita força nos últimas décadas tanto pela força midiática e agora pela força digital, que numa questões de segundos um cidadão médio pode ver um delito cometido de maneira barbara que foi cometido a milhares de quilômetros dele.

Deste modo, é atentar-se, que o Direito Penal Simbólico se furta de analisar causas históricas, sociais e políticas criminais, e aponta como a resposta para segurança social, a criação de novos e mais rigorosos tipos penais, indiferente a sua real efetividade penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. **LEI 10.826/2003 (LEI ORDINÁRIA) 22/12/2003**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em:

13. out.2019

BRASIL. Presidência da República. **LEI 12.737/2012 (LEI ORDINÁRIA) 30/11/2012**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 13. out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **LEI 13.104/2015 (LEI ORDINÁRIA) 09/03/2015**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 13. out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **LEI 13.281/2016 (LEI ORDINÁRIA) 04/05/2016**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13281.htm. Acesso em: 13. out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **LEI 13.497/2017 (LEI ORDINÁRIA) 26/10/2017**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13497.htm. Acesso em: 13. out. 2019.

CINTRA, Regina Andrade Barreto. Direito Penal e Simbolismo. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34062/direito-penal-e-simbolismo>. Acesso em 12 out. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VIEIRA, Andrey Bruno Cavalcante Vieira. **Direito Penal Simbólico como meio de controle e de política criminal**. Disponível em:

<http://www.justificando.com/2019/02/18/direito-penal-simbolico-como-meio-de-controle-e-de-politica-criminal/>. Acesso em 12 out. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Política criminal: realidades e ilusões do Discurso Pena. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, ano 7, n. 12, 2002.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

MATHEUS DA SILVA E SILVA:

Bacharelado em Direito pelo Centro universitário luterano de Manaus/ULBRA.

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, no Centro Universitário Luterano de Manaus. Orientador: Professor. Me. Rubens Alves.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a discussão da maioridade penal. É cada vez mais comum falar da participação de menores de idade na prática de condutas contrárias à lei. Como consequência, buscam medidas imediatas e práticas contra a violência que garantem a falsa sensação de segurança.

Palavras-chaves: Menor, Direitos fundamentais, Maioridade, Penal e Redução.

Abstract: This article aims to discuss the age of criminal responsibility. It is increasingly common to speak of the participation of minors in the practice of conduct contrary to the law. As a consequence, they seek immediate and practical measures against violence that guarantee a false sense of security.

Keywords: Minor, Fundamental Rights, Adulthood, Penal and Reduction.

Sumário: 1. Introdução, 2. Visão constitucional, 2.1. Inimputabilidade dos menores é direito fundamental, 2.2.1 Inimputabilidade penal, 2.2.2 Argumentos contra a redução da maioridade penal, 2.2.3 ECA, 3 Considerações finais, 4. Referencias.

1.INTRODUÇÃO

A maioridade penal é um tema que vem repercutindo cada vez mais entre os brasileiros, principalmente em razão do aumento e da atenção dada pela mídia aos crimes que envolvem os menores. Nesse debate alguns defendem que a redução da maioridade penal seria a medida mais eficaz para conter a criminalidade entre adolescentes e jovens, enquanto outros afirmam que diminuir o limite de idade da imputabilidade seria retrocesso legislativo.

A maioridade penal define a partir de qual idade o indivíduo responde pela violação da lei penal na condição de adulto, sem qualquer garantia diferenciada reservada para indivíduos menores de idade.

De acordo com a CF/88, o indivíduo menor de 18 anos não responde penalmente pelos delitos cometidos. Alguns doutrinadores entendem que o jovem não tem a capacidade mental completa de saber o que é certo ou errado.

O ordenamento jurídico pátrio concede ao Estado bases sólidas para responsabilizar o menor em conflito com a lei. Um exemplo é a Vara da infância e juventude, responsável por decidir as questões relacionadas a criança e ao adolescente, como aplicação das medidas socioeducativas, que, vale ressaltar, não possui natureza punitiva, mas preventiva e ressocializadora.

Parte da população apoiada no sentimento de inconformismo, não acha que as medidas tomadas pelo estado sejam o suficiente para combater o mal causado por esses jovens, sendo assim, parte da sociedade quer diminuir a maioria penal para ver se há uma diminuição na criminalidade por parte dos jovens.

A justificativa para a escolha do tema do presente artigo está fundamentada em sua relevância social e o intuito é demonstrar questões conceituais quanto à menoridade no código penal. Com isso, espera-se dar um maior destaque à norma penal, já que, quando se trata de menoridade, essencialmente somos remetidos ao estatuto da criança e do adolescente, quando o código penal e a doutrina pátria muito têm a acrescentar ao tópico.

2.VISÃO CONSTITUCIONAL

A carta constitucional de 1988, no entanto, dispensou tratamento inovador às crianças e aos adolescentes ao consagrar a chamada doutrina da proteção integral, que os considera sujeitos de direitos e deveres. Vale frisar que, posteriormente, com advento da EC nº65/2010, o jovem passou também a ser considerado como sujeito merecedor de especial proteção.

Nesse sentido, nossa carta constitucional enuncia, em seu art.227, deve ser da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Trata-se de direitos fundamentais peculiares aos indivíduos protegidos pela norma, que se presta a garantir seus plenos desenvolvimentos, e devem ser assegurados por todos.

Quanto à proteção ao jovem, estipulou a Constituição (art.227, parágrafo 8º) que a lei deverá estabelecer: (I) o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; bem como (II) o plano nacional de juventude, de duração decenal,

visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Ainda determina o texto constitucional (art. 228) serem penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial (do ECA). Adotou o constituinte o critério biológico para considerar que o indivíduo menor de dezoito anos não tem plena capacidade de entender seus atos, logo não poder ser por eles responsabilizado. Alguns autores veem essa regra uma garantia individual protegida como cláusula pétrea.

O que se discute no Brasil não é a alteração do sistema biológico, atualmente adotado, mas sim a diminuição da idade mínima de 18 para 16 anos.

O fato é que o Brasil, ao prever responsabilização penal possível somente a partir dos dezoito anos, adotou a regra que prevalece na maioria dos países.

2.1 A INIMPUTABILIDADE DOS MENORES É DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais seriam os direitos imprescindíveis à condição humana. Assim considerados, seriam os direitos inerentes ao homem, respeitados e merecedores de proteção constitucional tendo em vista a consagração do princípio da dignidade humana como alicerce da República brasileira, art. 1º, III, da CF.

Ao se situar a questão dos direitos fundamentais com cláusulas pétreas explícitas, observa-se que pela letra fria da lei, são considerados como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais. No entanto, numa interpretação teleológica, a proteção como cláusula pétrea merece também ser estendida também a todos os direitos fundamentais. A interpretação tão-somente gramatical em tal caso poderia levar o intérprete a inferências grosseiras. Desse modo, parece mais sensato considerar no art. 60, § 4º, IV, da CF, como cláusula pétrea todos os direitos e garantias fundamentais e não tão-só os direitos e garantias individuais.

Nessa esteira, importante a lição de Montesquieu consubstanciada no fato de que quem detém o poder tende a abusá-lo, por isso, a necessidade do sistema de pesos e contrapesos. Um poder complementa e fiscaliza o outro, cada qual dentro de suas funções. Ademais, a própria história da humanidade já mostrou suficientemente que a falta de normas concretas impondo limites ao **jus puniendi** infringe, por si só, os direitos fundamentais, eis que, em tal caso, o suposto criminoso não terá bases concretas para a realização de sua defesa e não disporá de prévio conhecimento da consequência que seus supostos crimes causariam.

Portanto, conclui-se que caso o constituinte originário ao elaborarem a Constituição, não quisessem que o art. 228 fosse um direito fundamental e, portanto,

merecedor de proteção constitucional tal como cláusula pétrea, não o teriam inserido, de forma a se deixar expressa a inimizabilidade aos menores de 18 anos, na Constituição. Bastaria apenas o constituinte ter disposto que são penalmente inimputáveis os menores assim definidos em lei, sujeitos a penalidades desta.

2.1.2 INIMPUTABILIDADE PENAL

No código criminal do Império (1930), art. 10 dispunha que os agentes menores de quatorze anos não podiam cometer crimes. Com a entrada em vigor do primeiro Código penal da república (1890), a capacidade penal era tratada da seguinte forma: a) eram inimputáveis os menores de nove anos; b) e os que, entre nove e quatorze anos, agissem sem discernimento.

A consolidação das Leis Penais (1932) modificou novamente a idade para a imputabilidade penal, estabelecendo que não poderiam ser punidos os menores de quatorze anos (art. 27). Reproduzia o que já dispunha o Código de menores de 1927 (art. 68), que, no entanto, estabelecia um processo especial para autores de crimes que ainda não haviam completado dezoito anos. Segundo esse processo, a autoridade judicial deveria reunir precisas informações a respeito do estado físico, mental e moral do menor, e da situação social, moral e econômica de seus representantes legais. As consequências da prática criminosa variavam conforme a condição do menor: a) se sofresse de deficiência mental, fosse epilético, surdo-mudo, cego ou necessitasse de cuidados especiais em virtude de seu estado de saúde, era submetido a tratamento adequado à sua condição; b) se fosse abandonado, pervertido ou estivesse em perigo de o ser, era colocado em estabelecimento adequado ou era confiado a pessoa idônea pelo tempo necessário para a sua educação - desde que esse tempo não ultrapassasse a idade de vinte e um anos; c) se não fosse abandonado ou pervertido, nem estivesse em perigo de o ser, e também se não necessitasse de tratamento especial, era deixado com os pais, com tutor ou com alguém que tivesse sua guarda, mediante condições estabelecidas pela autoridade judicial, se fosse o caso.

Somente com a entrada em vigor do Código penal em 1940 é que a inimputabilidade se estabeleceu expressamente aos dezoito anos (art. 23), e assim permaneceu após a reforma da Parte Geral em 1984 (art. 104). De acordo com as regras atuais, os menores de dezoito são absolutamente inimputáveis, ainda que concretamente possam ter discernimento.

Há, em verdade, uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos possui desenvolvimento mental incompleto, motivo pelo qual deve ser submetido à

disciplina do estatuto da criança e do adolescente – ECA. Esta presunção, contudo, está fundada em orientações de política criminal – e não postulados científicos.

2.1.3 ARGUMENTOS CONTRA A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A redução da maioridade penal tem um obstáculo jurídico-constitucional. É que a inimputabilidade dos menores de 18 anos possui previsão constitucional no artigo 228, ou seja, a impossibilidade de receber sanções iguais a de adultos é uma garantia individual da criança e do adolescente, portanto, parte do núcleo constitucional intangível; temos no Brasil mais de 527 mil presos e um faltam vagas nas prisões para pelo menos 181 mil presos. Um menor de idade não pode dividir cela com presos condenados por crimes hediondos.

Os menores de idade, ao entrar em contatos com os outros presos mais velhos, teriam contato com uma realidade ainda mais nefasta, retirando qualquer chance de reabilitação. Além disso, estariam expostos a situações constrangedoras para um adolescente, podendo eles serem vítimas de ataques a sua sexualidade e ao seu psicológico; estatisticamente, a quantidade de atos infracionais, diferentemente do que nos mostra a mídia, é muito pequena nos menores de idade, se compararmos com os crimes cometidos por adultos. Muito pelo contrário, a redução seria apenas mais um ato de violência para com a nossa juventude. O que ela faria seria a legitimação do desrespeito aos direitos da criança e do adolescente.

Desta forma, os jovens seriam atraídos para as cadeias, onde teriam seus futuros ceifados com penas elevadíssimas, perdendo toda a chance de reinserção na legalidade; porque ainda são poucas as iniciativas do Poder Público, das Instituições e da Sociedade na proposição e execução das Políticas Públicas para a juventude.

3. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/90 que regulamentou o artigo 227 da Constituição Federal que atribui à criança e ao adolescente, prioridade absoluta no atendimento aos seus direitos como cidadãos brasileiros. A aprovação desta Lei representa um esforço coletivo dos mais diversos setores da sociedade organizada. Revela ainda um projeto de sociedade marcado pela igualdade de direitos e de condições que devem ser construídas, para assegurar acesso a esses direitos. É, portanto, um instrumento importante nas mãos do Estado Brasileiro (sociedade e poder público) para transformar a realidade da infância e juventude historicamente vítimas do abandono e da exploração econômica e social.

Com muito mais peso aqueles que vivem em um ambiente nada salutar para a formação de uma pessoa. A autodeterminação dos adolescentes em meio familiar

e/ou social negativo torna-se incompleta, por força dos fatores endógenos e é influenciado pelos fatores ambientais.

Logo, não há como tratar essas pessoas em formação da mesma forma que aqueles já prontos, com caráter definido, e com menor possibilidade de ressocialização. Pensar assim nada mais é do que a aplicação do princípio constitucional da igualdade material, onde se tratam igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção de sua desigualdade.

Ao contrário, portanto, do que muitas pessoas pensam, não há no Estatuto um sistema de impunidade. Por outro lado, a internação pode ser aplicada provisoriamente enquanto o procedimento de apuração do ato infracional se realiza (equivalente à prisão em flagrante, ou preventiva aplicável aos imputáveis).

É preciso, porém, que se observem o disposto nos art. 121 e 122, §1º, do Estatuto: a medida deve ser reavaliada, ao menos, a cada semestre; não pode exceder três anos ou persistir quando o infrator completar 21 anos de idade. Terminado o procedimento, o juiz aplicará a medida adequada ou liberará o jovem.

É ilusório pensar que a simples redução da maioria penal é um remédio para todos os males, pois os presídios para adultos estão superlotados além de não terem, na quase totalidade, condições de recuperar alguém. Some-se o fato de o adolescente, ao conviver com criminosos adultos, recebe forte carga negativa de influência quando ainda está em processo de amadurecimento emocional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema sempre será objeto de extenso debate, que não somente sobre a viabilidade da medida em termos práticos, mas também relativamente a constitucionalidade da proposta. Seja como for, afim de validar seus argumentos, defensores e opositores dessa tese apoiam-se na crítica ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Colocando, portanto, o ECA como o epicentro dos debates relativos ao assunto, doutrinadores e formadores de opinião não se furtam a questionar sua eficácia.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) defende o debate ampliado para que o Brasil não conduza mudanças em sua legislação sob o impacto dos acontecimentos e das emoções. O CRP (Conselho Regional de Psicologia) lança a campanha Dez Razões da Psicologia contra a Redução da idade penal CNBB, OAB, Fundação Abrinq lamentam publicamente a redução da maioria penal no país.

5.REFERENCIAS

SANCHES, Rogério. **Manual direito penal**, vol. único, 8ª edição, 2020, p. 364.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito Constitucional**, 7ª edição, 2020, p.1615.
PESSANHA, Juliana. **Redução da maioria penal – esse é o caminho?** Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/p%C3%A1ginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/julianapessanha.pdf. Acesso: 03/11/2020.

NÚÑEZ, Benigno. Redução da maioria penal. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51486/maioridade-penal#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20federal%20de%201988,da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente>. Acesso: 03/11/2020.

Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 2.848/40.

ECA - Lei nº 8.069/90.

Convenção Internacional dos Direitos da Criança.