BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 964

(Ano XII)

(27/06/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Abuso de autoridade e violação da razoabilidade dos prazos
Eduardo Luiz Santos Cabette

ARTIGOS

Aspectos tributários sobre lojas virtuais e aplicativos
Patrick Gonzaga Farias, 14.

A tutela inibitória e o jornalismo na internet em tempos de pandemia
Luciana da Silva Paggiatto Camacho, 24.

As consequências jurídicas do comportamento inadequado de agentes públicos e privados em atos processuais virtuais
Elder Soares da Silva Calheiros, 52.

Dumping social e os impactos na economia nacional
Lais Cenci Chiaperini, 73.

Estelionato contra pessoas idosas: uma análise criminológica
Adilson Restanho, 104.

Influência da mídia no Tribunal do Júri
Thamara Paiva Silva, 111.

O papel das defensorias públicas estaduais no combate à violência contra a
Ana Vitória Castro Brito, 127.

Aplicação do princípio da discricionariedade regrada no acordo de não persecução penal
Lanna Gabriela Bruning Simoni, 148.

Horas *in itinere* e demais mudanças advindas da reforma trabalhista
Tiago Henrique Câmara de Oliveira, 164.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Constitucionalidade da expedição de precatório ou requisição de pequeno valor (RPV) para o pagamento da parte incontroversa e autônoma de dívida judicial
Elder Soares da Silva Calheiros, 182.

O regime semiaberto e sua eficiência
Adalmir Marcelino Salgado, 193.

Uma breve analise perfunctória sobre o divórcio realizado extrajudicialmente sobre o prisma da Emenda Constitucional de número 66 de 2010 e da Lei número 11.441 de 2007
Antonio Augusto Vilela, 211.

Método alternativo de solução de conflitos e mudança paradigmática: a que veio o direito sistêmico?
Thais Diniz Coelho De Souza, 232.

Liberdade de expressão, limites e o discurso de ódio: o caso dos Irmãos Piologo.
Matheus Martins Ordinola, 251.

As pessoas com deficiência física no Brasil e sua inclusão no mercado de trabalho
Luciano Machado Bulcao, 267.

Aspectos do sistema prisional brasileiro e a dignidade da pessoa humana
Micheli Miglioranza. 281.

O cerceamento do direito à legítima defesa frente à Lei 10.826/2003
Breno Raasch dos Santos, 289.

O üntermassverbot do direito alemão e a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no direito penal tributário.
Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, 313.

Sistema penal pleno x sistema alternativo das APACS a ressocialização funciona?
Anderson Lucio da Silva, 329.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Da aplicação do princípio da adequação social e a consequente extinção da punibilidade ao agente do jogo do bicho
Ruan dos Santos Fernandes

O Emprego da Força Desproporcional Utilizado Pela Polícia nas Operações
Carliane Cruz Silva, 353.

As diversas nuances da aplicabilidade das normas constitucionais
Erik Kirk, 363.

A prisão domiciliar como alternativa à superlotação carcerária
Alvaro Homero Huertas Dos Santos, 382.

O Terceiro Setor ao lado do Estado
Roseli Ferreira Pereira, 400.

Conflitos interpretativos do direito a vaga especial para estacionamento para o deficiente na cidade de Manaus
Jean Carlos Auzier Sobreira, 421.

A efetivação do princípio da dignidade humana no combate ao racismo estrutural no Brasil
Ana Luísa dos Santos Carlos, 438.

Os Efeitos Jurídicos Trazidos Pela Lei 13.874/2019 na Desconsideração da Personalidade Jurídica.
Fabriciano Marinho Lima, 450.

Responsabilidade civil do Estado por morte de presidiários.
Raquel Casusa de Alencar, 469.

Hermenêutica jurídica ambiental e aplicação no direito
Mirian Graziely Araújo de Oliveira, 490.

A Lei de Acesso à Informação e a efetivação do direito à cidadania
Mateus Rufino Franca, 502.

Práticas restaurativas como ferramenta de prevenção e enfrentamento dos conflitos escolares
Arlir Rodrigues Bezerra, 512.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Imposto único e seu efeito nocivo para os entes da federação
Saulo Pereira Costa, 540.

Guarda Civil municipal: quais são as suas atribuições no âmbito da Segurança Pública?
Jordeon Gama de Sousa, 555.

A pessoa jurídica no polo passivo dos crimes contra a honra com ênfase no crime de difamação
Thaina Alves Cardoso, 576.

A importância do advogado no juizado especial cível e a relevância do conhecimento técnico-jurídico
Willian Indalécio de Oliveira, 597.

Projeto de Lei 5.532/2019 e a nova propositura para a tutela dos idosos
Cláudia Coelho da Costa Farias, 612.

Despersonalização do instituto da terceirização no Direito do Trabalho.
Tamires Fernandes Luna, 627.

O Princípio da Congruência em Grau Recursal: Análise a Partir do Efeito Devolutivo
Vanessa Cristina Dal Bosco, 640.

Alterações jurídicas relevantes no âmbito da capacidade civil após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência
Gustavo Araujo Brito Almeida, 661.

A defesa da cultura de paz como fundamento para subsistência da controversa "Lei Menino Bernardo"
Matheus Amaral Mocelin, 679.

Nepotismo: regime jurídico proibitivo e suas exceções
Manfredo Braga Filho, 695.

A jornada exaustiva de trabalho: uma análise sobre os perigos ao trabalhador
Denis de Oliveira Palhares, 708.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os crimes de tráfico e consumo de drogas (art. 28 e 33 da Lei 11.343/06) frente ao caos do sistema penitenciário pernambucano
Igor Victor Nogueira de Alcantara, 723.

O sistema constitucional de crises, a Covid-19 e a autolimitação de direitos fundamentais pelos brasileiros
Marcella Vieira de Queiroz Carneiro, 739.

Juizados Especiais Cíveis à luz da Lei 13.728 de 31 de outubro de 2018
Jean Carlo Boaventura, 773.

Os avanços da educação inclusiva no Brasil
Anamaria Andrade Balasteghin, 791.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ABUSO DE AUTORIDADE E VIOLAÇÃO DA RAZOABILIDADE DOS PRAZOS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

A Lei de Abuso de Autoridade incrimina agora no artigo 31 a procrastinação exacerbada de investigação em prejuízo da pessoa submetida ao escrutínio estatal. [1]

É sabido que a situação de indefinição não agrada a ninguém e que muitas vezes um investigado ou processado prefere sofrer logo a reprimenda do que permanecer num limbo incerto durante anos e anos. Certa feita, durante uma oitiva de um preso num estabelecimento penitenciário, ao indagá-lo sobre seus antecedentes e sabendo de um de seus processos, foi-lhe perguntado se já havia sido julgado. Ele respondeu: "Ah, já Doutor, ganhei esse aí já". Perguntado ganhou como? "Ah ganhei 8 anos de reclusão no tráfico". A estagiária que me acompanhava, posteriormente perguntou-me impactada: "Doutor, como pode ele dizer que 'ganhou' 8 anos de reclusão"? Expliquei na época que para o detento, a resolução da situação com uma pena aplicada que pode acompanhar em seu progresso é mais vantajosa do que sua manutenção numa situação indecisa de prisão provisória. Esse episódio somente vivenciável na prática do dia a dia com detentos, investigados e processados é muito esclarecedor de como a procrastinação temporal de uma investigação pode ser prejudicial aos envolvidos. Isso sem falar nas vítimas de ilícitos (essas frequentes esquecidas) que também querem logo saber qual foi o resultado punitivo resultante àquele que lhe tolheu algum bem jurídico.

Os bens jurídicos tutelados são a legalidade, eficiência e celeridade da Administração Pública e da Administração da Justiça. Também a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e o Princípio da Razoabilidade dos Prazos, hoje previsto expressamente na Constituição Federal (artigo 5º., LXXVIII). Não deixa de ser tutelada a honra do cidadão investigado certamente atingida durante o calvário das apurações que se alongam.

A lei descreve a conduta como estender a investigação, procrastinando-a, ou seja, demorar na prática dos atos investigatórios de forma desnecessária, atrasando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

voluntariamente seu andamento. A finalidade dessa conduta deve ser abrangida pelo dolo específico comum a todos os crimes de abuso de autoridade, conforme consta do artigo 1º., § 1º., da Lei 13.869/19, assim como ter o fito de prejudicar o investigado ou fiscalizado.

No entanto, há investigações que, por sua natureza (v.g. complexidade, elevado número de investigados, testemunhas, vítimas, perícias demoradas e complicadas, cartas precatórias ou rogatórias, necessidade de autorizações judiciais etc.) ou devido ao acúmulo de trabalho (v.g. delegacias, repartições de fiscalização ou juízos assoberbados com elevado número de feitos, muitas vezes números sobre – humanos, já que nossas polícias, órgãos fiscalizadores e juízos não são da Áustria, Alemanha, Suíça ou coisa parecida), serão necessariamente morosos. Isso não por culpa ou dolo dos agentes públicos responsáveis, mas pela natureza do feito e/ou pelo excesso de serviço. É claro e evidente que nesses casos não há abuso algum. Certamente o único abuso seja do Estado para com os agentes públicos que trabalham sob condições inaceitáveis e, consequentemente, para com a população em geral, que não recebe um bom serviço. Mas, nessas circunstâncias entra em jogo a aplicação do elemento normativo do tipo, "injustificadamente" ou "de forma imotivada", pois que há justificativa clara e evidente para a demora no trâmite. Ademais o crime é doloso e de dolo específico, a nosso ver somente aplicável em caso de dolo direto, não abrangendo sequer o eventual. [2] Nem mesmo a figura culposa é prevista, embora nas situações onde a mora é justificável não exista nem dolo nem culpa, somente uma fatalidade causada pelo abandono ou falta de condições estatais de ofertar um bom serviço público.

Mais uma vez se constata que a lei usa a palavra "investigado" em seu sentido amplo, abrangendo, a nosso ver, tanto a fase pré – processual da investigação criminal, quanto a processual. Em sentido contrário, entendendo que somente é abrangida a fase de investigação pré – processual, se manifestam Greco e Cunha.

> Por fim, conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao prazo razoável de duração também do processo, o tipo em comento, seja no *caput*, seja no parágrafo único, faz expressa referência ao investigado ou fiscalizado, abrangendo, portanto, somente a fase de investigação (penal ou extrapenal). [3]

Também afirma Lima que o crime se refere somente à fase pré – processual, constituindo "analogia in mallam partem" a extensão ao processo. [4]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Note-se, reafirmando, respeitosamente, nossa posição, que é exatamente o fato de que o devido processo legal com o corolário da razoabilidade dos prazos é inerente a toda a persecução penal, que não permite que o crime em questão atinja somente a investigação pré – processual. A interpretação deve ser ampla mais uma vez, como tem sido comum nesta legislação quando trata das palavras "investigado" e "investigação" sob pena de não emprestar a máxima eficácia possível dos direitos e garantias constitucionais, padecendo de inconstitucionalidade por insuficiência protetiva, a depender da interpretação e aplicação que se lhe dê o estudioso e operador do Direito. A interpretação ampla, dando o devido alcance ao tipo penal e promovendo à máxima eficácia constitucional não implica em "analogia in mallam partem".

Além disso, ao citar "fiscalizado" dá a entender que também abrange feitos de natureza administrativo – fiscal (v.g. apurações da receita federal, da fazenda pública estadual ou municipal etc.). Não seria crível que houvesse punição para policiais e fiscais e não houvesse a mesma reação estatal contra promotores e juízes procrastinadores na fase processual. Ademais, também não se reduz a investigações criminais, mas pode abranger outras espécies da área cível, como, por exemplo, inquéritos civis, ações civis públicas e ações de improbidade. Ou da seara administrativo – disciplinar (Apurações Preliminares, Sindicâncias, Processos Administrativos). A lei não é restritiva.

São, portanto, sujeitos ativos todos os agentes públicos responsáveis pelo andamento de investigações e processos criminais e fiscalizatórios (v.g. Juízes, Promotores, Delegados de Polícia, Escrivães de Polícia, Investigadores, Oficiais Policiais Militares em IPMs, Juízes da Justiça Militar, Agentes da Receita Federal, Delegados da Receita Federal, Oficiais de Justiça, Escreventes ou Escrivães judiciais, Agentes de Promotoria, Relatores de CPIs etc.). Sujeito passivo será qualquer pessoa física ou jurídica submetida à investigação procrastinada em seu prejuízo.

O Parágrafo Único do artigo 31 deixa claro que o fato de não existir prazo legal estabelecido para a finalização de uma investigação não significa uma carta branca temporal para os agentes públicos, os quais continuam submetidos ao Princípio da Razoabilidade dos Prazos a ser sopesado em cada caso concreto, podendo sofrer a devida punição em caso de evidências de procrastinação em prejuízo de alguém. Um bom exemplo de investigação sem prazo legal determinado é a Verificação de Procedência de Informações, procedida pela Polícia Judiciária, nos termos do artigo 5º., § 3º., CPP. Esse tipo de procedimento não pode se alongar por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

anos a fio sem a menor justificativa ou uma decisão final. Entretanto, para que haja crime é preciso atentar para a presença do dolo específico do agente público, caso contrário apenas restará a responsabilização administrativa e, eventualmente, civil.

Se o agente público estende ou procrastina a investigação e acaba beneficiando o investigado com isso, não há o crime do artigo 31 da Lei de Abuso de Autoridade, mas pode ocorrer responsabilização administrativa. Além disso, pode incidir, conforme o caso em "Prevaricação" (artigo 319, CP) ou "Condescendência Criminosa" (artigo 320, CP).

Gabriela Marques e Ivan Marques ofertam um excelente exemplo de benefício do investigado:

> Podemos exemplificar uma hipótese em que o prazo da investigação foi renovado por tantas vezes que a punibilidade foi extinta pela prescrição da pretensão punitiva propriamente dita. E, nessa hipótese, questiona-se: qual foi o prejuízo para o investigado? Nenhum. Não há crime sem prejuízo. *Pas de crime sans grief*. [5]

Nos casos de investigações criminais é interessante notar que se o Delegado de Polícia estender demais os prazos, mas mediante pedidos reiterados de renovação com concordância do Ministério Público e Judiciário, não se poderá, ao depois, pretender responsabilizar somente a Autoridade Policial, seja no campo criminal, em caso de dolo específico, seja nos campos administrativo e civil somente, em casos de culpa. O Promotor de Justiça e o Juiz também devem ficar atentos aos prazos legais e ao cumprimento do Princípio da Razoabilidade dos Prazos.

Muitas vezes essa procrastinação de investigações é um instrumento ou meio para o conhecido procedimento de "criar dificuldades para vender facilidades". Nesses casos, se o agente público exige, recebe ou solicita vantagem indevida para acelerar ou ao menos dar andamento normal à investigação, haverá, conforme o caso, crimes de "Concussão" (artigo 316, CP) ou "Corrupção Passiva" (artigo 317, CP), bem como, com relação ao particular que ofertar ou prometer a vantagem, crime de "Corrupção Ativa" (artigo 333, CP). A nosso ver, envolvendo esses crimes o interesse da Administração Pública e sendo o crime do artigo 31 da Lei 13.869/19 "crime – meio" para a prática de infrações penais mais gravosas, deverá ser absorvido, não sendo o caso de concurso de crimes. Obviamente, o particular responsabilizado por "Corrupção Ativa" somente responderá por tal crime, já que não é agente público, mas "extraneus".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ressalte-se que o advogado que atua de forma a procrastinar o processo somente pode ser responsabilizado por litigância de má fé, sanção de natureza processual, já que não é "autoridade", exercendo tão somente "munus público". Mesmo os Defensores Públicos, dativos ou de convênio com a OAB que exercem função pública não podem cometer abuso de autoridade porque também não têm poderes, sendo apenas partes, respondendo tão somente pela sanção processual da litigância de má fé (vide artigo 142 c/c 79 a 81, CPC). Observe-se, porém, que o STJ tem entendido que, devido à inexistência de previsão de sanção para a litigância de má – fé no Código de Processo Penal, sua punição é inviável, pois constituiria analogia "in mallam partem". Essas sanções somente seriam cabíveis, portanto, em causas cíveis. Ademais, a multa aplicável é referente à parte. Defensores públicos, advogados em geral, respondem administrativamente no âmbito de seus órgãos de classe ou corregedoria (artigo 77, § 6º., CPC). [6]

Embora a lei não estabeleça um prazo determinado e, inclusive, o Parágrafo Único do dispositivo em estudo abranja casos em que não há realmente prazo legal, entende-se que, de acordo com a análise da situação concreta, trata-se de "crime a termo ou crime a prazo", [7] de forma que se consuma, em havendo prazo legal, a partir do primeiro momento de superação do prazo respectivo devido à protelação dolosa do autor. Nos casos em que não há prazo previsto, as situações deverão ser resolvidas individualmente com base na razoabilidade e na presença de indícios de procrastinação, consumando-se a infração no primeiro momento em que se constatar não andamento abusivo. O delito é material, pois é necessária a efetiva procrastinação com o estender injustificado da investigação para sua consumação, tratando-se de crime de resultado e não de atividade. A tentativa, embora crime material, não parece viável por tratar-se de "crime a termo ou a prazo". Durante o tempo em que não há extensão do prazo não há crime, quando este se estende efetivamente o crime já se consuma imediatamente, não havendo espaço para a configuração do delito tentado. Entretanto, há que observar que a nossa interpretação rema contra a maré da maioria da doutrina especializada, a qual em geral não leva em consideração a característica de crime a prazo, o que, a nosso ver, "data maxima venia", é um grande equívoco. [8]

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm,.2020. .

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Especial*. Volume 2. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

STJ divulga entendimento sobre multa por litigância de má – fé no processo penal. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/stj-divulga-entendimento-multa-litigancia-ma-fe, acesso em 12.06.2020.

NOTAS:

[1] Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo Único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

[2] Lima, porém, entende que o dolo pode ser direto ou eventual. LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 290.

[3] GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit., p. 270.

[4] LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 290.

[5] MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan, Op. Cit., p. 133.

[6] STJ divulga entendimento sobre multa por litigância de má – fé no processo penal. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/stj-divulga-entendimento-multa-litigancia-ma-fe, acesso em 12.06.2020.

[7] São crimes cuja "consumação depende de um determinado lapso de tempo". CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 284.

[8] Concluindo igualmente pela impossibilidade de tentativa nos crimes a prazo, vide: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 780. Esse também é nosso entendimento firmado em outra obra, com apoio nos ensinamentos de Andreucci e Prado e contra os entendimentos de Greco e Bittencourt, muito embora ali se trate do crime de "Apropriação de coisa achada" (artigo 169, Parágrafo Único, II, CP), sendo discutível a questão quanto à inversão da posse antes do prazo de 15 dias, o que já não ocorre no delito agora em estudo. Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 296. Quanto aos autores citados: ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 451. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Especial*. Volume 2. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 488. GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 510. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 664. Não obstante, Greco e Cunha concluem que a tentativa é possível, desde que o crime se dê por ação, a respeito do que discordamos, considerando que os autores em destaque não levaram em consideração tratar-se de crime a prazo. GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit., p. 271. Também desconsiderando a característica de crime a prazo, afirma Souza caber tentativa por tratar-se de crime plurissubsistente. SOUZA, Renee do Ó, Op. Cit., p. 210. Também afirma ser possível, em tese, a tentativa, Lima, igualmente deixando de lado a questão do crime a prazo, mas tendo a percepção de que sua ocorrência prática será quase inviável. LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 291.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS SOBRE LOJAS VIRTUAIS E APLICATIVOS

PATRICK GONZAGA FARIAS:
Graduanda em Direito. Centro Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: A discussão sobre o serviço das Lojas Virtuais e aplicativos vem se intensificando cotidianamente precisando de um estudo aprofundado sobre os aspectos tributários aplicados aos mesmos. Esse artigo tem como objetivo principal analisar os aspectos tributários cobrados sobre as Lojas Virtuais e aplicativos. E como objetivos específicos apresenta os principais tributos, além de conceituá-los e demonstra os aspectos tributários sobre as Lojas Virtuais e aplicativos e seus efeitos. Mas, como compreender essa nova categoria de negócio e aprimorar seus serviços para fins regulatórios? Sabemos que, quando o assunto é tributação cada detalhe pode fazer uma enorme diferença e, conhecer os diferentes tipos de cobrança de tributos é importante para quem trabalha com essa modalidade comercial, pois o tributo pode ser utilizado pelo estado como uma forma de intervenção econômica, como elemento chave na política social e na redistribuição de renda. A abordagem metodológica escolhida foi a revisão bibliográfica e a análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais. Esse estudo é relevante para o empreendedor, pois ele tendo conhecimentos dos tributos aplicados sobre as Lojas Virtuais e Aplicativos terá a oportunidade de decidir pela modalidade de tributação mais adequado as suas atividades, além de ter o pagamento de seus tributos reduzidos.

Palavra-chave: tributos; lojas virtuais; aplicativos.

ABSTRACT: The discussion about the Virtual Stores service and applications has been intensifying on a daily basis, requiring an in-depth study of the tax aspects applied to them. This article's main objective is to analyze the tax aspects charged on Virtual Stores and applications. And as specific objectives it presents the main taxes, in addition to conceptualizing them and demonstrating the tax aspects on Virtual Stores and applications and their effects. But, how to understand this new business category and improve its services for regulatory purposes? We know that, when it comes to taxation, every detail can make a huge difference, and knowing the different types of tax collection is important for anyone working with this commercial modality, as the tax can be used by the state as a form of economic intervention, as a key element in social policy and income redistribution. The methodological approach chosen was a bibliographic review and content analysis of jurisprudential arguments. This study is relevant for the entrepreneur, as he, having knowledge of the taxes applied on the Virtual Stores and Apps, will have the opportunity to decide on the

most appropriate type of taxation for his activities, in addition to having his taxes reduced.

Keyword: taxes; virtual stores; applications.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2.DESENVOLVIMENTO. 2.1 Os principais tributos sobre Lojas Virtuais e Aplicativo. 2.2 Conceituando os serviços de tributos sobre o comércio virtual. 2.3 Os aspectos tributários sobre o mercado das Lojas Virtuais e Aplicativo e seus efeitos. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERENCIAS.

1.INTRODUÇÃO

Devido aos avanços da tecnologia, houve um aumento das lojas virtuais e utilização de aplicativos e, com isso a possibilidade de novo comercio, mas assim como qualquer tipo de negócio, manter uma loja virtual e aplicativos ativos e regulares requer conhecimento. A partir desse pressuposto esse estudo aborda os aspectos tributários que se aplicam sobre as Lojas Virtuais e aplicativos.

Em um panorama de crescimento de vendas digitais, estar informado e determinado é de suma importância para manter um comercio virtual. Isso acontece porque cada vez mais o custo tributário se apresenta como o diferencial na escolha do produto a ser empreendido.

O presente artigo objetiva principalmente analisar os aspectos tributários cobrados sobre as Lojas Virtuais e aplicativos. E como objetivos específicos pretende-se apresentar os principais tributos e conceituá-los, além de demonstrar os aspectos tributários sobre as Lojas Virtuais e aplicativos e seus efeitos.

Optar por trabalhar com o comércio virtual é uma excelente escolha pela facilidade que existe em abrir uma loja virtual e começar a vender pela internet. Mas assim como qualquer outro negócio existem compromissos que uma loja virtual e aplicativos devem cumprir, entre ele estão os tributos. A questão é: quais os tributos aplicados sobre as Lojas Virtuais e aplicativos e seus efeitos no mercado?

A análise será feita através da pesquisa bibliográfica, realizando leituras sobre os tributos sobre as lojas virtuais e aplicativos. Ou seja, esse estudo se concentrou em analisar, através de dados e teorias os aspectos tributários cobrados sobre as Lojas Virtuais e aplicativos dentro do contexto de mercado em que estão inseridos. No estudo bibliográfico se realizará uma análise em periódicos, artigos, revistas e monografias, buscando combinar mais de uma fonte de evidencias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, há a necessidade de se aprofundar sobre os aspectos tributários que são aplicados sobre as lojas virtuais e aplicativos, já que as questões tributárias se mantem como um grande definidor de custos, devido ao grande crescimento do comercio virtual.

2.DESENVOLVIMENTO

Em nosso país existe uma diversidade de pessoas que utilizam o comércio eletrônico que não sabem como funciona sua regularização no que diz respeito à tributação, ou seja, estão desinformados sobre os vários tributos que são cobrados sobre as Lojas Virtuais e aplicativos.

Mesmo assim, essa forma de comércio virtual só tende a crescer, representando uma alavanca no seu crescimento econômico dos empreendedores de nosso país.

Mas, é importante destacar que mesmo sendo uma atividade comercial diferenciada aqui no Brasil essa maneira eletrônica de comércio não modifica a sua natureza, pois será sempre uma atividade que consiste em comprar e vender bens e serviços para a população, conforme Carrazo e Franco (1999) o Código Tributário Nacional, Lei nº 5172/66, dispõe em seu artigo 4º, *in verbis:*

> **Art. 4º** A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualifica-la:
>
> I – a denominação e demais características formais adotados por lei;
>
> II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Realmente os acordos entre o comércio digital e físico são a mesma, o ato de comprar e vender. É por isso que a inovada internet, desafia os conceitos tradicionais de tributo aplicados em nosso país. Porém, com a publicação da Lei Complementar nº105, em 10 de janeiro de 2001, as administrações tributárias passaram a ter um instrumento fundamental para simplificar a acessibilidade as informações financeiras dos contribuintes.

2.1 Os principais tributos sobre Lojas Virtuais e aplicativos.

Os tributos variam conforme o gênero das atividades desenvolvidas. Por isso, se a empresa somete revende os produtos pela internet, incidirá sobre ela o ICMS em vendas para pessoa física ou pessoa jurídica que não contribuem. Se utilizando a

alíquota adotada no estado em que a loja virtual está sediada, independentemente da localização do consumidor.

Mas, no caso de a venda ser realizada de pessoa jurídica, que contribui com ICMS, a alíquota cobrada será a interestadual. É importante destacar que também pode-se aplicar sobre as vendas, quando for o caso, o pagamento de ICMS (substituto), CONFINS, PIS, IRPJ e CSLL.

Porem se o comercio virtual vende serviços como: os aplicativos Uber, a contribuição será o ISS, CONFINS, e o PIS, calculados sobre o valor do serviço prestado. Também incidirão sobre esse valor o IRPJ e a CSLL.

Neste sentido, Paulo Ayres Barreto (2006, p. 45) afirma que "as contribuições têm natureza tributária por se moldarem ao conceito tributo. Não é sua submissão ao regime tributário que lhe confere tal natureza (...) é a sua natureza que define o regime jurídico ao qual deva ser submetida".

Acredita-se que é por isso que o indivíduo, enquanto empreendedor deve estar informado pelo qual modelo tributário a sua loja virtual ou aplicativo optará.

Dentro desse contexto tem-se:

Microempreendedor Individual (MEI): nessa modalidade o faturamento da empresa não poderá ultrapassar o valor 60 mil reais por ano. No MEI o empreendedor só precisará pagar uma taxa mensal fixa (a guia DASN-MEI). Esse valor da contribuição mensal varia conforme o tipo de atividade comercial (comércio, indústria, ou prestação de serviços). O empreendedor que opta por esse modelo está isento de tributos federais, como o Importo de Renda, o PIS, o CONFINS, o IPI e a CSLL.

Embora seja o modelo mais exercido, essa opção apresenta certas limitações, uma delas é a impossibilidade de emitir nota fiscal com chave eletrônica, item obrigatório para a venda em marketplaces.

Simples Nacional: é um modelo onde o empreendedor fatura até 3,6 milhões de reais anualmente. No Simples Nacional a empresa paga uma taxa única, que varia de 4% até 17, 42% e que inclui oito tributos: Imposto de Renda, CSLL, PIS/Pasep, CONFINS, IPI, ICMS, ISS e a CPP. A diferença entre o Simples Nacional e o MEI é uma soma maior de vendas.

Entretanto, quando o comercio virtual equivale em prestação de serviço como é o caso do Uber, os impostos incidentes são diferenciados. Além do IRPJ, CSLL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e PIS, reflete sobre ele também o ISS, que é o imposto cobrado sobre a prestação de serviço. Nesse caso a delonga dos tributos pode ocorrer diretamente na fonte, dependendo da natureza do serviço.

2.2 Conceituando os serviços de tributos sobre o comércio virtual.

Nesse subitem vamos primeiramente entender o conceito de tributo. O conceito de tributo, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se explicitado no artigo 3º do Código Tributário Nacional, o qual preleciona que:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

A partir das considerações inicialmente expostas, percebe-se que o conceito de tributo como importância pecuniária, é tanto utilizado pelo direito tributário quanto pelo direito financeiro. É relevante destacar que o objetivo da obrigação tributária é o dever de levar o dinheiro aos cofres públicos, mas não o dinheiro em si, ou seja, . não a pecúnia, mas a conduta.

> Tributo provém do verbo latino *tribuere: tributum*, que significa repartir entre as tribos. Nas comunidades primitivas, o tributo estava na dependência da satisfação das necessidades coletivas e dos caprichos do chefe, que o exigia de seus súditos. Eram prestações *in labora*, *in natura* ou *in pecúnia*, exigidas pela força e arbitrariedade. (CAMPOS, 2007, p.254).

Acredita-se que desde os primórdios até os dias atuais, ainda ocorrerão infecundas discussões e atualizações sobre o conceito de tributo. Pois, a palavra tributo leva a um conjunto de definições que vão da experiência paralela anterior do interprete aos limites que a própria legislação impõe. Portanto, sendo cobrado os serviços de tributos diante da atividade previamente dependentes.

Os serviços de tributos sobre as Lojas Virtuais e aplicativos são:

CSLL – (Contribuição Social de Lucro Liquida). Voltado à seguridade social e calculada com base no regime escolhido para a tributação do IRPJ.

PIS/Pasep – (programa de integração social e deformação do patrimônio do servidor público) também destinada a seguridade social, o recolhimento varia de 0,65% para micro e pequenas empresas a 1,65% para outras modalidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CONFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social), é a taxa previdenciária calculada com base na receita empresarial.

As pessoas que escolherem pelo lucro presumido, se submeterão ao recolhimento da CONFINS pelo regime cumulativo, onde se aplica o percentual sobre o faturamento.

> A contribuição para CONFINS, devida a pessoa jurídicas de direito privado, será calculada com base no faturamento, a alíquota de 3%. O faturamento corresponde a receita bruta da pessoa jurídica, entendida esta como a atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (YOUNG 2004, P.141)

E o vencimento da CONFINS será até o último dia útil do segundo decênio do mês subsequente ao de ocorrência do fato gerador.

IPI (Imposto sobre Produto Industrializado) incide sobre todo tipo de produto que passe por transformações na indústria.

ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação). É uma taxa estadual que incide sobre a venda de produtos.

A respeito do ICMS, dispõe o art. 4º da Lei Complementar nº 87/ 1996:

> Art. 4º contribuinte é qualquer pessoa, física, jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria, ou prestações de serviços e transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

ISS (Imposto sobre Serviço de qualquer natureza). É um imposto cobrado pelos municípios e pagos por empresas que prestam serviços ao consumidor. O ISS é um tributo de competência Municipal, conforme prevê a Lei Complementar nº 116/2003:

CPP – (Contribuição Patronal Previdenciária) deve ser paga pelo empregador para o INSS.

IRPJ – (Imposto de Renda sobre Pessoa Jurídica), a base de cálculo do imposto e do adicional do lucro presumido será determinado mediante aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta de vendas de mercadorias e/ou prestação de serviço, auferida no período de apuração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.3 Os aspectos tributários sobre o mercado das Lojas Virtuais e aplicativos e seus efeitos.

A globalização trazida pela utilização da internet impõe aos governos desenvolver politicas relacionadas as atividades virtuais. Pois, existem controvérsias originadas por este novo comércio eletrônico que são de fundamental importância para a administração tributária.

Observando atentamente os conceitos adotados no atual Direito Tributário, constata-se que a tributação das lojas virtuais e aplicativos pressupõe o preparo cuidadoso de outros conceitos e/ou nova legislação.

Pois percebe-se o crescimento do comercio eletrônico, extinguindo o vínculo direto entre a empresa e a atividade geradora de renda. Surgindo a dificuldade da administração fazendária de identificar o local das transações e assim, podendo causar a erosão da base tributária.

Sabemos que a responsabilidade tributária de cada estado é plena, porém encontrasse submetida as limitações do poder de tributar, imposta pela Constituição Federal, nas quais residem princípios fundamentais do Direito Constitucional Tributário.

Contudo, para que o estado possa estabelecer e cobrar os tributos de sua competência, é preciso que o faça através da legislação, com vigência no exercício anterior a sua cobrança, ressalvadas as exceções constitucionais; tratar com igualdade os contribuintes diante o fisco; não usar o tributo com fins de confisco de bens; não prejudicar a liberdade de trafego de indivíduos e bens e principalmente fazer valer os quatro princípios tributários: o principio de legalidade, da isonomia, tributária, da irretroatividade e o da anterioridade

Tabela 1 - Princípios Tributários

PRINCÍPIOS TRIBUTARIOS	PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE	PRINCÍPIOS DE ISONOMIA	PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE	PRINCIPIO DA ANTERIORIDADE

Conceito	Estabelece que a criação, o aumento, a redução e a extinção de tributos deve ser realizada imprescindivelmente por lei, tendo como principal finalidade garantir aos contribuintes que o Estado não poderá exceder os limites da legislação em vigor.	Prevê que o Estado deve conceder tratamento igualitário aos contribuintes que estiverem em situações equivalentes.	O Principio da Irretroatividade significa que a lei tributaria não deve ser aplicada a fatos pretéritos. Dessa forma, a lei tributaria passa a valer para apenas fatos presentes e futuros, não agindo sobre o passado.	Estabelece um intervalo mínimo entre a publicação e a lei que cria e aumenta tributos e a exigência do referido tributo

Fonte: JUNQUEIRA, Isabella Vilela; CASTRO, Vanessa Oliveira

A Constituição Federal de 1988 institui duas limitações ao poder de tributar, que são os princípios tributários e as imunidades, ou seja, existem regras que a Constituição federal estabelece para que seja possível restringir o abuso do poder do estado na cobrança de tributos.

Assim, focando-se na atuação dos estados, as imunidades e os princípios são limitações ao poder de tributar, ao passo que, para os contribuintes, são garantias constitucionais fundamentais.

3.CONCLUSÃO

A constante transformação tecnológica permitiu o progresso do comercio virtual mundialmente, criando-se oportunidades para a realização de inovadoras negociações de diversos produtos e serviços, dando ao consumidor a oportunidade de escolher o local, a data e o valor da sua mercadoria.

Contudo, esse novo método de negociação desencadeou uma enorme desinformação nos empreendedores que utilizam esse tipo de comercio que precisam compreender como regularizar o tributo aplicado sobre as Lojas Virtuais e os aplicativos.

Sabemos que o empreendedor precisa estar informado dos seus direito e deveres, pois existem o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal de 1988 que fazem valer os tributos que são representados pelos impostos, pelas taxas, pelos empréstimos compulsórios, pelas contribuições de melhoria e especiais entre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É relevante que o empreendedor entenda que os tipos de tributos variam de acordo com a categoria que o mesmo adere. Pois o mesmo desconhece a importância de estar regularizado com sua obrigação tributaria ficando em debito com o fisco.

Assim, é imprescindível que o empreendedor tenha conhecimento dos tributos aplicados sobre as Lojas Virtuais e aplicativos, para que o mesmo possa optar pela melhor atividade comercial que lhe traga vantagens em termos de tributos.

A Conclusão que podemos chegar é que, o não pagamento dos tributos das lojas virtuais e dos aplicativos podem resultar em sérios problemas como a cobrança pela Receita Federal, autuações e o ajuizamento das dívidas geradas pelo não pagamento dos tributos. E que e necessário que o empreendedor conheça e regularize suas obrigações tributárias.

4.REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 14ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

ARDANT, Gabriel, Théorie sociologique de l'impôt, Paris : SEVPEN, 1965.

BARRETO, Paulo Ayres. Contribuições – Regime Jurídico, Destinação e Controle. São Paulo: Noeses, 2006, p.95.

BRASIL. Lei N.º 5.172 de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CARRAZA, R. A. e FRANCO, V. H. de M.. Constituição Federal, Código Comercial, Código Tributário Nacional. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

CAMPOS, Dejalma de. A dimensão jurídica do tributo. In: Ives Gandra da Silva Martins (coord.). O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Florence, 2007.

JUNQUEIRA, Isabella Vilela; CASTRO, Vanessa Oliveira de. Planejamento Tributário: um estudo comparativo simples nacional x lucro presumido numa empresa de transporte de passageiros na cidade de Volta Redonda. Monografia aprovada pela Banca Examinadora do Curso de Ciências Contábeis da Universidade Federal Fluminense – UFF. Volta Redonda, 15 de março de 2016.

LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 1º abril. 2020.

LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário, são Paulo: Malheiros, 2005, p.81.

_____. Código Tributário Nacional. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015

MARTINS, Ives Gandra. Teoria da imposição tributária. são Paulo: Ltr, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. São Paulo: renovar, 2003. P. 334.

YOUNG, L. H. B. Lucro presumido. 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004. Disponível em:<http://www.dcc.uem.br/enfoque/new/enfoque/data/1187370495.pdf>. Acesso: 18.11.2015.

A TUTELA INIBITÓRIA E O JORNALISMO NA INTERNET EM TEMPOS DE PANDEMIA

LUCIANA DA SILVA PAGGIATTO CAMACHO: Bolsista CNPq. Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP [2015] - Bolsista CAPES no curso de Mestrado. Pós-graduada com especialização em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Advogada.

DAVID CURY NETO (coautor): Doutorando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP [2015]. Advogado atuante nas áreas de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito da Comunicação Social

Resumo: Se há um mantra faz muito ecoado no tema da liberdade de imprensa este é o de que o seu exercício deve operar-se independentemente de qualquer espécie de censura. De uma forma ou de outra, todavia, restrições foram e continuam a ser-lhe impostas. Uma delas chama sempre a atenção daquele que se propõe a estudar o assunto, que é a censura imposta pelo Poder Judiciário, notadamente quando estabelecida previamente à veiculação de qualquer informação. O objetivo aqui é, pois, o de examinar essa controvérsia sob outro prisma, qual seja, de medidas judiciais voltadas a inibir publicações concernentes à novel forma de jornalismo que é praticado na era da Internet, assunto de muito relevo em tempos de pandemia, seja quanto à sua possibilidade em tese, à vista dos direitos fundamentais envolvidos, seja no tocante aos problemas concretos enfrentados pelo aplicador do direito.

Palavras-chave: Imprensa – Censura – Inibição – Limites – Internet – Coronavírus.

Abstract: If there is a mantra that echoes a lot on the subject of freedom of the press, it is that its exercise must operate independently of any kind of censorship. In one way or another, however, restrictions have been and continue to be imposed on it. One of them always draws the attention of the one who proposes to study the subject, which is the censorship imposed by the Judiciary, especially when established before the transmission of any information. The objective here is, therefore, to examine this controversy from another perspective, namely, judicial measures aimed at inhibiting publications concerning the new form of journalism that is practiced in the Internet era, a subject of great relevance in times of pandemic, be it as to its

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

possibility in theory, in view of the fundamental rights involved, be it with regard to the concrete problems faced by the enforcer of the law.

Keywords: Press - Censorship - Inhibition - Limits – Internet – Coronavirus.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução do jornalismo: da pedra à Internet. 3. A permanente e conflituosa relação entre a liberdade de imprensa e a censura. 4. Medidas inibitórias e prevenção de abusos. 4.1 Conceito e requisitos. 4.2 Distinção entre dano e ilícito. 4.3 A indesejada consolidação do prejuízo. 5. A tutela inibitória sobre o jornalismo na Internet. 5.1 Intervenção na atividade da Imprensa como ultima ratio. 5.2 A necessidade de circulação das notícias independentemente de censura. 5.3 As "fake News" e a tutela inibitória em tempos de pandemia por COVID-19 – Coronavírus. 6. Conclusão. Bibliografia

1. Introdução

A relação entre a tutela inibitória e o jornalismo está longe de representar assunto definitivamente solucionado, com pacífica coexistência entre ambos. Há muito se questiona a possibilidade de utilização de medidas judiciais voltadas a inibir a atividade da Imprensa, dada a imprescindibilidade de que o seu exercício ocorra indene de qualquer espécie de censura.

O debate ganhou um novo elemento, isto é, a Internet, veículo que permite que as notícias circulem rápida e facilmente pela rede mundial de computadores, trazendo tanto imediatismo como interação pelos receptores das informações antes não visto.

A Sociedade da Informação – SI – não se trata apenas de um modismo, mas de um novo momento histórico com suas peculiaridades próprias. Uma das características mais marcantes deste momento é a livre circulação da informação e a convergência. A convergência aqui entendida como desenvolvimento tecnológico digital, integração de textos, números, imagens, sons e diversos elementos à mídia.[1]

Questão de grande relevância é o corte axiológico em conceitual para fins de definição de imprensa como os meios ou os veículos de comunicação – editorais e emissoras, idôneos compostos por fontes seguras, devidamente verificadas e comprovadas, profissionais como formação na área de jornalismo ou formação nas áreas da ciência ou do conhecimento em que são veiculadas às matérias, estudos técnicos, de fronte à perspectiva histórica, social e cultural, com o escopo de democratização da informação ao público em geral, atingindo sua finalidade precípua que é o exercício da cidadania.

> *É certo afirmar que parte da ciência e tecnologia produzidas e que são divulgadas podem ser um agente importante no exercício da cidadania. O JC deve estar sintonizado na preservação e valorização do desenvolvimento científico, levando ao público notícias equilibradas e sóbrias sobre ciência.**[2]***

Para que se faça possível o exame dos impactos que o eventual deferimento de tutelas inibitórias ocasionaria à liberdade informativa, quando nos referimos ao conceito de imprensa exposto inicialmente, e não às informações disseminadas por pessoas má intencionadas, que muitas vezes se utilizam até de perfis falsos, e por incrível que pareça até mesmo, por chefes de Estado e membros de governo que acreditando erroneamente que a internet seria terra de ninguém disseminam notícias falsas (*fake news*) fomentando o ódio, o medo, a intolerância, discriminação, preconceito, e até mesmo perigos de ordem sanitária, acarretando danos irreparáveis na vida das pessoas, e colateralmente na economia, e ainda, abalando relações diplomáticas com outros países – estes situações não se subsumem ao conceito de imprensa com a proteção constitucional aqui tratada.

Neste contexto, necessário que primeiro se olhe para o passado, com a evolução das formas de jornalismo, do registros em cavernas até a utilização das mídias sociais para a divulgação de notícias e o debate público sobre os acontecimentos sociais, explicando-se, outrossim, a importância que a manifestação do pensamento e a liberdade da imprensa, com o conceito já exposto, possuem ao pleno desenvolvimento social e que o seu exercício se dê livre de qualquer tipo de censura em fomento a garantia da cidadania.

Forçosa, por outro lado, a abordagem de questões tocantes ao tratamento procedimental para salvaguardar direitos e garantias fundamentais do indivíduo, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e de contrapartida o direito de informação (e não desinformação) e vedação à censura ditados no artigo 5º, incisos IX e XIV, combinado com o artigo 220, todos também da Carta Constitucional.

Tudo à luz do princípio da proporcionalidade, voltado à tutela de ambos os direitos de ordem constitucional e eficácia das normas constitucionais tanto no plano vertical quanto no plano horizontal, sopesando os valores envolvidos diante do caso concreto.

Daí vir à tona a análise da incidência das normas processuais em socorro à ponderação dos interesses constitucionalmente relevantes, em caso de violação tanto dos direitos fundamentais dos indivíduos quanto aos direitos fundamentais à liberdade de expressão, informação e vedação à censura.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este o desafio que se apresenta, isto é, conciliar as questões acima colocadas, com soluções metodológicas de acordo com as normas jurídicas incidentes, incluídos os correspondentes princípios gerais do direito, salientando-se que eventuais soluções indicadas não possuem a pretensão de exaurir a temática proposta, diante da tamanha complexidade seja no plano abstrato, seja contemplando as particularidades inerentes a cada caso concretamente examinado.

2. Evolução do jornalismo: da pedra à Internet

A comunicação é uma característica que acompanha o ser humano desde os seus primórdios, a qual, aliada à racionalidade, diferencia o homem dos demais seres vivos. É por isso que o desenvolvimento das formas de comunicação, notadamente da imprensa, evidencia uma importância enorme na própria evolução humana.

Desde que vive se em sociedade, o homem sente a necessidade de comunicar-se com o seu semelhante. A princípio, as ideias e as notícias circulavam fundamentalmente pela via oral, em que um indivíduo transmitia ao outro o que lhe desejava expressar. Não demorou muito, porém, a que a comunicação viesse registrada nas cavernas por meio das pinturas rupestres, o que remonta ao período neolítico, há quase 30.000 anos, pois[3].

Com o passar do tempo, mudou-se o suporte pelo qual as informações eram transmitidas, como ossos, pedras, madeiras até chegar-se à utilização de argila. Evoluiu também a forma como se comunicavam os indivíduos, tanto que, por volta de 4.000 a.C., surgiram os primeiros traços de uma escrita organizada em sinais, a escrita cuneiforme.

Com igual importância nessa época no tocante à comunicação escrita, foi no Egito que circularam os primeiros jornais (aproximadamente 2.000 a.C.), contendo sátiras ao faraó. Mais tarde, em Roma, outro tipo de publicação semelhante eram as chamadas *acta publica diurna*, noticiando vários tipos de providências de caráter legislativo, narrações de batalhas etc.

Todavia, a importância maior para a evolução da imprensa — e o motivo principal a que tenha essa nomenclatura — foi a invenção da prensa e dos caracteres tipográficos pelo alemão Gutenberg no Século XV, sendo ele o responsável pela ferramenta que ajudou a difundir informações de maneira padronizada e em grande escala.

Com este maquinário, aliado ao movimento iluminista que naquela época despontava, foi possível fazer as ideias circularem mais, assim contornando as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

amarras impostas pela Igreja no período medieval como instrumento de controle social.

É a partir daí que surgem cada vez mais jornais, notadamente na Alemanha de Gutenberg, que passam a circular com frequência cada vez maior, inclusive diária já no Século XVII, popularizando o jornalismo.

No entanto, o alto preço para a produção do papel, aliado à falta de instrução de grande parte da população, estagnaram a evolução dos meios e dos veículos comunicativos, que somente se disseminou de maneira relevante e crescente a partir do final do Século XIX e do começo do Século XX, quando se verificaram sensíveis avanços quanto à tiragem dos jornais.

Depois disso, toda a evolução que lentamente se consolidou ao longo de milhares de anos, no período de um século evidenciou-se de modo expressivo e exponencial, com o rádio e a televisão, que tornaram o jornalismo dinâmico e instantâneo, além de acessível a uma gama muito maior de receptores da informação, desenvolvendo-o de forma sem precedentes.

Isto até o surgimento da Internet como veículo de transmissão de dados em tempo real e encurtador de distâncias a ponto até ali não imaginado, levando a questão da liberdade de imprensa a outro patamar pulverizando a informação para um volume inimaginável, até então, de pessoas, no mundo todo, em tempo real.

Se antes era necessário aguardar o dia seguinte para a edição do jornal estar nas bancas, ou então o horário do noticiário radiofônico e televisivo, para assim receber informações de interesse público, na rede mundial de computadores elas são lançadas e circulam imediatamente e lá ficam disponíveis ao usuário para a qualquer momento e em qualquer lugar.

Como consequência do imediatismo e da enorme facilidade de circulação de informações, a *web* gerou ainda constante e crescente exigência pela velocidade do envio e recebimento das notícias, que se saiba em tempo real o que está acontecendo aqui ou do outro lado do mundo.

Outro fator que promoveu uma mudança significativa na atividade da imprensa consistiu na popularização das chamadas redes sociais como Facebook, Instagram, Twitter, e comunicação imediata pelo envio de mensagens por meio de ferramentas como o Watsaap, Telegram, Skype, entre outras ferramentas, que viabilizaram aos indivíduos externar seus pensamentos aos seus seguidores, que no nossa humilde posição não se equipara ao conceito de imprensa acima delimitado; e, também de compartilhar conteúdo produzido, seja por outros indivíduos, seja por órgãos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

imprensa, com enorme facilidade e rapidez, fazendo, assim, circularem todos os tipos de informação de maneira difusa.

A participação da coletividade no papel de transmissão das informações trouxe benefícios, como a possibilidade de aferição de como a população de determinada região, estado, país, continente ou mesmo global pensa sobre determinada temática ou se comporta diante de certo momento e problemática social, sanitária, etc., bem como a respeito de quais questões, com o auxílio de ferramentas de informáticas (logaritmos e robôs) que monitoram as atividades das redes sociais, e, nas pesquisas realizadas pelos usuários da rede mundial do computadores em sites de busca como Google, Search, dentre outros.

Ensejou, de outro lado, problemas que atualmente enfrentamos como sociedade, inclusive os relacionados às notícias falsas (*fake news*), o que possibilita em um curto espaço de tempo protagonizar gafes e notícias falsas, pulverizadas para um incontável número de pessoas e o potencial de sua influência no pensamento da coletividade, como constatou-se tanto período de eleição de diversos países, dentre eles os Estados Unidos e o Brasil, e, recentemente com disseminação de falsas notícias (*fake news*) acerca da Pandemia por COVID-19 - Coronavírus.

Onde quer que seja, na Europa ou em outros continentes, o crescimento dos populismos tomou a forma de uma dança frenética que atropela e vira ao avesso todas as regras estabelecidas. Os defeitos e vícios dos líderes populistas se transformam, aos olhos dos eleitores, em qualidades. Sua inexperiência é a prova de que eles não pertencem ao círculo corrompido das elites. E sua incompetência é vista como garantia de autenticidade. As tensões que eles produzem em nível internacional ilustram sua independência, e as *fake news* que balizam sua propaganda são a marca de sua liberdade de espírito. No mundo de Donald Trump, de Boris Johnson, quanto ao *Brexit,* e, de Jair Bolsonaro, cada novo dia nasce com uma gafe, uma polêmica, a eclosão de um escândalo. Mal se está comentando um evento, e esse já é eclipsado por um outro, numa espiral infinita que catalisa a atenção e satura a cena midiática. Diante desse espetáculo, é grande a tentação, para muitos observadores, de levar as mãos aos céus e dar razão ao bardo: O tempo está fora do eixo! No entanto, por trás das aparências extremadas do Carnaval populista, esconde-se o trabalho feroz de dezenas de *spin doctors*, ideólogos e, cada vez mais, cientistas especializados em Big Data, sem os quais os líderes do novo populismo jamais teriam chegado ao poder.[4]

Não seria qualquer exagero considerar que, no nosso atual estágio evolutivo, os meios tradicionais de comunicação em massa tenham perdido uma parcela do seu espaço para essa novel forma de divulgação e recebimento de informações, na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

medida em que cada vez menos a população busca informação sobre os acontecimentos que se passam aqui ou em qualquer outro lugar do mundo a partir dos organismos da imprensa; bem ao revés, chega-lhes primeiro pelas redes sociais ou então se prefere tê-las como fonte de informações.

Entretanto, é uma via bivalente à medida que possibilita a facilidade o acesso à informação, pode levar a coletividade (até mundial) ao conhecimento e disseminação de notícias falsas fomentando o ódio, a intolerância, a discriminação, o medo, e, como aferido hodiernamente com a expansão da pandemia por COVID-19 - Coronavírus, em que informações científicas inverídicas veiculadas, compartilhadas e seguidas por um número indeterminado de pessoas colocando à população de um modo geral em perigo sanitário, e por conseguinte, com risco à morte, neste sentido.

> *Nesta perspectiva o JC (jornalismo científico) encaixa-se como componente responsável por disseminar o que está sendo estudado e pesquisado nos meios acadêmicos e nos laboratórios de pesquisa. Deve divulgar em um discurso simples e confiável notícias de como a ciência usualmente funciona, tentando levar o público a compreender o assunto abordado e, assim, a buscar interagir nas notícias sobre ciência e tecnologia.*[5]

Daí a riqueza de situações proporcionadas pela Internet quanto ao jornalismo, pois, ao mesmo tempo em que os meios e os veículos da Imprensa procuram nas plataformas digitais a sua sobrevivência, ali executando boa parcela do seu jornalismo, no mundo virtual também há a divulgação de notícias e informações em geral de particulares que reportam fatos considerados relevantes para a sociedade, assim circulando muito mais fácil e rapidamente.

3. A permanente e conflituosa relação entre a liberdade de imprensa e a censura.

As ideias de Imprensa e censura dividem muitas e importantes histórias relacionadas a esse confronto instalado, já vislumbrada, por uma questão de lógica, desde o próprio nascimento das liberdades de manifestação do pensamento e de comunicação. Afinal, se há comunicação e exposição de ideias, existe, por outro lado, a possibilidade concreta de essa mesma exteriorização do pensamento sofrer algum tipo de restrição.

Há registros de sua prática a partir da Grécia antiga, local onde se entendeu ser o primeiro a apresentar uma justificativa de caráter ético para a censura, o que em certa medida foi mantido ao longo do Império Romano, prevendo-se até mesmo a

pena de morte para sátiras políticas [6]. Em Roma, aliás, é que surgiu a expressão censor, da qual derivou o sentido moderno de censura.

A atividade censória manifestou-se de forma mais nítida e implacável no período medieval, com limitações políticas, artísticas, morais e religiosas, restringindo-se a circulação de ideias e impondo-se penas de prisão e até de morte a quem desobedecesse às determinações dos tribunais do Santo Ofício.

Aqui reside a grande importância do já mencionado invento de Gutenberg, isto é, a prensa, que multiplicou as cópias dos textos que a Igreja não desejava ver circularem. Ainda assim, naquela época baixou-se ordem no sentido de proibir qualquer obra que não tivesse antes sido submetida a exame prévio do seu conteúdo.

O primeiro registro de abolição da censura data do final do Século XVII, na Inglaterra, a partir da disseminação do ideal de liberdade da fala sustentada por John Milton, ao que se seguiram iniciativas semelhantes ao longo do Século XVIII, na Alemanha, na França, com a Revolução Francesa, e nos Estados Unidos da América, logo que declarada a sua independência.

Freando a constante evolução quanto à liberdade de imprensa ocorrida na Alemanha, logo que Hitler assumiu o controle da nação germânica, jornalistas e editores foram censurados e perseguidos, liberdade esta apenas restabelecida após a Segunda Guerra, com a promulgação da atual Constituição Alemã, de 1949.

Ao longo do Século XX, a censura esteve muito ligada a regimes autoritários e populistas, pois a desinformação era (e continua sendo) uma forma e controle político e ideológico, que se espalharam pelo globo, em especial nos países menos desenvolvidos, assim como também se verificou em países com ideais socialistas.

Na história do Brasil, a censura esteve sempre muito presente, começando pelo período colonial, em que os portugueses restringiam as informações e obras que circulavam. Não obstante a proteção oferecida pela maior parte das Constituições que vigeram no Brasil — exceção feita à de 1937 (Estado Novo) —, por meio de leis, decretos ou na prática, em maior ou menor grau, censura havia aos meios de comunicação, embaraçando a sua relevante função social.

O período mais crítico e desafiador a essa liberdade certamente consistiu no regime militar vigorante no Brasil entre 1964 e 1985. Jornalistas foram perseguidos e presos, censores era presença contínua nas redações e nos editoriais, edições inteiras apreendidas, o crescimento da autocensura foram alguns dos mecanismos de controle instituídos e reflexos a eles inerentes, impedindo o desenvolvimento dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

órgãos da imprensa nacional, bem como que o povo tomasse conhecimento de informações desfavoráveis ao governo.

Em oposição a essa época menos esclarecida da história brasileira, a atual Carta Magna, de 1988, resguardou de modo expressivo tais liberdades, dispondo ser "livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (art. 5º, inc. IX) e também que "A manifestação do livre pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição." (Art. 220, *caput*).

A par disso, quando a vigente Constituição contava com pouco mais de duas décadas de existência, o Supremo Tribunal Federal julgou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 130/DF, nela decidindo que a Lei n° 5.250/67 (Lei de Imprensa), editada nos primeiros anos do regime militar, não se compatibilizava com a ordem constitucional vigente e, destarte, por conseguinte não teria sido recepcionada.

Trata-se de verdadeiro marco histórico a partir do qual a Corte Maior reafirmou toda a relevância que a liberdade informativa ostenta, então rechaçando "qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização". [7].

Não apenas isto. Destacou uma característica essencial dessa liberdade informativa, qual seja, a sua posição preferencial relativamente às demais garantias constitucionais, ditando que "antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações [intimidade, vida privada, imagem e honra] como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras".[8]

Sabe-se que a existência de um jornalismo livre de obstáculos constitui relevante meio voltado ao desenvolvimento de uma sociedade mais justa, igual e democrática, em que seus membros tenham pensamento crítico a respeito do governo eleito e possam tomar suas decisões de maneira esclarecida.

Daí porque existirem amarras para o exercício da atividade da Imprensa, além de constituir desdouro geralmente atribuído a regimes totalitários, que necessitam controlar os meios de comunicação para se manterem no poder, o que traduz verdadeiro retrocesso social, ao mesmo tempo em que viola essa que é uma garantia fundamental do ser humano há muito e a duras penas conquistada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Uma das formas mais recentes de restrição da liberdade de imprensa, ensejadora de calorosos debates tanto no âmbito acadêmico como nos tribunais, é aquela originada do Poder Judiciário, a chamada censura judicial, que se caracteriza, como o próprio nome sugere, em hipóteses nas quais o magistrado, a tanto provocado por alguém que se diz prejudicado, determina que não se publique certa matéria jornalística ou então, quando já divulgada, ordena a sua retirada de circulação ou exclusão do lugar onde se encontra disponível.

Como antecipado, o assunto é tão sensível quanto complexo, pois envolve mais de uma garantia constitucional em aparente conflito e exige um posicionamento imediato do julgador a respeito da controvérsia, por ser tal pretensão veiculada, como regra, em pedido liminar, entretanto, antecipa-se firmando a posição de que tal proteção não abrange a disseminação de notícias falsas, sejam por perfis falsos como emanado de autoridades e chefes de Estado, como se vislumbrou a retirada de tweets veiculando informações falsas sobre a COVID-19.

A abordagem doravante realizada no presente estudo terá esta particular situação em foco, vislumbrada notadamente sob a óptica das tutelas inibitórias e sua relação com o jornalismo produzido na rede mundial de computadores, tudo para examinar como aquele instituto pode (ou não) ser compatibilizado com a liberdade de imprensa exercida na Internet.

4. Medidas inibitórias e prevenção de abusos

Superada a delimitação das questões referentes aos conceitos de imprensa, evolução histórica e proteção constitucional, tratar-se-á acerca da tutela inibitória, que pode ser um mecanismo procedimental eficaz para salvaguardar direitos, incluídos os acima tratados, tanto no que concerne às garantias fundamentais dos indivíduos, nos termos do artigo 5º inciso XXXV, quanto o direito de informação e vedação à censura conforme estabelecem o artigo 5º, incisos IX e XIV, combinado com o artigo 220, todos também da Constituição Federal, quanto um remédio eficaz para combater a disseminação de notícias falsas na internet.

Neste sentido segue os ensinamentos de João Batista Lopes.

> *A tutela inibitória traduz refinada técnica de proteção ao direito e tem fundamento no princípio geral de prevenção cuja incidência independe da legislação ordinária uma vez que a Constituição garante o acesso à jurisdição não só na hipótese de lesão, como também na de ameaça a direito.**[9]***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Instrumento processual que não é novidade, pois se faz presente desde o direito romano por meio do aludido instituto conhecido como *interdito proibitório,* pois, *[...] ao contrário, porém, do que geralmente se supõe, a inibitória não constitui novidade no sistema processual brasileiro e o melhor exemplo disso é o interdito proibitório. A consagração da regra geral no sistema e, porém, recente, por influência do direito italiano*.[10]

Cristina Rapisarda identifica, na antiguidade, desiderato inibitório em três espécies de ações, a "*actio confesoria", "actio negatória",* assim como no juízo de "*jactancia*", com especial relevo a este último tipo, destinado especificamente a prevenir um ilícito diante de uma ameaça.[11]

A tutela inibitória tem regulamentação normativa no §1004 do Código Civil Alemão, inicialmente limitada à proteção inerente aos direitos de propriedade e à posse, segundo Sérgio Cruz Arenhart, permite-se, na hipótese de lesão diversa da subtração ou negação de restituição da posse, "pedir ao turbador a remoção do ilícito (*Beseitigungkslage*); se, além disso o proprietário ainda teme novas turbações, pode pedir o impedimento dessas".[12]

Em momento posterior, se observa, contudo, ampliação da tutela inibitória no direito alemão (*Unterlassungsklage*), Paulo Eduardo Alves da Silva elucida a temática, ensinado que:

> *Partiu-se da* actio *negatória e da responsabilidade civil; visava-se naquele momento apenas estender a proteção inibitória a direitos relacionados ao direito de propriedade. Depois, pela ampliação do conceito de direitos absolutos, a proteção preventiva alcançou os direitos da personalidade, ao nome entre outros. Quando a discussão avizinhou formas supra individuais de tutela, num primeiro momento negou-se que o meio ambiente pudesse receber proteção jurisdicional preventiva – o que deveria ser feito pela administração pública –, mas em seguida admitiu-se que o consumidor, coletivamente considerado, estaria beneficiado por uma tutela preventiva quanto às condições gerais dos contratos.**[13]**

Assim, a evolução do instituto no direito alemão permitiu a ampliação da utilização da tutela inibitória para outros direitos materiais, nesta evolução da incidência do instituto, inicialmente para os ramos da livre concorrência (*Recht am Gewerbebetrieb*) e a propriedade industrial, e, posteriormente a tutela de outros institutos do direito comercial, direitos de personalidade[14], e, por fim, em um terceiro momento, "a proteção preventiva ao meio ambiente fora objeto de análise

e, quando concedida, lastreava-se na sua concepção enquanto projeção da esfera individual, fator limitador da atuação jurisdicional em sua defesa." [15].

Nesta talhada, o advento da tutela dos direitos difusos e coletivos como os direitos dos consumidores se deu com a positivação do *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, cujo escopo do instituto normativo era regularizar atos pré-contratuais atinentes a direitos dos consumidores. Tal dispositivo é um marco de transposição da tutela inibitória incidente sobre direitos interindividuais para a utilização da tutela inibitória para a salvaguarda de direitos coletivos, como mencionado, que teve seu desfecho em 2002, com a promulgação do diploma normativo *Unterlassungsklagengesetz*, criando efetivamente a "*class action*" incidente no direito consumerista.

Por ser uma tutela que se diferencia da tutela ressarcitória, os meios para sua efetividade não raras as vezes são coercitivos indiretos, neste sentido, o sistema processual alemão adotou a *Zwangsstrafen* presente nas prestações de fazer infungíveis em que a coação consiste em pena pecuniária em caso de descumprimento *Zwangsgeld* ou a privação da liberdade com finalidade coercitiva *Zwangshaft*.

No ordenamento pátrio a necessidade de efetividade da jurisdição, inclusive nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, a tutela inibitória fundava-se nos pilares contidos nas normas dos artigos 461, com a redação dada pela reforma de 1994; e 461-A do Código de Processo Civil de 1973, com a redação dada pela reforma de 2002.

Salienta-se que em que pese a previsão no Código de Processo Civil, inicialmente em 1994, a tutela inibitória poderia ser vislumbrada em legislações extravagantes em data deletéria, como no artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública (Lei n° 7.347/1985) e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o instituto passou a ser tratado no artigo 497, parágrafo único.

Assim, passa-se a enfrentar o conceito e requisitos para obtenção da tutela inibitória; delimitar o objeto e o contexto, com a distinção de ilícito e dano; as características da tutela de urgência para evitar futuros danos decorrentes da violação ao ordenamento jurídico; e, a incidência da tutela inibitória casos do direito de informação, vedação à censura e sobre o jornalismo na Internet.

4.1. Conceito e Requisitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A tutela inibitória é uma tutela jurisdicional diferenciada, dentre outras existentes no ordenamento jurídico, assim como as medidas cautelares, mandado de segurança individual e coletivo, ação consignatória de aluguéis, ação monitória, despejo por falta de pagamento, reintegração de posse, ação demarcatória, dentre outras, isto é, tudo aquilo que foge da chamada ordinarização do processo civil.[16]

Neste diapasão, pode-se conceituar tutela inibitória como uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada com caráter preventivo para salvaguardar lesões advindas de ato ilícito futuro.

O instituto jurídico em referência tem previsão legal incursa no artigo 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que estabelece:

> *Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.*
>
> *Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.*

A tutela inibitória tem o objetivo de obstar a prática de ato ilícito (artigos 186 e 927 do Código Civil), ou coibir sua reiteração ou continuação, sendo dispensável a demonstração do dano efetivo — eis que a inibição se projeta para fato futuro — ou ainda a existência de dolo ou culpa.

Assim, os requisitos essenciais à concessão da tutela inibitória seriam: [***i***] a ameaça objetiva, concreta e real; [***ii***] ato contrário ao ordenamento jurídico, podendo inclusive ser concedida antecipadamente, nos termos do artigo 300, § 2º, do Código de Processo[17], quando presente o *periculum in mora;* [***iii***] imposição de uma obrigação de fazer e/ou imposição de uma obrigação de não fazer; [***iv***] dispensa do elemento subjetivo da conduta volitiva (dolo ou culpa), eis que não há ainda o dano, pois a inibição se projeta para o futuro, como dito.

4.2. Distinção entre dano e ilícito

Superada a questão subjacente ao conceito e requisitos da tutela inibitória, esclarece-se agora de maneira breve e pontual que ela tem como fundamento impedir a prática, a reiteração ou a continuação de determinado comportamento

configurado como ato ilícito, impondo como consequência uma abstenção, um não-fazer, em oposição àquelas tutelas de caráter cominatório e de remoção de ilícito.

Não se pode perder de vista que a tutela inibitória em referência se reporta tanto para obrigações de fazer como às de não fazer.

Em ambas as obrigações, fazer e não fazer, para fins de efetividade da medida imposta, há possibilidade de cominação de *astreintes*, tanto para que o indivíduo deixe de fazer ou faça a determinação judicial contida na tutela exarada.

Doravante, em específico às obrigações de não fazer, diante da problemática trazida à baila, que se refere à possibilidade de inibição de veiculação de material midiático ou divulgação de notícias, o mais comum seria a incidência do instituto da inibição, atribuindo-se uma obrigação de não fazer, assim.

> *A tutela inibitória é uma técnica especial e refinada cujo escopo é impedir a prática do ilícito ou, se este já foi praticado, obstar a sua continuidade.*
>
> *Ao contrário da tutela ressarcitória, que se refere ao passado – o autor vai a juízo para pleitear indenização por dano já consumado – a tutela inibitória volta-se ao futuro uma vez que se reveste de caráter preventivo.*
>
> *A Constituição dispõe, no artigo 5º, inciso XXXV, que 'a lei não excluíra da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'.*
>
> *Seria suficiente pois, essa norma para que se admitisse a tutela inibitória, mas o legislador processual se preocupou em contemplá-la expressamente, ainda que fora da sede própria (CPC, artigo 497, parágrafo único).*
>
> *Ao contrário do que muitos supõem, porém, a tutela não é uma novidade ou, antes, é uma 'antiga novidade'. Sua admissibilidade ressaltava clara, por exemplo, do interdito proibitório disciplinado no CPC revogado.**[18]***

Neste contexto, muito importante distinguir dano de ilícito, eis que para a tutela inibitória dispensa-se a ocorrência do dano, fazendo-se necessário apenas o ilícito.

O artigo 186 do Código Civil prescreve 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.".

Imprescindível mencionar o equívoco contido no artigo 186 do Código Civil em que conjunta, levando a erro o intérprete acerca da necessidade de violação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

direito e existência de dano [requisito cumulativo para as ações reparatórias], sendo que a ocorrência do dano é prescindível nas tutelas inibitórias.

Logo, o dano se refere sempre a prejuízo, necessária a comprovação e indispensável nas tutelas reparatórias, ao passo que, imprescindível, nas tutelas inibitórias a presença apenas do ilícito, que pode ser conceituado como uma ação ou omissão que se coloca em oposição ao ordenamento jurídico.

Ademais disso, a tutela inibitória é instrumento extremamente eficaz para prevenir situações em que se faz presente a inviabilidade de reparação de eventuais danos futuros, como por exemplo, em casos de violação de direito inerentes ao meio ambiente, direito do consumidor para retirada de produtos perigosos do mercado antes do seu consumo efetivo, demandas relacionadas à saúde pública, em especial, envolvendo medicamentos perigosos, direito de vizinhança e urbanístico envolvendo riscos nos casos de construção e demolição.

Paula Saleh Arbs, em sua dissertação de mestrado, realiza oportuna diferenciação entre dano e ilícito, a saber:

> *[...] A ocorrência de mero ilícito, sem danos decorrentes, não comportaria prestação processual, haja vista que a mera ilicitude civil seria pautada por irrelevância. Esse pensamento que vigeu por um bom tempo, ignorou a possibilidade de diferenciar a tutela do dano (reparatória) e a tutela do ilícito (preventiva ou inibitória).*
>
> *Devemos entender por ilícito, segundo uma visão apresentada por Kelsen, como sendo o descumprimento do dever jurídico. Ao descumpri-lo (violar a norma hipotética), ocorre a ilicitude que, para Kelsen, deve gerar uma sanção por meio da imputação.*
>
> *Da prática do ato ilícito, seja penal ou civil, costuma ocorrer algum dano jurídico, que implica uma tutela. É incorreto, porém, para a ciência processual moderna, fazer uma vinculação absoluta entre dano e ilícito, pois se caminha na atualidade para identificar a possibilidade de que exista também a tutela especificamente contra o ato ilícito, sem questionamento acerca da ocorrência ou não do dano.**[19]***

Devemos dissociar o equívoco contido na norma do artigo 186 do Código Civil[20], pois leva a entender a necessidade de existência de dano, ao preceituar a aparente necessidade de que haja violação a direito e dano a outrem, sendo, entretanto, distintos os institutos do dano e do ilícito. É que se faz imprescindível a presença do dano apenas nas tutelas ressarcitórias, pois "[...] A noção de ilícito, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

esse fim, independe da produção de efeitos danosos e compreende tanto hipóteses de ilícito não danoso già in atto como situações de ilícito futuro. *"**[21]***

Neste contexto, a publicação de *fakenews* subsuma-se ao conceito ato ilícito, eis que além de violar direitos da personalidade como ter acesso a informação verdadeira, as *fakenews* atingem direitos difuso e coletivos, pois integram um sistema de colaboração que veiculam inverdades pela internet, e, essa colaboração tem consequências consideráveis no plano geopolítico, e já modificou os contornos do ciberespaço, pelo desenvolvimento de uma cadeia global de pessoas capazes de conduzir operações de desinformação de um canto a outro do planeta. Além do mais, gera relações e trocas de experiências que permitem aos nacional-populistas replicar, por diversos países, os modelos de campanhas mais eficazes, e mecanismos de dominação[22].

Assim, delineada está a distinção entre dano, compreendido como prejuízo efetivo diante da alteração da realidade fática; e, ilícito, que dispensa os requisitos subjetivos de dolo e culpa, bem como alteração da realidade fática, uma vez que se estaria diante da prevenção do dano futuro por violação a uma norma contida no ordenamento jurídico.[23]

4.3. A indesejada consolidação do prejuízo

Superada a distinção acima tecida quanto aos conceitos de dano e ilícito, abordar-se-á aqui a necessidade de concessão de tutela inibitória emergencial com o objetivo de evitar que um dado comportamento que possa causar dano, diante da natureza preventiva da tutela inibitória a imprescindibilidade da incidência da norma contida no artigo 300, §2º do Código de Processo Civil.

Assim, preenchidos os requisitos gerais: [***i***] *periculum in mora* e [***ii***] *fumus boni iuris*, necessários para a concessão da tutela de urgência, a tutela inibitória deve ser concedida liminarmente, para fins da efetiva prevenção do ilícito.

Tal figura é comumente utilizada no Direito Tributário em que:

> *O provimento judicial, que se identifica, erroneamente, com a "liminar" do inc. IV do art. 151 do CTN (LGL\1966\26), tem inegável natureza jurídica de* tutela jurisdicional, mandamental-inibitória, com eficácia cautelar de prevenção do ilícito tributário.
>
> *O poder geral de cautela do juiz confere-lhe poderes estatais, que autorizam a* editar provimentos mandamentais-inibitórios *(ordenando um non facere ao agente fiscal), a requerimento da parte interessada,*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *prevenindo, impedindo a continuação ou mesmo a repetição do ilícito tributário, a ponto de livrar o contribuinte da situação danosa do solve et repete, agravada pela imoralidade dos precatórios judiciais, nas ações de repetição do indébito tributário.*
>
> *Nessa inteligência, a concessão da tutela mandamental-inibitória será cabível, uma vez preenchidos os pressupostos legais, em qualquer tipo de processo ou ação judicial, em que se busque prevenir, de pronto, a prática danosa do ilícito tributário.**[24]***

Diante da projeção da tutela inibitória para o futuro, para evitar a consecução de conduta violadora da norma jurídica, ou seja, ilícita, ou diminuição dos danos diante de uma conduta reiterada, a utilização da tutela de urgência é mecanismo compatível e associado à natureza jurídica da tutela inibitória, podendo ser, sim, utilizada, para assegurar o exercício livre do direito de imprensa, garantindo à coletividade o direito de informação, como para combater a disseminação de *fakenews*.

5. A tutela inibitória sobre o jornalismo na Internet

Quando abordamos a temática do jornalismo seja ele veiculado pela Internet seja pelas mídias tradicionais como a imprensa escrita, televisiva ou radiofônica, não podemos nos esquecer que a liberdade de imprensa constitui direito fundamental do indivíduo, que sempre deve ser exercido independentemente de censura.

Salientando, mais uma vez que, o conceito de imprensa como sendo os meios ou os veículos de comunicação – editorais e emissoras, idôneos compostos por fontes seguras, devidamente verificadas e comprovadas, profissionais como formação na área de jornalismo ou formação nas áreas da ciência ou do conhecimento em que são veiculadas às matérias, estudos técnicos, de fronte à perspectiva histórica, social e cultural, com o escopo de democratização da informação ao público em geral, atingindo sua finalidade precípua que é o exercício da cidadania.

De contraponto, a tutela inibitória é instituto processual que visa à efetividade da concretude e eficácia tutela para retirada de um ilícito e as consequências nefastas dos seus efeitos, prescindível de dano e elemento subjetivo (dolo e culpa) para sua concessão, na medida em que busca a proteção do ordenamento jurídico diante da consecução de um ilícito por meio de uma conduta ou um conjunto de condutas.

Seria viável a ampla utilização da tutela inibitória para impedir a veiculação de informações, inclusive na Internet?

Parece-nos que a resposta afirmativa não seria a melhor posição a ser adotada, principalmente em uma análise sistêmica de todos os princípios constitucionais envolvendo a temática exposta.

Ávila[25] afirma que o princípio dá a direção, fundamentando axiologicamente a decisão jurisdicional, e deve ser sempre analisado em conjunto com outros princípios, dando aos mesmos uma dimensão de peso durante conflitos na qual um se sobrepõe na medida necessária do caso concreto sem que o outro seja anulado. Já a regra, tendo sua hipótese de incidência preenchida, é válida ou não. Duas regras não podem ser pesadas em um conflito entre ambas: uma deve prevalecer enquanto a outra é considerada inválida. Ou seja, a distinção está posta no modo de aplicação e no relacionamento entre as espécies normativas.[26]

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II, estabelece que ninguém será obrigado a fazer algo ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, sendo assim, no que se refere à liberdade de imprensa, se vislumbra a incidência da tutela inibitória diante da sua peculiaridade natureza, como já exposto, para fins de proteção ao direito de imprensa dentro dos conceitos trazidos à baila inicialmente, e nunca para impedir a veiculação da informação.

Entretanto, por outro lado, nada impede o seu manuseio para salvaguardar o direito à informação para coibir a violação de normas jurídicas que afrontem o direito de imprensa e liberdade do pensamento manifestado pelo jornalismo na Internet, sem prejuízo, de havendo abusos cometidos pela imprensa que deem ensejo à violação de outros direitos, como o manuseio de tutelas reparatórias pertinentes diante do caso concreto, inclusive com possibilidade de reparação de danos materiais e morais, ou mesmo, outra tutela específica, como direito de resposta em meios de comunicações equivalentes, veiculadas em horários e públicos análogos.

5.1. Intervenção na atividade da Imprensa como *ultima ratio*

Considerando os períodos de censura impostos ao jornalismo em tempos passados e mesmo recentes, que a Constituição veda de maneira categórica qualquer restrição ao direito de imprensa e informação, bem como a enorme relevância das liberdades informativas ao desenvolvimento social, tudo objeto dos itens anteriores, aqui se buscará evidenciar que qualquer interferência na atividade jornalística, inclusive no mundo virtual, é medida absolutamente excepcional, notadamente quando se exija, com uma tutela inibitória, que determinado órgão da imprensa não divulgue algo. Os prejuízos, na verdade, invariavelmente serão muito maiores em não ter a informação veiculada do que publicação desta, até porque não se sabe de antemão o que será publicado e mesmo se será publicado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No que se refere ao direito de informação, como corolário do Estado Democrático de Direito, incompatível a utilização da tutela inibitória para impossibilitar a veiculação de notícias com o objetivo de disseminar a cultura, o conhecimento, e o exercício da cidadania à população em geral, entretanto, como observado, de todo viável e possível a sua utilização para efetivação do direito de informação por meio do jornalismo, seja na internet seja por meios outros, para obstar o acometimento de condutas ilícitas violadoras das normas constitucionais previstas nos artigos 5º, incisos IX e XIV, 220, todos da Constituição Federal.

Assim, o caráter excepcionalíssimo quanto a utilização da tutela inibitória no que se refere ao jornalismo na Internet é medida que se impõe, diante dos bens jurídicos aqui tutelados, salienta-se que não há violação da norma contida no artigo 5º inciso XXXV da Constituição, eis que há outras tutela para se salvaguardar eventuais direitos violados, nos termos do artigo 5°, inciso V, da própria Carta Constitucional, bem como dos artigos 186 e 927 do Código Civil, como a utilização da tutela reparatória, com possibilidade de reparação de danos materiais e morais, tutela específica imponto uma obrigação de fazer pertinente para o caso concreto, como direito de resposta em meios de comunicações equivalentes, veiculadas em horários e públicos análogos, como já mencionado anteriormente.

5.2. A necessidade de circulação das notícias independentemente de censura.

É o que a Constituição preceitua de maneira expressa, e a tutela inibitória em tese contraria esse espírito. Ademais, com o imediatismo da Internet e o anseio social a que as informações relevantes cheguem aos seus destinatários o quanto antes, a inibição de certa publicação pode esvaziar completamente o interesse jornalístico com o ajuizamento de medida que obste certa informação de circular, causando ao órgão de imprensa prejuízo irreparável.

Devemos pontuar de forma bem pertinente que deve haver a subsunção dos meios de comunicação à proteção constitucional, pois, há necessidade de exercício da hermenêutica jurídica e interpretação teleológica para que o direito fundamental à contento promova a informação, e nunca a desinformação.

Logo devemos entender por imprensa os meios ou os veículos de comunicação – editorais e emissoras, idôneos compostos por fontes seguras, devidamente verificadas e comprovadas, profissionais como formação na área de jornalismo ou formação nas áreas da ciência ou do conhecimento em que são veiculadas às matérias, estudos técnicos, de fronte à perspectiva histórica, social e cultural, com o escopo de democratização da informação ao público em geral, atingindo sua finalidade precípua que nada mais é que o efetivo exercício da cidadania.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5.3 As "*fake News*" e a tutela inibitória e a pandemia pela COVID-19 - Coronavírus.

Por fim, superada todas as questões propostas envolvendo tanto o direito material quanto ao direito processual, se passe a análise sobre as *fake news* e sua relação com a tutela inibitória.

Em tese uma *fake news* não pode ser considerada material jornalístico merecedor da mesma tutela outorgada ao noticiário verídico e de interesse público, assim, excepcionalmente, não havendo a subsunção ao conceito de imprensa, a ainda, tratando-se de desinformação que propague o ódio, a intolerância, o medo, perigos sanitários que coloque a coletividade em riso, não só há possibilidade de manuseio da tutela inibitória, como a retirada unilateral da falsa notícia pelos responsáveis pelas redes sociais ali utilizadas, uma vez que os prejuízos poderão ser irreparáveis e avassaladores diante da pulverização mundial de tais falsas notícias, ensejando danos concretos de perigo em que não se poderá delimitar o alcance.

Por outro viés, não se pode perder de vista da proteção constitucional ao direito de imprensa, formalmente conceituado, e a utilização de forma extremamente excepcional, para que não se possibilite qualquer tipo de censura à informação.

Um sopesamento deve ser efetuado, eis que se faça possível o exame dos impactos que o eventual deferimento de tutelas inibitórias ocasionaria à violação à liberdade de informação, quando nos referimos ao conceito de imprensa já exposto, e não às informações disseminadas por pessoas más intencionadas, que muitas vezes se utilizam até de perfis falsos, utilização de robôs para disseminação de notícias falsas, que fomentam uma bipolaridade social, o ódio, a intolerância e o preconceito.

Hodiernamente, *twitts* e postagens no *Facebook* de dois chefes de Estados foram liminarmente excluídas pelos responsáveis das Redes Sociais envolvidas, pois atentavam às políticas previamente estabelecidas, por fomentarem a desinformação, a disseminação do ódio, da intolerância, do medo, e perigos sanitários não só colocando à população mundial em risco; como, acarretando danos irreparáveis à saúde coletiva e à economia.

Não suficiente, membros de governo disseminam notícias falsas (*fake news*), com conteúdo preconceituoso e discriminatório vindo até mesmo a abalar relações diplomáticas entre outros países, como dito a contento, abusando dos exercícios da livre expressão do pensamento, e, principalmente acreditando erroneamente na impunidade nos meios e nos veículos de comunicações existentes na rede mundial de computadores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Hoje o mundo se curva diante de um inimigo invisível, o qual se reúnem esforços mundiais para o combate, contudo no Brasil, que além de uma crise sanitária, vivemos uma intensa crise política, cujo um dos pilares vem sendo a disseminação da desinformação, o contágio se espalha avassaladoramente, liderando hoje o Brasil, em primeiro lugar, o ranking de contaminados mundialmente.

Como consequência do imediatismo e da enorme facilidade de circulação de desinformações, a *web* gerou ainda constante e crescente exigência pela velocidade do envio e recebimento das notícias, inclusive com indicações de medicamentos sem comprovação de eficácia no tratamento da COVID-19, levando a população em geral a um comportamento pouco indicado no auge da contaminação nacional por coronavírus.

Neste contexto em particular, no papel de transmissão das informações falsas trouxe inúmeros prejuízos à coletividade, de ordem irreparável, colocando em risco a vida de um número indeterminado de pessoas, agravando problemas que atualmente enfrentados nacionalmente e internacionalmente, eis que a desinformação influência no pensamento da coletividade diante das falsas notícias (*fake news*) veiculadas acerca da Pandemia por COVID-19 – Coronavírus, contrariando inclusive orientações da Organização Mundial de Saúde – OMS; e orientações do próprio Ministério da Saúde e especialistas sobre o assunto.

6. Conclusão

Diante da exposição axiológica, dogmática e ontológica, segue abaixo as conclusões aferidas pela pesquisa perpetrada.

Há necessidade de um corte axiológico e conceitual para delimitar o conceito de imprensa como sendo os meios ou os veículos de comunicação – editorais e emissoras, idôneos compostos por fontes seguras, devidamente verificadas e comprovadas, profissionais como formação na área de jornalismo ou formação nas áreas da ciência ou do conhecimento em que são veiculadas às matérias, estudos técnicos, de fronte à perspectiva histórica, social e cultural, com o escopo de democratização da informação ao público em geral, atingindo sua finalidade precípua que é o exercício da cidadania.

Dentro deste conceito se faz necessária a defesa da excepcionalidade da utilização da tutela inibitória com o escopo de impedir a veiculação do jornalismo na Internet em virtude da existe de possibilidade concreta de tais atos judiciais configurarem censura prévia, eis que a tutela inibitória é tutela diferenciada em que se dispensa o dano efetivo diante da sua projeção para o futuro, e ausência de elemento subjetivo – dolo e culpa.

Por outro lado, os tempos atuais trazem novas problemáticas como a veiculação de *fakenews* que veiculam a desinformação à coletividade, podendo configurar danos irreparáveis e imensuráveis diante da velocidade na transmissão de dados por pessoas má intencionadas, ou sem qualquer qualificação técnica ou formação jornalística sobre o assunto relevante à toda coletividade, ou ainda, compartilhando matérias em que inexiste fontes seguras e veiculadas por meios de comunicação inidôneos e, por vezes, inexistentes, levando a coletividade à erro.

Ainda nesta viés devem ser considerada a possibilidade de conteúdos veiculados que fomentam a bipolaridade social, o ódio, a intolerância, o preconceito, o medo e perigo geral de ordem sanitária, neste contexto e no exposto acima há possibilidade não só eventual deferimento de tutelas inibitórias sem a violação de pseudo à liberdade de informação, não só a utilização de medidas jurisdicionais, dentre elas, o manuseio da tutela inibitória a depender do caso concreto, como também medidas extrajudiciais unilaterais e liminares pelas empresas responsáveis pela rede social envolvida da retirada de tais postagens ou *twitts*.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 5. ed. rev., atualizada e comentada de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

ARBS, Paula Saleh. **A importância da ação inibitória dos direitos.** Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARRUDA ALVIM, Manoel. **Manual de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

_____; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

ARRUDA ALVIM, Agostinho de. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Noções introdutórias** – Tensão entre estabilidade e evolução – O que cabe à lei? O que cabe à jurisprudência – Ambientes decisionais. In: _____ (coord.). Direito jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____ e DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 3a. Edição. São Paulo: Ed. RT, 2016.

_____ et alii (coord.). **Reforma do Judiciário:** primeiros ensaios críticos sobre a EC no 45/2004. São Paulo: Ed. RT, 2005.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

_____. **Manual de recursos**. 2a Edição. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. **Manual do Recursos**. 8a Edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BURKE, Peter. **A escrita da história**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Edusp, 2004

EMPOLI, **Giuliano da. Os Engenheiros do Caos**. São Paulo: Vestígio, 2019. Tradução Arnaldo Bloch.

FAVA, Gustavo Crestani. **Tutela inibitória no direito ambiental**: Considerações sobre o perigo de ilícito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 79, n. 79, p.191-218, Não é um mês valido! 2015. Mensal. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016d89797d49ca56bedb&docguid=I01c8ee6073d211e5af3c010000000000&hitguid=I01c8ee6073d211e5af3c010000000000&spos=2&epos=2&td=36&context=150&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2015.13245-n30>. Acesso em: 1 out. 2019.

FRIGNANI, Aldo. **L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie:** (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista). Rivista di Diritto Processuale. 52. ed. Padova: Cedam, 1997. (Seconda Serie)

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Política.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 287 p.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil: De acordo com o novo CPC**. 5. ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016.

_____. **Tutela provisória:** tutela antecipada; tutela cautelar; tutela da evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 413 p.

_____. **Tutela Inibitória:** Individual e Coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Sérgio. **Mídia controlada: a história da censura no Brasil e no mundo**. São Paulo: Paulus, 2005.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Francisco de Assis Serrano. **Direito de imprensa**. São Paulo: José Bushatsky

Editor, 1977.

OLIVEIRA, João Gualberto de. **A liberdade de imprensa no Brasil e na Suécia**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Expansão Comercial Ltda., 1956.

PORTO, Cristiane Magalhães, org. **Difusão e cultura científica: alguns recortes** [online]. Salvador: EDUFBA, 2009.

PRUDENTE, Antônio Souza. **Tutela Mandamental - Inibitória em matéria Tributária à luz do Código de Defesa do Contribuinte.** Revista dos Tribunais: Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 33, n. 2000431, p.89-94, jul. 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Disponível em: Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016d8>. Acesso em: 01 out. 2019.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria.** Pádova: Cedam, 1987.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a Economia Política e Do Contrato Social.** Petrópolis: Vozes, 1995. 214 p.

_____. **Do Contrato Social e Ensaio Sobre a Origem das Línguas.** São Paulo: Nova Cultura, 1997. 336 p. (Pensadores).

_____. **O Contrato Social e outros escritos.** São Paulo: Editora Cultrix, 2005. 235 p.

SILVA, Bruno Campos. **Sistematização da tutela inibitória e o Código de Processo Civil.** 2018. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Processo Civil, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SOARES, Orlando. **Direito de comunicação**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: José Konfino Editor,1975.

NOTAS:

[1] BURKE, Peter. **A escrita da história**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Edusp, 2004.

[2] PORTO, Cristiane Magalhães, org. **Difusão e cultura científica: alguns recortes** [online]. Salvador: EDUFBA, 2009; p. 217.

[3] No mesmo sentido: PORTO, Cristiane Magalhães, org. **Difusão e cultura científica: alguns recortes** [online]. Salvador: EDUFBA, 2009; p. 207 – 210.

O jornalismo científico on-line e sua função política moderadora: estudo no site comciencia; pp. 207-210.

228. ISBN 978-85-2320-912-4. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>.

[4] EMPOLI, Giuliano da. **Os Engenheiros do Caos**. São Paulo: Vestígio, 2019. Tradução Arnaldo Bloch; p. 171/172.

[5] PORTO, Cristiane Magalhães, org. **Difusão e cultura científica: alguns recortes** [online]. Salvador: EDUFBA, 2009; p. 217.

[6] MATTOS, Sérgio. **Mídia controlada: a história da censura no Brasil e no mun**do. São Paulo: Paulus, 2005, págs. 46 e seguintes.

[7] STF, ADPF n° 130/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009, v. m.

[8] Ibidem

[9] LOPES, João Batista. **Tutela Inibitória.** Disponível em 1.10.2019 sítio: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/164/edicao-1/tutela-inibitoria

[10] LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil: De acordo com o novo CPC.** 5. ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016; p. 96.

[11] RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria.** Pádova: Cedam, 1987; p. 78.

[12] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; p. 210.

[13] SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

[14] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; p. 211.

[15] FAVA, Gustavo Crestani. **Tutela inibitória no direito ambiental**: Considerações sobre o perigo de ilícito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 79, n. 79, p.191-218, Não é um mês valido! 2015. Mensal. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016d89797d49ca56bedb&docguid=I01c8ee6073d211e5af3c010000000000&hitguid=I01c8ee6073d211e5af3c010000000000&spos=2&epos=2&td=36&context=150&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2015.13245-n30>. Acesso em: 1 out. 2019.

[16] LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil: De acordo com o novo CPC.** 5. ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016; p. 93.

[17] Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

§ 1 o Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

[18] LOPES, João Batista. **Tutela provisória:** tutela antecipada; tutela cautelar; tutela da evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018; p. 86-87.

[19] ARBS, Paula Saleh. **A importância da ação inibitória dos direitos.** Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015; p. 44.

[20] Neste sentido. SILVA, Bruno Campos. **Sistematização da tutela inibitória e o Código de Processo Civil.** 2018. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Processo Civil, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; p. 42.

[21] LOPES, João Batista. **Tutela provisória:** tutela antecipada; tutela cautelar; tutela da evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018; p. 90.

[22] EMPOLI, Giuliano da. **Os Engenheiros do Caos**. São Paulo: Vestígio, 2019. Tradução Arnaldo Bloch; p. 411.

[23] FRIGNANI, Aldo. **L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie:** (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista). Rivista di Diritto Processuale. 52. ed. Padova: Cedam, 1997. (Seconda Serie); p. 999-1000.

[24] PRUDENTE, Antônio Souza. **Tutela Mandamental - Inibitória em matéria Tributária à luz do Código de Defesa do Contribuinte.** Revista dos Tribunais: Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 33, n. 2000431, p.89-94, jul. 2000.

Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016d8>. Acesso em: 01 out. 2019.

[25] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

[26] Normas, para esta pesquisa, são os *sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos*. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*... cit., p. 22.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO COMPORTAMENTO INADEQUADO DE AGENTES PÚBLICOS E PRIVADOS EM ATOS PROCESSUAIS VIRTUAIS

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).

1. Introdução

Desde o início da pandemia decorrente do coronavírus (COVID19), no primeiro trimestre de 2020, a ausência de vacina ou medicamento comprovadamente eficaz contra a doença resultou em mudanças sociais abruptas, porém necessárias à própria sobrevivência humana.

Nesse cenário, o isolamento social se impôs como medida urgente visando à contenção do aumento do número de contaminados, bem como ao aparelhamento dos sistemas de saúde, tanto públicos quanto privados.

Escritórios jurídicos, fóruns e órgãos públicos em geral foram provisoriamente fechados. E com esta nova realidade o serviço público precisou se adaptar ao modelo possível que garantisse, minimamente, a continuidade das ações da Administração Pública, nessa acepção entendidas as funções executivas, legislativas e judiciárias.

A par disso, ganhou alto relevo a possibilidade de realização de atos processuais virtuais, mais especificamente por áudio e vídeo. É o caso, por exemplo, de audiências, sessões de julgamento, deliberações parlamentares e reuniões mediante aplicativos e sistemas diversos, como Skype, WhatsApp, Facetime, Facebook Messenger, Instagram, Zoom, Microsoft Teams, Google Hangouts, entre outros fornecidos pela própria Administração Pública.

Ocorre, todavia, que esta realidade virtual, embora incipiente antes da pandemia, passou a se impor como regra em diversas searas dos serviços públicos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em especial pela ausência de um prazo exato do retorno à ordem natural das coisas. E, nessa perspectiva, os agentes públicos e privados precisaram se ajustar ao novel modelo de trabalho virtualizado.

No geral, o que tem se observado é uma adaptabilidade positiva no âmbito da Administração Pública quanto a esta virtualização, em que pese ausente um prévio e detido estudo sobre os protocolos de sua implantação. Apesar, também, da falta de uma formação específica (treinamento) dos agentes públicos e privados no tocante a estas ferramentas de índole tecnológica.

Excepcionalmente, porém, tem sido possível identificar, inclusive através dos meios de comunicação e das redes sociais, o registro de comportamentos tidos como inadequados por alguns destes profissionais no uso cotidiano dos aplicativos e sistemas de áudio e vídeo.

A título de exemplo, já foram registrados, durante sessões de julgamentos, relatos de magistrados sem toga e terno ou mesmo utilizando apenas camisa esportiva modelo polo. Outro julgador apareceu sem camisa, com o corpo totalmente descoberto. Flatulências de membro do Ministério Público restaram ouvidas em áudio. Cachorros latindo e passarinhos cantando em sustentação oral de advogado. Crianças chorando e ingressando no ato processual. Música ambiente em alto volume. Televisores ligados. Refeições em meio a falas. Consumo de bebidas alcoólicas. Conversas paralelas com risos e gritarias. Discussões familiares. Espirros. Gargarejos. Cuspidas. E até palavras de baixo calão com críticas contundentes que, indubitavelmente, não seriam proferidas se quem as disse soubesse estar sendo ouvido por terceiros.

Este mesmo cenário se verifica em audiências, deliberações parlamentares e reuniões, como se observa em áudios, vídeos e notícias disponíveis na internet em tom de crítica, cobrança ou apenas jocoso em relação aos envolvidos na situação narrada, com reflexos negativos à autoestima dos profissionais e à sua imagem; bem como dos eventuais órgãos públicos ou instituições privadas de onde são originários, neste último caso, vale ressaltar, com patentes danos à imagem da pessoa jurídica.

É bem verdade que essas manifestações corriqueiras da vida privada são, em princípio, comuns quando analisadas enquanto atos estritamente pessoais. Não há qualquer anormalidade em cachorros latindo numa residência ou crianças chorando ao pedir maior atenção dos pais.

Trata-se de uma realidade. A vida traz esses momentos, emoções e desafios que fazem parte do convívio familiar e social. Essa é a beleza do viver. Dizer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o inverso é, sem sombra de dúvidas, hipocrisia, mascaramento, fingimento, dissimulação, camuflagem e aparência enganadora.

No entanto, a questão que se põe em discussão sob a ótica jurídica é a consequência que poderá decorrer destas condutas dos agentes públicos e privados, vale dizer, sobre o limite entre o binômio *desídia no exercício de seu trabalho versus apego descabido a formalismos imotivados*. Bem como qual seria o papel da Administração Pública e da sociedade em geral nesse contexto, inclusive da COVID19, conforme adiante se propõe refletir.

2. O princípio da moralidade administrativa como balizador de condutas adequadas dos agentes públicos e privados

A Constituição Federal de 1988 possui entre os princípios norteadores da atividade administrativa o da moralidade, insculpido nos seguintes termos:

> 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:

A acepção de moralidade administrativa possui desdobramentos de alta significação para o sistema jurídico, conclusões estas extraídas a partir das reflexões procedidas pela doutrina de Juarez Freitas:

> No tangente ao princípio da moralidade, por mais que tentem assimila-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com todos os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas consequências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretendeu conferir autonomia jurídica ao princípio da moralidade, o qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência.
>
> De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado. O "outro", aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.
>
> Como princípio autônomo e de valia tendente ao crescimento, colabora, ao mesmo tempo, para reforço dos demais e para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Ética, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade, notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceituação do sistema jurídico na ciência contemporânea.[1]

Sob a mesma toada, Hely Lopes Meirelles resumindo as lições de Maurice Hauriou – um dos expoentes da teoria da moralidade administrativa – assim acentuou:

> A moralidade administrativa constitui hoje em dia pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.
>
> (....)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.[2]

Nessa ordem de ideias não existem dúvidas quanto à exigência constitucional da aferição de comportamentos adequados na seara da Administração Pública, seja por agentes públicos, seja por particulares que com ela estabeleçam relações jurídicas. E essa percepção se justifica, entre outros motivos, pelo elemento ético de conduta a ser analisado sob diversos aspectos como a legalidade, conveniência e oportunidade. É a conduta do tratar a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, onde este outro é a Administração Pública e a própria sociedade.

3. O exemplificativo arcabouço normativo regulamentador de comportamentos adequados de agentes públicos e privados

Ainda numa ambientação da discussão ora proposta, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº 35/1979 – estipula que:

> Art. 35 - São deveres do magistrado:
>
> I - cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;
>
> IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.
>
> VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Sob a mesma toada, o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – Lei Federal nº 8.112/1990 – também prescreve o seguinte:

> Art. 116. São deveres do servidor:
>
> I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
>
> II - ser leal às instituições a que servir;
>
> III - observar as normas legais e regulamentares;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> V - atender com presteza:
>
> IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
>
> XI - tratar com urbanidade as pessoas;
>
> Art. 117. Ao servidor é proibido:
>
> V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;
>
> XV - proceder de forma desidiosa;
>
> Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.
>
> Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.
>
> Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.
>
> Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Lado outro, no âmbito da Advocacia Geral da União (AGU) a sua Lei Orgânica – Lei Complementar nº 73/1993 – assim fora editada ao vincular os seus membros ao disposto na Lei Federal nº 8.112/1990 alhures citada:

> Art. 27. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União têm os deveres previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sujeitando-se ainda às proibições e impedimentos estabelecidos nesta lei complementar.

Igualmente, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei Federal nº 8.625/1993 – prescreve o seguinte, sem embargo desta legislação federal também dispor sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados:

> Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> X - usar as vestes talares e as insígnias privativas do Ministério Público;
>
> Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:
>
> I - manter ilibada conduta pública e particular;
>
> II - zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções;
>
> VI - desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções;
>
> IX - tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça;

Na mesma perspectiva, a Lei Complementar nº 80/1994 que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, assim dispõe:

> Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:
>
> IV - usar vestes talares e as insígnias privativas da Defensoria Pública;
>
> Art. 45. São deveres dos membros da Defensoria Pública da União:
>
> II - desempenhar, com zelo e presteza, os serviços a seu cargo;
>
> Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado:
>
> II - requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão;
>
> Art. 50. Constituem infrações disciplinares, além de outras definidas em lei complementar, a violação dos deveres funcionais e vedações contidas nesta Lei Complementar, bem como a prática de crime contra a Administração Pública ou ato de improbidade administrativa.
>
> Art. 89. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> IV - usar vestes talares e as insígnias privativas da Defensoria Pública;
>
> Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:
>
> IV - usar vestes talares e as insígnias privativas da Defensoria Pública;

Em consonância com essa realidade normativa o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal – Decreto Federal nº 1.171/1994 previu uma série de exigências, entre as quais se pontuam:

> I - A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos.
>
> II - O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4°, da Constituição Federal.
>
> III - A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.
>
> IV- A remuneração do servidor público é custeada pelos tributos pagos direta ou indiretamente por todos, até por ele próprio, e por isso se exige, como contrapartida, que a moralidade administrativa se integre no Direito, como elemento indissociável de sua aplicação e de sua finalidade, erigindo-se, como consequência, em fator de legalidade.
>
> V - O trabalho desenvolvido pelo servidor público perante a comunidade deve ser entendido como acréscimo ao seu próprio bem-estar, já que, como cidadão, integrante da sociedade, o êxito desse trabalho pode ser considerado como seu maior patrimônio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

VI - A função pública deve ser tida como exercício profissional e, portanto, se integra na vida particular de cada servidor público. Assim, os fatos e atos verificados na conduta do dia-a-dia em sua vida privada poderão acrescer ou diminuir o seu bom conceito na vida funcional.

VII - Salvo os casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior do Estado e da Administração Pública, a serem preservados em processo previamente declarado sigiloso, nos termos da lei, a publicidade de qualquer ato administrativo constitui requisito de eficácia e moralidade, ensejando sua omissão comprometimento ético contra o bem comum, imputável a quem a negar.

XI - O servidor deve prestar toda a sua atenção às ordens legais de seus superiores, velando atentamente por seu cumprimento, e, assim, evitando a conduta negligente. Os repetidos erros, o descaso e o acúmulo de desvios tornam-se, às vezes, difíceis de corrigir e caracterizam até mesmo imprudência no desempenho da função pública.

XIII - O servidor que trabalha em harmonia com a estrutura organizacional, respeitando seus colegas e cada concidadão, colabora e de todos pode receber colaboração, pois sua atividade pública é a grande oportunidade para o crescimento e o engrandecimento da Nação.

XIV - São deveres fundamentais do servidor público:

c) ser probo, reto, leal e justo, demonstrando toda a integridade do seu caráter, escolhendo sempre, quando estiver diante de duas opções, a melhor e a mais vantajosa para o bem comum;

e) tratar cuidadosamente os usuários dos serviços aperfeiçoando o processo de comunicação e contato com o público;

f) ter consciência de que seu trabalho é regido por princípios éticos que se materializam na adequada prestação dos serviços públicos;

g) ser cortês, ter urbanidade, disponibilidade e atenção, respeitando a capacidade e as limitações individuais de todos os usuários do serviço público, sem qualquer espécie de preconceito ou distinção

de raça, sexo, nacionalidade, cor, idade, religião, cunho político e posição social, abstendo-se, dessa forma, de causar-lhes dano moral;

n) manter limpo e em perfeita ordem o local de trabalho, seguindo os métodos mais adequados à sua organização e distribuição;

p) apresentar-se ao trabalho com vestimentas adequadas ao exercício da função;

q) manter-se atualizado com as instruções, as normas de serviço e a legislação pertinentes ao órgão onde exerce suas funções;

r) cumprir, de acordo com as normas do serviço e as instruções superiores, as tarefas de seu cargo ou função, tanto quanto possível, com critério, segurança e rapidez, mantendo tudo sempre em boa ordem.

t) exercer com estrita moderação as prerrogativas funcionais que lhe sejam atribuídas, abstendo-se de fazê-lo contrariamente aos legítimos interesses dos usuários do serviço público e dos jurisdicionados administrativos;

u) abster-se, de forma absoluta, de exercer sua função, poder ou autoridade com finalidade estranha ao interesse público, mesmo que observando as formalidades legais e não cometendo qualquer violação expressa à lei;

XV - E vedado ao servidor público;

b) prejudicar deliberadamente a reputação de outros servidores ou de cidadãos que deles dependam;

e) deixar de utilizar os avanços técnicos e científicos ao seu alcance ou do seu conhecimento para atendimento do seu mister;

f) permitir que perseguições, simpatias, antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal interfiram no trato com o público, com os jurisdicionados administrativos ou com colegas hierarquicamente superiores ou inferiores;

p) exercer atividade profissional aética ou ligar o seu nome a empreendimentos de cunho duvidoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Volvendo os olhos para as normas constantes no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Lei Federal nº 8.906/1994 – é possível identificar o seguinte arcabouço jurídico:

> rt. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.
>
> § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.
>
> § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.
>
> Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),
>
> § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.
>
> Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.
>
> Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.
>
> Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.
>
> Art. 34. Constitui infração disciplinar:
>
> XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;
>
> XXV - manter conduta incompatível com a advocacia;
>
> XXVII - tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional:
>
> XI - determinar, com exclusividade, critérios para o traje dos advogados, no exercício profissional;

O Código de Ética e Disciplina da OAB – Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da Ordem – acima citado assim dispõe:

> Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os princípios da moral individual, social e profissional.
>
> Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.
>
> Parágrafo único. São deveres do advogado:
>
> I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo caráter de essencialidade e indispensabilidade da advocacia;
>
> II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;
>
> III - velar por sua reputação pessoal e profissional;
>
> IV - empenhar-se, permanentemente, no aperfeiçoamento pessoal e profissional;
>
> V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;
>
> X - adotar conduta consentânea com o papel de elemento indispensável à administração da Justiça;
>
> XII - zelar pelos valores institucionais da OAB e da advocacia;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 8º As disposições deste Código obrigam igualmente os órgãos de advocacia pública, e advogados públicos, incluindo aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica.
>
> § 1º O advogado público exercerá suas funções com independência técnica, contribuindo para a solução ou redução de litigiosidade, sempre que possível.
>
> § 2º O advogado público, inclusive o que exerce cargo de chefia ou direção jurídica, observará nas relações com os colegas, autoridades, servidores e o público em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará suas prerrogativas e o direito de receber igual tratamento das pessoas com as quais se relacione.
>
> Art. 27. O advogado observará, nas suas relações com os colegas de profissão, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará seus direitos e prerrogativas, devendo exigir igual tratamento de todos com quem se relacione.
>
> § 1º O dever de urbanidade há de ser observado, da mesma forma, nos atos e manifestações relacionados aos pleitos eleitorais no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil.
>
> § 2º No caso de ofensa à honra do advogado ou à imagem da instituição, adotar-se-ão as medidas cabíveis, instaurando-se processo ético-disciplinar e dando-se ciência às autoridades competentes para apuração de eventual ilícito penal.
>
> Art. 28. Consideram-se imperativos de uma correta atuação profissional o emprego de linguagem escorreita e polida, bem como a observância da boa técnica jurídica.

Doutra banda, a Lei Federal nº 9.784/1999 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – estipula uma série de condicionantes à atuação dos agentes públicos e privados, a saber:

> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,

> proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
>
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
>
> I - atuação conforme a lei e o Direito;
>
> IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
>
> VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
>
> VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
>
> Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
>
> I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
>
> Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:
>
> II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

A par disso, o Código de Processo Civil – Lei Federal nº 13.105/2015 – traz uma série de indicativos do comportamento das partes no âmbito processual, como se observa abaixo:

> Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.
>
> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda na mesma toada, a Lei Federal nº 13.460/2017 – que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública, traz a perspectiva abaixo:

> Art. 4º Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.
>
> 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:
>
> I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários;
>
> IV - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação;
>
> VII - definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário;
>
> XII - observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos;
>
> XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações;
>
> Art. 8º São deveres do usuário:
>
> I - utilizar adequadamente os serviços, procedendo com urbanidade e boa-fé;
>
> III - colaborar para a adequada prestação do serviço; e

Esta, pois, é apenas uma parte do arsenal de normas jurídicas que regulam a adequação dos comportamentos dos agentes públicos e privados no palco das ações administrativas de todos os Poderes da República, tendo como pressuposto de atuação o princípio da moralidade administrativa.

4. Reflexões sobre as consequências jurídicas do comportamento inadequado de agentes públicos e privados em atos processuais virtuais

Fixadas essas premissas basilares do ponto de vista normativo, cumpre analisar se os comportamentos inadequados registrados em atos processuais virtuais

hodiernos têm o condão de trazer consequências jurídicas negativas aos agentes públicos e privados.

A par disso, os exemplos citados no presente artigo foram bastante expressivos quando cotejados com as normas jurídicas exaustivamente colacionadas em linhas atrás.

A título de exemplo, repisa-se que já foram registrados, durante sessões de julgamentos, relatos de magistrados sem toga e terno ou mesmo utilizando apenas camisa esportiva modelo polo. Outro julgador apareceu sem camisa, com o corpo totalmente descoberto. Flatulências de membro do Ministério Público restaram ouvidas em áudio. Cachorros latindo e passarinhos cantando em sustentação oral de advogado. Crianças chorando e ingressando no ato processual. Música ambiente em alto volume. Televisores ligados. Refeições em meio a falas. Consumo de bebidas alcoólicas. Conversas paralelas com risos e gritarias. Discussões familiares. Espirros. Gargarejos. Cuspidas. E até palavras de baixo calão com críticas contundentes que, indubitavelmente, não seriam proferidas se quem as disse soubesse estar sendo ouvido por terceiros.

Tudo isto remete – indubitavelmente e aferível caso a caso – a uma violação de padrões éticos de conduta. Desde o descumprimento de normas legais e deveres de urbanidade passando pela desconsideração de trajes, vestes talares e indumentárias. Igualmente, um desrespeito aos presentes e seus respectivos órgãos públicos e instituições privadas, uma completa falta de cortesia, decoro, zelo, presteza, honra, nobreza, dignidade da profissão, atentando contra a reputação pessoal e profissional e caracterizando ato atentatório à dignidade da Administração Pública. Ainda, uma violação da exigência de correta atuação profissional com o emprego de linguagem escorreita e polida.

É preciso pontuar, nesta ordem de ideias, que o uso atual massificado de atos processuais virtuais por áudio e vídeo não anulou exigências constitucionais e legais, notadamente quanto aos parâmetros éticos de conduta pautados no princípio da moralidade. O meio é virtual através de *home office* (trabalho remoto em casa), mas o ato administrativo não pode ser contaminado com violações de normas jurídicas. A ação administrativa deverá ser praticada o mais próximo possível do *status quo ante* (estado em que as coisas estavam). Não existiu, por importante ressaltar, uma autorização administrativa para o desvirtuamento da lógica normativa. Nem mesmo se mostra conveniente que exista uma banalização descabida dos atos processuais virtuais por parte dos agentes públicos e privados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Obviamente, a situação decorrente da pandemia do coronavírus – dada a sua imprevisibilidade – catalisou estas violações. Como já frisado, não houve uma formação (treinamento) prévio dos agentes públicos e privados para enfrentar este novel desafio. A título de sugestão, aliás, é importante que a Administração Pública se valha dos instrumentos constitucionais que garantem essa adaptação instrucional, pedagógica e educativa, através de Escolas de Governo, de Formação e Aperfeiçoamento. Direcionando essa ação administrativa tanto aos agentes públicos quanto aos agentes privados, desde que cabíveis.

A esse respeito a Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.
>
> § 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.
>
> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;
>
> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> Parágrafo único. Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;
>
> Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cinco anos e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

§ 2º Funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No contexto da ausência de um treinamento prévio dos agentes públicos e privados, é possível que haja um fator de relativização e flexibilização das exigências normativas, até determinado instante temporal e em casos pontuais de menor gravidade, analisados individualmente.

Exemplificativamente, não é razoável, neste cenário, punir um agente público ou privado porque uma criança adentrou a uma sessão de julgamentos e se sentou abruptamente no colo da mãe advogada ou do pai autor da demanda. É cediço que as escolas estão fechadas e os menores precisam permanecer em sua residência. Muitos responsáveis legais, inclusive, vivenciam a dificuldade de contratar empregados domésticos para o auxílio com as responsabilidades de cuidados com os menores, diante da necessidade de isolamento e distanciamento social decorrentes do coronavírus.

É preciso ter bom senso.

Lado outro, não pode ocorrer uma banalização desta tolerância ao ponto de situações supostamente pontuais e isoladas se transformarem em corriqueiras e desidiosas. Independentemente dos problemas gerados pelo coronavírus, por exemplo, não se justifica ato processual virtual praticado por agentes públicos ou privados sem o uso de camisa, com o corpo totalmente descoberto. Sem cabimento, também, o uso de bebidas alcoólicas durante o trabalho mediante vídeos que comprovem essa situação no decorrer do exercício funcional. São situações que fogem de um padrão de ética aceitável na conduta profissional e estão passíveis, portanto, de apuração de responsabilidade à luz das normas jurídicas aplicáveis ao transgressor.

5. Conclusão

Frente ao exposto, restou evidente a possibilidade de responsabilização de agentes públicos e privados diante de violações a padrões éticos de conduta no exercício das atividades administrativas.

Existem normas jurídicas que, claramente e sob a ótica do princípio da moralidade administrativa, imputam obrigações àqueles que atuam no cenário da Administração Pública. Esta, no entanto, também não pode se eximir de realizar capacitações e aperfeiçoamento dos agentes públicos e privados, pois o aspecto de atuação estatal não merece ser pautado exclusivamente na punição, mas na educação de forte viés preventivo.

Em hipótese alguma, deve-se conduzir a um pensamento radical e maniqueísta na tomada de decisão administrativa sobre o binômio *desídia no*

exercício de seu trabalho versus apego descabido a formalismos imotivados. É preciso analisar, caso a caso, se o fato em questão se traduz em contumaz e manifesto desrespeito às normas jurídicas ou somente mero e pontual descumprimento destas. Além, por óbvio, de outros elementos como a gravidade do suposto dano causado, o histórico profissional do agente público ou privado e o contexto em que ocorrentes os fatos investigados.

Sob outro viés, não se defende um esfriamento da relação humana. Pelo contrário, o direito é produto da humanidade e para ela foi desenvolvido. Algumas normas jurídicas hodiernamente existentes não só podem ter a sua incidência flexibilizada, mas também serem submetidas a processo legislativo de reforma, visando à disrupção de modelos processuais.

Em havendo, futuramente, um abrandamento normativo de exigências no caso de atos processuais virtuais, em tese, é possível que ocorra um estímulo a formalismos moderados, até porque vários profissionais tendem a consolidar o teletrabalho em cenário residencial como regra. E, por esse raciocínio, o mais importante seria o resultado aferido e a finalidade atingida e não propriamente a forma utilizada, exceto se esta for manifestamente ilegal. No entanto, essa relativização de exigências é uma conjectura ainda não positivada no ordenamento jurídico, o qual compele o cumprimento fiel à Constituição Federal – notadamente ao princípio da moralidade administrativa – e aos demais atos normativos.

Também é relevante que a sociedade se envolva nessa realidade, tanto fomentando o debate e a orientação para evitar essas transgressões, quanto para apoiar os profissionais que precisam atuar em atos processuais virtuais.

A imprensa, por exemplo, pode estimular em programas televisivos, de radiodifusão e nas redes sociais a reflexão sobre esses cuidados laborais. A força dos meios de comunicação é uma saída possível para criar a ambientação necessária à resolutividade destes problemas.

Empresas e escritórios em geral, diante de sua responsabilidade social, também podem contribuir com campanhas educativas, até porque o setor empresarial/privado é um dos grandes destinatários dos serviços públicos.

Ademais, a família – que constitui a base da sociedade (artigo 226 da Constituição Federal) – deve buscar apoiar os agentes públicos e privados, pois em grande parte os problemas gerados em condutas inadequadas durante os atos processuais virtuais poderiam ser evitados se houvesse um compartilhamento de tarefas domésticas. Por exemplo, se a mãe não precisasse cuidar da criança e ao mesmo tempo trabalhar naquele exato momento, quando, não raro, outros membros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da família – às vezes o próprio pai do menor – encontram-se em ociosidade. O diálogo e a empatia, com viés de solidariedade e compreensão no seio familiar, são essenciais para uma solução propositiva neste momento, que pode evitar problemas graves do ponto de vista funcional ao familiar eventualmente transgressor de padrões éticos de conduta.

Por fim, é preciso registrar que os casos pontuais de contendas geradas nos atos processuais virtuais não têm o condão de contaminar a iniciativa exitosa. Violações específicas devem ser tratadas com o rigor da lei e as flexibilidades possíveis sem prejuízo ao interesse público, porém jamais podem representar a condenação do próprio modelo virtual em si considerado. Este gera uma prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e artigos 4º, 6º, 8º e 139, inciso II, todos do CPC) e não merece ser maculado por dificuldades operacionais absolutamente contornáveis ou puníveis na forma da legislação.

6. Referências Bibliográficas

BRASIL. Planalto – Portal da Legislação. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da OAB. Disponível em: < https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

NOTAS:

[1] In **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67-68.

[2] In **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 79-80.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DUMPING SOCIAL E OS IMPACTOS NA ECONOMIA NACIONAL

LAIS CENCI CHIAPERINI: Advogada, Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Resumo: O presente artigo visa estudar de forma mais profunda o *dumping* social, passando primeiramente pelos aspectos filosóficos do "trabalho" e sua importância para a sociedade, seguido da evolução histórica dos direitos sociais e trabalhistas e seus respectivos impactos contextualizados, com os avanços da filosofia política, ambos os pontos abordados de forma a demonstrar a agressividade do *dumping* social. Seguimos ainda, com a conceituação de *dumping* - na ceara econômica - e de *dumping* social, pontuando seus principais aspectos jurídicos, com foco na análise difusa e coletiva, assim como as políticas nacionais de combate a esta prática, em especial promovido pelo Ministério Público do Trabalho, além dos impactos sociais e econômicos causados no Brasil, analisando também, de forma genérica, na economia internacional, culminando na união das informações expostas, demonstrado a gravidade do *dumping* social, assim como a importância de seu debate e combate.

Palavras-chave: *dumping* social, dignidade humana, economia, *dumping*, direito do trabalho.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve análise de trabalho enquanto fator de dignidade humana. 3. Breve histórico dos direitos sociais e trabalhistas. 4 *Dumping* e *Dumping* Social. 5 Conclusão

1 Introdução

Figura de importante relevância, o *dumping* social, embora pouco se ouça falar, está mais perto do que se imagina, causando inúmeros problemas para a segurança jurídica nacional quanto ao cumprimento das normas do trabalho. Infelizmente é comum a prática de tal ilícito por várias empresas brasileiras e estrangeiras em busca de maior competitividade.

Os reflexos sociais causados pelo *dumping* social transcendem as paredes do empregador, sendo sentidos em todo o mundo, já que sua prática gera um verdadeiro "efeito dominó", propagando-se de um país a outro. O presente artigo visa o estudo mais detalhado e aprofundado do *dumping* social, com analise focada nas consequências para a sociedade brasileira, juntamente com seus reflexos no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

campo da econômica e do direito, além do combate a este ilícito promovido pelo Ministério Público do Trabalho.

2 Breve análise de trabalho enquanto fator de dignidade humana

Para compreendermos melhor do que se trata o *dumping* social, é importante que primeiramente façamos uma reflexão sobre o papel social que o trabalho confere a cada indivíduo.

Sob o viés filosófico, o trabalho é objeto-meio que dá ao homem uma forma de realizar seus objetivos, de forma que nos diferencia de meros animais, que segundo a filosofia kantiana, são seres irracionais. Sobre este ponto, destaca-se o ensinado por Marx[1]:

> *(...) o trabalho não se trata de uma atividade determinada, como no sentido econômico, mas a práxis fundamental e específica da espécie humana, na qual há uma união essencial entre homem e objetividade. Assim, Marx entende que o caráter de uma espécie qualquer reside no tipo de atividade vital que ela exerce, de forma que o traço distintivo entre a humanidade e os seres irracionais seria o fato de o homem fazer de sua atividade vital um projeto de sua vontade e de sua consciência.*
>
> *Dessa forma, enquanto o animal é idêntico à sua atividade vital e sua produção não vai além do que necessita imediatamente para si e para sua prole, o homem, por meio do trabalho, procede à construção prática de um mundo objetivo, através da manipulação da natureza inorgânica. Isso é, para Marx, a afirmação do homem enquanto ser genérico consciente.*

Justamente por esta importância conferida ao trabalho que, o Pacto de São José da Costa Rica confere ao labor o posto de uma das principais chaves da dignificação do ser humano, ou seja, não conferir a alguém trabalho digno ou não dar as condições mínimas para que o trabalhador possa executar sua atividade, é negar o básico dos direitos a personalidade e a existência do ser humano, a dignidade.

> *É o trabalho, portanto, que atribui a maior parte do valor à terra, sem o qual ele dificilmente valeria alguma coisa; é a ele que devemos a maior parte de todos os produtos úteis da terra; por tudo isso a palha, farelo e pão desse acre de trigo valem mais do que o produto de um acre de uma terra igualmente boa,*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *mas abandonada, sendo o valor daquele o efeito do trabalho (...) (LOCKE, John, "Da propriedade", trecho de O Segundo Tratado sobre o Governo Civil incluído no livro Os Clássicos da Política, vol. 1. Francisco Weffort (org.). São Paulo: Ática, 2002.)**[2]***

Temos, portanto, que o trabalho desde sempre teve uma íntima e intrínseca relação com a dignidade humana. Sua importância é tão essencial que constitui um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. (art. 170, caput da Constituição Federal).

O trabalho é responsável pela estrutura das famílias, pelo comércio, pelos impostos, pelo bem estar do ser humano. Conforme leciona Dinaura Godinho Pimentel Gomes: *(...) a dignidade humana constitui um valor unificador de todos os direitos humanos em sua unidade indivisível, servindo como elemento referencial para a aplicação e interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, notadamente no âmbito do Direito do Trabalho.**[3]***

Ainda, segundo citado por Cesar Reinaldo Offa Basile[4]:

> *Luciane Cardoso atribui à dignidade humana três naturezas: direito subjetivo, necessidade e principio. Como direito subjetivo concretiza-se em direitos fundamentais nos Estados nacionais, que pretendem efetividade e aplicabilidade. Como necessidade, evidenciam a urgência no estabelecimento de padrões mínimos de trabalho digno no mundo, enfrentando os aspectos de desenvolvimento econômico das nações. Como principio, compreendem direitos que tem caráter obrigatório mas permitem aplicação gradual, conforme a realidade fática de cada ordenamento jurídico.*

Portanto, a "simples" inadimplência do empregador com relação a algum dos direitos do trabalhador já é o suficiente para instalar a insegurança jurídica e atentar contra a ordem do Estado Democrático de Direito.

Justamente por ser algo tão indispensável para a sociedade e para a estrutura do Estado é que este é preservado constitucionalmente no Brasil. Boas condições de trabalho, salários dignos, entre outros tantos direitos do trabalhador contemplados pelas legislações vigentes, conferem dignidade ao trabalho. Uma vez que há exploração, como o trabalho análogo a escravidão, a própria escravidão, ou a negligência do empregador em cumprir as leis trabalhistas fazem com que o trabalhador deixe de ser humano, rebaixado-os ao *status* de coisa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3 Breve histórico dos direitos sociais e trabalhistas

As ideias dos direitos sociais tiveram inicio por volta do século XVIII, onde criou-se a consciência de trabalho digno ao ser humano, pelos ideais iluministas e pelas novas vertentes filosóficas nascidas a partir deste período.

O ponta pé inicial decorreu das péssimas condições de trabalho da pioneira classe proletária que estava surgindo. Foi no final da era feudal e dos cercamentos, inicio da Revolução Industrial (1780-1830) que o ideal liberalista e capitalista (recém-nascido do mercantilismo) surgiu, desconstruindo a estrutura social de maneira rápida e avassaladora.

Com o aparecimento da maquinofatura, a necessidade de mão de obra nas cidades cresceu, alterando a localização das oportunidades de emprego do campo para a cidade, causando o êxodo rural em toda a Europa industrializada.

As cidades eram, antes das indústrias, pequenos centros comerciais e não comportaram todo o contingente populacional vindo do campo para trabalhar nas grandes tecelãs, causando a "periferização" da população. Os empregados -homens, mulheres, idosos e crianças- tinham jornada de trabalho que chegavam á 16 horas, e ficavam expostos a toda sorte de acidentes, que podiam ser fatais ou torna-los inaptos ao trabalho, os deixando á mercê do desemprego e as margens sociais.

Foi neste contexto caótico que surgiram as primeiras ideias dos direitos sociais, tendo a Revolução Francesa (1789) um importante papel, já que disseminou os ideais iluministas: *igualdade, liberdade e fraternidade* e praticou duras investidas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza e do clero. Assim, foi promovido o conjunto amplo de reformas antiaristocráticas, dentre elas a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1789), contendo 17 artigos que versam principalmente sobre a liberdade de manifestação de vontade e de representação. Até então, nenhum direito trabalhista concedido ao povo. Com a burguesia no poder, a investida no liberalismo se tornou ainda mais desenfreada tornando a situação ainda mais gravosa ao proletariado.

Em decorrência da insatisfação social ante os fatos narrados, surgiram então, as primeiras manifestações sociais, as *greves,* encabeçadas pelos ludistas (movimento agressivo, quebrava-se as máquinas como forma de protesto) e cartistas (movimento pacífico, que tentava negociações por escrito com os empregadores), que de inicio reivindicaram melhorias salarias, para que pudessem suprir as necessidades básicas suas e de toda a família.

Em 1802, na Inglaterra foi publicada a Lei de Peel, um marco na história dos direitos sociais trabalhistas uma vez que disciplinava o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos e que eram entregues aos donos das fábricas. Instituía pela primeira vez uma jornada limitada á 12 horas, excluindo-se os intervalos para refeição. O trabalho não poderia iniciar-se antes das 6:00h e terminar após às 21:00 horas.

Em meio às guerras de unificação europeias e a derrota de Napoleão Bonaparte, em 1813, na França, surge uma lei que veda o trabalho de menores em minas e no ano seguinte, veda o trabalho aos domingos e feriados.

No ano de 1819, na Inglaterra, é publicada lei tornando ilegal o trabalho a menores de 9 anos, instituindo horário do trabalho dos menores de 16 anos para 12 horas diárias, nas prensas de algodão.

Em 1824, foram criados os primeiros sindicatos, os chamados *trade unions:*

> *Lei votada em 1824 pelo Parlamento inglês permitiu a livre associação dos operários, o que era restrito às classes dominantes. Trade-unions significam uniões de sindicais. As trade-unions passaram então a fixar os salários para toda a categoria, evitando com isso que o operário atuasse isoladamente na luta por melhores salários. Passaram também a regulamentar o salário em função do lucro, obtendo aumentos que acompanhavam a produtividade industrial e nivelando-se a toda categoria. Em 1830 se constitui uma associação geral dos operários ingleses: a "Associação Nacional para a Proteção do Trabalho", que tinha o objetivo de atuar como central de todos os sindicatos. Por essa época, na Inglaterra, atuava Robert Owen, industrial precursor do socialismo utópico. A evolução do sindicalismo e suas várias concepções: trade-unionista, anarquista, reformista, cristã, corporativista e comunista (Antunes, 1991, p. 45).**[5]***

A ideia classista que surgiu com os sindicatos veio com força e grande adesão, concebendo as filosofias anarquistas e socialistas.

> *Os sindicatos representaram, nos primeiros tempos do desenvolvimento do capitalismo, um progresso gigantesco da classe operária, pois propiciaram a passagem da dispersão e da impotência dos operários aos rudimentos da união de classe.*
> *[...]*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *Ao conseguirem abater a concorrência existente entre os operários unindo-os e tornando-os solidários em sua luta, ao se utilizarem das greves como principal arma contra os capitalistas, os operários conseguiram dar os primeiros passos na luta pela emancipação de toda a classe operária. (Lênin).**[6]***

Em 1833, na Inglaterra fora proibido trabalho para menores de 9 anos e a jornada de trabalho passou a ser de 9 horas para menores de 13 anos e 12 horas para menores de 18 anos. Seis anos depois na Alemanha, é criada uma lei que proíbe trabalho para os menores de 9 anos e a jornada de trabalho era de 10 horas para os menores de 16 anos.

A primeira lei á regular a jornada de trabalho das mulheres foi em 1844 na Inglaterra, limitando o trabalho das operarias á 10 horas diárias. Cerca de três anos depois, veio uma lei que seria revolucionária na concepção do intervencionismo estatal no ramo trabalhista, limitando em caráter geral a jornada para 10 horas diárias.

Em plena partilha do continente africano pelo Tratado de Berlim e o neocolinialismo em alta entre as grandes potencias europeias, a Encíclica Rerun Novarum, em 1891, instituída pelo então Papa Leão XIII, traça regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. Dizia o Papa que "*não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital*".

Nesta mesma época, é criado o Tratado de Versailles, que consagrou o direito do trabalho, levando a diversos Estados legislarem sobre aspectos relevantes das relações de trabalho, jornada, salário mínimo, repouso semanal remunerado e em feriados, acidentes de trabalho, seguro doença, seguro invalidez, seguro velhice, seguro morte, entre outros.

Em 1901, a Austrália cria um marco instituindo pela primeira vez na história a jornada de trabalho de 8 horas diárias, utilizada pelo Brasil até a atualidade. Somente em 1908, que a Grã Bretanha institui a jornada de 8 horas diárias, mas esta restou restrita aos mineiros.

Com a ebulição da necessidade latente de proteção e garantias ao capital, por meio dos trabalhadores, conferida pelo Estado através das leis trabalhistas, o socialismo utópico passa a ser difundido na sociedade, levando o sociólogo e economista Karl Marx, criar a teoria da Mais Valia[7] a qual, á grosso modo, expõe que o proletariado nunca receberá quantia justa e equivalente pelo seu trabalho e que por esse motivo, a burguesia ficava cada vez mais rica. É o inicio da concepção de trabalho diretamente ligado a dignidade do ser humano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *Como os valores de troca das mercadorias não passam de funções sociais delas, e nada tem a ver com suas propriedades naturais, devemos antes de mais nada perguntar: Qual é a substância social comum a todas as mercadorias? É o trabalho. Para produzir uma mercadoria, tem-se que inverter nela, ou a ela incorporar, uma determinada quantidade de trabalho. E não simplesmente trabalho, mas trabalho social. Aquele que produz um objeto para seu uso pessoal e direto, para consumi-lo, cria um produto, mas não uma mercadoria. Como produtor que se mantém a si mesmo, nada tem com a sociedade. Mas, para produzir uma mercadoria, não só tem que criar um artigo que satisfaça a uma necessidade social qualquer, como também o trabalho nele incorporado deverá representar uma parte integrante da soma global de trabalho invertido pela sociedade. Tem que estar subordinado à divisão de trabalho dentro da sociedade.*[8]

Em 1917, no México, em face da conscientização pelos direitos sociais, aliado ao descontentamento da classe operária com os permanentes excessos capitalistas, foi promulgada a "Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos", que apresentava em seu contexto dentre vários direitos, a proteção do trabalho assalariado, a jornada de trabalho de 8 horas diárias, a proibição de trabalho de menores de 12 anos, a limitação da jornada dos menores de 16 anos para 6 horas, a jornada máxima noturna de 7 horas, o descanso semanal, a proteção da maternidade, o salário mínimo, o direito á indenização de dispensa, o seguro social e a proteção contra acidentes do trabalho.

> *Em virtude do reconhecimento e da garantia dos direitos sociais, a Constituição Mexicana foi a primeira "a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123).*
>
> *[...]*
>
> *O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito.**[9]***

No mesmo ano, durante a Revolução Russa, o III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, onde "*foram afirmadas e levadas às suas consequências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo socioeconômico quanto no político.*"**[10]**

Além da Constituição Mexicana e da Constituição Russa, a Constituição Alemã de 1919, comumente chamada de Constituição de Weimar, também exerceu decisiva influência sobre a evolução dos direitos sociais, criando o Estado da Democracia Social, o que representou a melhor defesa da dignidade humana, complementando os direitos civis e políticos com os direitos econômicos e sociais, ignorados na revolução industrial pelo liberalismo capital.

Ainda neste contexto histórico, com o fim da Primeira Guerra Mundial, houve a busca pela manutenção da paz, sendo assinado em Paris a Conferencia da Paz, a qual instituiu a OIT (Organização Internacional do Trabalho), que desde então vem estabelecendo a ordem internacional dos direitos mínimos que dignificam os trabalhadores. É importante ressaltar, que com a criação da OIT e já com o raciocínio fixo de respeito á dignidade humana, se fez salutar a consolidação constitucional do direito do trabalho, o que foi feito por diversos países, tendo, como já analisado, o México como pioneiro.

> *"Com a eclosão das guerras mundiais na primeira metade do século XX, a dignidade da pessoa humana foi desvalorizada diante dos interesses das grandes potências. Passados esses acontecimentos, houve uma retomada da valorização dos direitos humanos na organização social dos Estados. Em 1944, a Conferência da OIT aprovou uma declaração que em seus cinco itens dá ênfase à dignidade do ser humano, à liberdade de expressão e de associação, à formação profissional, ao direito de todos à educação, entre outros"**[11]**.*

Na Itália, em 1927 é criada a *Carta del Lavoro,* a qual inspirou a nossa Consolidação das Leis Trabalhistas. Ela institui um sistema corporativista-fascista, que

inspirou outros sistemas políticos, dentre eles o de Portugal, Espanha e Brasil. O Estado nacional colocava-se acima dos interesses dos particulares, regulando praticamente tudo.

Em 1948 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja configura em um dos mais importantes documentos que tutelam os direitos sociais haja vista que estabelece que a base dos direitos sociais, tem além do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade. Este por sua vez, conforme leciona Fabio Konder Comparato[12]:

> *"proclama que o direito a seguridade social (artigos 22 e 25), o direito ao trabalho e a proteção contra o desemprego (art. 23, item 1), os principais direitos ligados ao contrato de trabalho, como a remuneração igual por trabalho igual (artigo 23, item 2), o salário mínimo (artigo 23, item 3), a livre sindicalização dos trabalhadores (artigo 23, item 4), o repouso e o lazer, a limitação horária da jornada de trabalho, as férias remuneradas (artigo 24) e o direito a educação: ensino elementar obrigatório e gratuito, a generalização da instrução técnico-profissional, a igualdade de acesso ao ensino superior (artigo 26), são os itens elementares, indispensáveis para a proteção das classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitado".*

Seguindo, após a Segunda Guerra Mundial e com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, várias constituições incluíram em seu contexto os direitos sociais, completando o que já havia iniciado em 1919 e que até hoje é tendência na ordem normativa mundial:

> *No âmbito europeu cabe citar a Constituição francesa de 1946, a italiana de 1948, e a Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949. Mais recentemente, a Constituição portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978. No continente americano, especialmente na América Latina, também se seguiu a elaboração de constituições com estatutos de direitos sociais, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991.* ***[13]***

No Brasil, o acontecimento de foco significativo ao estudo dos direitos sociais e trabalhistas é a Lei Eusébio de Queiroz (1850), que mudaria o cenário do trabalho no Brasil que até então apenas utilizava mão de obra escrava.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esta lei proibia o tráfico negreiro no País. Com isso não entrava mais mão de obra, deixando todas as lavouras com um número estático de escravos, dando inicio as politicas de imigração.

Em 1871 veio a Lei do Ventre Livre, que dizia que todos os filhos de escravos que nascessem a partir daquela data, era considerados homens livres. Em 1885 houve a Lei dos Sextagenários, que promovia aos maiores de 60 anos, a tão sonhada liberdade.

No dia 13 de maio de 1888 a Princesa Isabel, filha do Imperador Dom Pedro II, sancionou a Lei Áurea, que aboliu definitivamente a escravidão no Brasil, obrigando os Barões de Café a abandonar a mão de obra antes usada e partir para outra, que vinha como alternativa para uma substituição desde 1850. A Europa neste período passava pelas guerras internas de unificação, o que gerou um êxodo das populações rumo ao "Novo Mundo", além das promessas promissoras da vida nas Américas, sobre a possibilidade de terras e empregos.

Com a vinda dos imigrantes ao Brasil, uma nova classe de trabalhadores nascia, junto á isto, uma nova fase social se iniciava. Os imigrantes trouxeram o trabalho assalariado para o campo e mais força aos novos ideais sociais e econômicos que ebuliam em toda Europa como o anarquismo, o socialismo e o comunismo, conforme já indicado.

Com esses novos princípios de trabalho digno, como preceituava Marx e Engles, começaram a surgir no campo às primeiras formas de organização dos operários brasileiros sendo as Sociedades de Socorro e Auxílio Mútuo, que visavam auxiliar materialmente os operários nos momentos mais difíceis.

Com a riqueza proporcionada pelo ciclo cafeeiro, o campo industrial nacional cresceu muito, abrindo cada vez mais oportunidades de emprego, inclusive aos imigrantes, proporcionando um êxodo rural. Em meio a tal mudança, surge em 1906 o Primeiro Congresso Operário Brasileiro que lançou as bases para a Confederação Operária Brasileira (COB), logo após, nascem as Uniões Operarias que, com o advento da indústria, passaram a se organizar por ramos de atividades.

> *"Existiam duas tendências no movimento operário brasileiro: a anarco-sindicalista, que negava a importância da luta política, privilegiando exclusivamente a luta dentro da fábrica através da ação direta. Repudiava a constituição de partido para a classe operária e via nos sindicatos o modelo de organização para a sociedade anarquista. O "socialismo reformista" buscava a transformação gradativa da sociedade capitalista, lutava pela*

> *criação de uma organização partidária dos trabalhadores e utilizava a luta parlamentar."* ***[14]***

Em 1907, por meio do Decreto n.1637 foram instituídos os primeiros sindicatos urbanos. Tal decreto era surpreendentemente moderno para o momento politico vivido pelo País, ele garantia a liberdade de organização sindical, a liberdade de filiação, de não filiação e desfiliação ao sindicato. Possibilitava a liberdade de administração e a faculdade de os sindicatos constituírem uniões ou sindicatos centrais, sem limitação de circunscrições territoriais.

O mesmo diploma trouxe novo alento e incentivo ao movimento sindical. Das conclusões do referido conclave, faz-se a pauta de reivindicações da Confederação Brasileira do Trabalho: redução da jornada para oito horas, descanso semanal, indenização às vítimas de sinistros do trabalho, limitação do trabalho das mulheres e dos menores, proibição absoluta de trabalho nas fábricas às crianças com menos de catorze anos entre outros.

O movimento sindical dessa época tinha uma dinâmica própria, gozando de autonomia frente ao Estado e se desenvolveu sob a égide da liberdade sindical o que contribuiu para o avanço da consciência sindical dos trabalhadores.

Após a I Guerra Mundial, uma crise se instalou no mundo baixando o ritmo de produção e ocasionando uma vertiginosa queda dos salários o que impulsionou uma onda de greves de massas, sendo a mais conhecida deste período a Greve Geral de 1917 ocorrida em São Paulo cujo fora iniciada numa fábrica de tecidos, que recebeu solidariedade e adesão de todo o setor têxtil, expandindo-se para as demais categorias. Suas proporções foram de tal monta que ocasionaram a paralisação total das atividades, inclusive no interior do estado.

Em 1930 sobe á presidência Getúlio Vargas, no dia 26 de novembro é criado o Ministério do Trabalho e Emprego, iniciando a nossa caminhada rumo à consolidação dos direitos sociais e trabalhistas.

Em 1934 foi promulgada a terceira Constituição do Brasil, contemplando pela primeira vez a conscientização pelos direitos sociais (influencias da Constituição Mexicana de 1917, a de Weimar de 1919 e a espanhola de 1931).

> *"A lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob influência da Constituição alemã de Weimar."* ***[15]***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda, conforme preceitua José Afonso da Silva, tal Constituição foi a primeira a instituir um título específico disciplinando a ordem econômica e social. Em seu artigo 10, inciso II, disciplinava que era competência concorrente da União e dos Estados cuidar da saúde e assistência pública. No artigo 121, parágrafo 1º, alínea h, estabelecia a assistência médica sanitária ao trabalhador, a assistência médica à gestante, assegurando a ela o descanso antes e depois do parto. Considerações essas que permanecem no nosso direito atual.

Neste percalço, a Constituição de 1934 elevou os direitos e garantias trabalhistas como norma constitucional, instituindo normas de proteção social do trabalhador. Dentre as principais normas referentes aos direitos trabalhistas, citamos:

- a criação da Justiça do Trabalho, (na época vinculada ao Poder Executivo);

- instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

- a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

- salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador;

- limitação do trabalho a oito horas diárias, só prorrogáveis nos casos previstos pela lei;

- proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e a mulheres;

- repouso semanal, de preferência aos domingos;

- férias anuais remuneradas;

- indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

- reconhecimento das Convenções Coletivas de Trabalho (CCT);

- assistência médica sanitária ao trabalhador;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- assistência médica à gestante, assegurada a ela descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego;

- regulamentação do exercício de todas as profissões;

- e, obrigatoriedade de ministrarem as empresas, localizadas fora dos centros escolares, ensino primário gratuito, desde que nelas trabalhassem mais de 50 pessoas, havendo, pelo menos, 10 analfabetos (art. 139).

Cerca de quatro anos apenas de sua promulgação, em 1937 pelo mesmo presidente, é promulgada a quarta Constituição Nacional, inspirada na Carta da Polônia, o que apelidou o nosso texto constitucional da época de Constituição Polaca, que trouxe como um dos fatores negativos, retirar do trabalhador o direito de greve.

A maior consagração do direito trabalhista brasileiro veio em 1943, com a criação da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, por meio do Decreto Lei nº 5243. Essa legislação esparsa, aprovada em diferentes etapas da evolução jurídico-política do estado brasileiro fora o quadro legislativo que o jurista e político Alexandre Marcondes Filho encontrara quando assumiu o cargo de Ministro do Trabalho. Desde a publicação, foram feitas críticas à Comissão pelo fato de o anteprojeto promover inovações no ordenamento vigente, não se atendo aos limites de uma simples consolidação. Com efeito, foi incluso um título introdutório com princípios e conceitos fundamentais sem previsão legal anteriores e diversos outros títulos foram complementados com normas então inexistentes no ordenamento.

Com efeito, na CLT, há a reunião de normas sobre organização sindical da Lei n. 1.402, de 1939; sobre enquadramento sindical do Decreto lei n. 2.381 de 1940; e sobre contribuição sindical do Decreto lei n. 2377, de 1940.

Em 1946, com a queda de Getúlio Vargas, em meados ao inicio da primeira Guerra Fria, por meio da Assembleia Constituinte, o Brasil promulga sua quinta Constituição, que dentre vários pontos, estabeleceu que o salario mínimo deveria atender as necessidades mínimas dos trabalhadores e suas família, garantiu a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, proibiu de trabalho noturno a menores de 18 anos, concedeu assistência aos desempregados, conferiu obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidente do trabalho, devolveu ao empregado o direito de greve, criou a liberdade de associação patronal ou sindical e obrigatoriedade de ministrarem as empresas em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como se nota, a grande massa dos direitos basilares dos trabalhadores encontra-se na Constituição, a qual é base para as legislações especificas. Nesse passo, houveram ainda mais duas constituições prevendo tais direitos a de 1967, que conferiu direitos aos domésticos, ao trabalhador rural e ao temporário, além de ratificar a anterior, e a nossa atual constituição (1988), que recentemente sofreu alteração no paragrafo único do art. 7º, incluindo os trabalhadores domésticos como beneficiários dos incisos do mesmo artigo.

A história nos mostra que a regulamentação do trabalho está diretamente relacionada á melhoria na condição de vida da sociedade e na economia dos Estados. Quanto melhor as condições oferecidas aos trabalhadores, maiores às chances de crescer economicamente, e fornecer melhorias em todos os demais setores básicos que são necessário ás populações, como a educação pública, a saúde e outros.

Hoje, com a aprovação da Lei 13.429/17 e com o Projeto de Lei nº 6787/16 em tramitação no Senado, temos importantes modificações no cenário trabalhista brasileiro, muitas inclusive ainda carecem de estudo mais aprofundado, porém encontram fortes barreiras sociais e legais para o pleno funcionamento como sendo a principal delas a dignidade humana, que como vimos, está intimamente ligada ao trabalho, sem o qual o *animus* do homem é incompleto e tendencioso apenas ao ócio improdutivo, não seguindo o principio da solidariedade, que como vimos até aqui, foi essencial nos períodos de conflitos como as crises econômicas e as guerras, tanto dando força aos nacionais em suas lutas, como na busca da paz, onde os povos se ajudaram de forma mutua e humanizada.

4 *Dumping* e *Dumping* Social

Feitas as análises necessárias, passemos ao ponto chave do estudo, o *dumping* social.

Dumping, palavra originalmente inglesa, significa desfazer-se de algo. Figura utilizada em economia para classificar o delito da concorrência desleal, por meio de exportação de mercadoria por um preço abaixo do valor de custo da produção ou então inferior ao praticado internamente no país.[16]

Um grande exemplo da prática do *dumping* são os subsídios oferecidos por governos para o setor agrícola ou quando alguma empresa decide, como estratégia, para prejudicar, ou até mesmo eliminar algum concorrente, arcando com o prejuízo das vendas a preços mais baixos que a sua produção. O *dumping* também pode ser encontrado no mercado interno, como o cartel realizado por supermercados para eliminar a concorrência dos mercados menores.

A prática deste ilícito gera inúmeras consequências negativas ao país, podendo levar empresas a falência, ou impedir que outras se estabeleçam em seu território. O padrão de vida das pessoas que habitam o país lesado será abruptamente reduzido, em função da extinção de empresas e postos de trabalho e da artificial redução dos preços das mercadorias. *O General Agreement on Tarifes and Trade (GATT- Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) trata do dumping no artigo VI, que foi incorporado pela legislação brasileira na Lei 9.010/95 e o decreto 1.602/95, que aborda o dumping sob o prisma internacional*.[17]

O *dumping* social, mais presente em países em desenvolvimento, surgiu através do conceito do *dumping* e é tão vil quanto este, uma vez que importa no descumprimento reiterado da legislação trabalhista propositalmente para a redução do custo do produto majorando assim o lucro obtido pela empresa.

> *"Segundo a ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas), dumping social são as agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas que geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência.*
>
> *Tal prática acaba, pois, favorecendo àquelas empresas que não observam a legislação trabalhista em detrimento daquelas que cumprem as regras impostas pelo ordenamento trabalhista. Dessa forma, a empresa inadimplente com as obrigações laborais acaba se favorecendo, pois gasta menos com o pagamento das obrigações legalmente impostas, o que as possibilita baratear seus produtos, gerando assim uma concorrência desleal em face das outras empresas. Essa conduta acaba estimulando a burla ao cumprimento efetivo das normas trabalhistas, gerando um círculo vicioso de desrespeito aos direitos sociais, constitucionalmente garantidos.*
>
> *Evidencia-se que práticas como essa geram dano à sociedade, configurando ato ilícito por exercício abusivo do direito, vez que extrapolam os limites econômicos e sociais".* ***[18]***

Ou seja, trata-se de um atentado reiterado a dignidade do trabalhador, gerando um dano a toda a sociedade. O *dumping* social causa insegurança jurídica numa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

amplidão muito maior do que a seara individual seria capaz de conceber. É lesão difusa e coletiva, capaz de alcançar não só os trabalhadores presentes como também os futuros. Lesão esta que infelizmente ocorre com muita frequência.

Neste sentido, em 2007, foi aprovado o enunciado n°. 4 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, promovido pela ANAMATRA nos seguintes termos:

> *DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois como tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido "dumping social", motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652,d, e 832, § 1º, da CLT.*

As consequências desta prática são inúmeras e não estão relacionadas apenas com a supressão de direitos. Ela gera uma reação em cadeia que interfere na economia nacional e internacional, na segurança jurídica estatal e na saúde pública. Ao praticar o *dumping* social o empregador sonega direitos trabalhistas e previdenciários, reduzindo o salário dos funcionários, portanto o poder aquisitivo, fazendo com que o funcionário agredido pelo *dumping* e sua família reduzam seu consumo, diminuindo, portanto o giro da economia interna, sem falar no aumento da busca pelos produtos no mercado informal, ou seja, a incidência de impostos arrecadados é muito menor.

Neste viés, também é causa da subclasse de trabalhadores já que deixa o trabalhador em condição vulnerável e insustentável, pois acaba aceitando qualquer tipo de proposta, até mesmo as irregulares, no sentido de colocar alimento na mesa de sua família. Ainda, por praticarem jornadas mais longas do que a lei permite, os funcionários são levados à exaustão, o que incide em doenças ocupacionais e aumento do risco de acidentes de trabalho, inclusive de acidentes fatais.

No âmbito internacional, o *dumping* social afeta, como já pontuado, a livre concorrência, tornando injusto o valor dos produtos, ante aos dos demais países, que impedem de forma efetiva a ocorrência do *dumping* social, forçando-os a sucumbir a tal prática, ou que suas empresas procurarem os países emergentes para praticar o *dumping* social.

> *"Temos vários exemplos no Brasil de dumping social nas indústrias de confecção, de roupas de griffe, sobretudo as que possuem redes ou canais internacionais de distribuição, criação de cooperativas de mão-de-obra no interior do Brasil, por meio de empresas estrangeirasm, utilização de mão de obra infantil, ampliação excessiva da jornada de trabalho, sem o correspondente pagamento de horas extras, etc.*
>
> *Portanto, apresentando-se como característica social e difusa, por força do fato de transcender a pessoa unitária do trabalhador para atingir a consciência coletiva de toda a sociedade, entendemos que a natureza jurídica do dumping social se enquadra entre os institutos do Direito Coletivo de Trabalho, produto dos tempos modernos de fragmentação de micro ou macrolesões que se disseminam entre classes ou grupos de pessoas".* ***[19]***

O *dumping* social é um mal que nasceu do nosso modelo econômico e deve ser extirpado. Mal este que atinge nossa própria soberania, já que instaura a insegurança jurídica, a descrença da sociedade no corpo legislativo e no efetivo cumprimento legal.

A matemática financeira ha muito já demonstrou que a qualidade de vida é diretamente proporcional à melhoria da economia nacional. De acordo com Alexandre Rands Barros:

> *"Apesar da teoria ortodoxa confirmar a ideia intuitiva de que um aumento do custo da mão-de-obra é prejudicial ao desenvolvimento econômico, estudos recentes, tanto teóricos quanto empíricos, tem mostrado que a realidade não é essa. O estimulo ao desenvolvimento tecnológico e ao investimento em capital humano são dois fatores que tem sido recentemente enfatizados como cruciais para o crescimento econômico e ambos podem reverter a relação intuitiva entre o crescimento e custo de mão-de-obra.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Modelos de crescimento que seguem a tradição do Solow (1956) enfatizam que quando a tecnologia se desenvolve exogenamente os salários de equilíbrio de longo prazo tendem a crescer junto com a produtividade." ***[20]***

Temos, portanto, para aqueles que analisam acima de tudo, a questão do capital, a comprovação matemática que a economia nacional tem muito a perder com a existência do *dumping* social praticado dentro do nosso Território Nacional.

Infelizmente, no Brasil, existem inúmeros casos de *dumping* social cometido por grandes empresas que são pouco divulgados, como o caso da Trifil na Bahia, a Rio de Janeiro Refrescos (subsidiária da multinacional chilena Andina, que controla parte do mercado de engarrafamento da Coca-Cola no Brasil) em Araraquara, a Brookfield no Distrito Federal, a Magazine Luiza, dentre tantas outras. Assim, embora ainda haja um longo caminho a ser percorrido, o Ministério Público do Trabalho[21] vem obtendo resultados muito positivos quanto às condenações e as reparações dos danos causados por este ilícito, conforme ilustram as matérias destacadas a baixo:

"O Itaú Unibanco foi condenado a pagar indenização de R$ 20 milhões por danos morais coletivos pela prática de dumping social. Decisão é do juiz do Trabalho José Wally Gonzaga Neto, da 4ª vara de Curitiba.

De acordo com o MPT, a instituição financeira exigiu de seus empregados trabalho sem pagamento de todas as horas extras, e jornada suplementar superior a duas horas diárias, sendo que há bancários que chegaram a trabalhar mais de 12 horas. Além disso, não respeitou os intervalos intrajornada.

O órgão alega que a prática contempla "uma estratégia empresarial sistemática e permanente de maximização dos lucros, em detrimento da sua função social e do respeito aos direitos sociais fundamentais". Afirma que tal conduta acaba por ser mais lucrativa do que as perdas advindas das multas administrativas e das condenações judiciais trabalhistas, "tanto que ela não foi desestimulada, mas continua crônica e reiterada".

Processo: 0000585-15.2013.5.09.0004" ***[22]***

*"**Marabá (PA) –** O Ministério Público do Trabalho no Pará (MPT-PA) obteve na Justiça a condenação da Dan Hebert Engenharia em R$ 2 milhões por dumping social – prática caracterizada pelo desrespeito a direitos e obrigações trabalhistas, a fim reduzir custos para obter vantagem comercial. A decisão foi dada pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Pará e Amapá (TRT 8ª Região).*

A empresa foi processada após investigação do MPT constatar irregularidades relativas à segurança dos trabalhadores durante a construção de um shopping em Marabá (PA). Em abril de 2012, um empregado sofreu fraturas no fêmur e antebraço esquerdo ao cair de uma altura de três metros durante as obras do shopping".

N°TRT8: RO 0001588-81.2013.5.08.0117' ***[23]***

*"**Campinas –** Os desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região mantiveram a condenação da Usina Santa Isabel S/A e do seu braço agrícola, a Santa Luzia Agropecuária, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R$ 1,3 milhão devido à prática de "dumping social" por meio de atos ilícitos e rotineiros que resultavam em prejuízos à saúde e à dignidade de milhares de trabalhadores em nome de resultados financeiros. O montante será destinado a projetos, iniciativas e/ou campanhas que revertam em benefício dos trabalhadores, a escolha do Ministério Público do Trabalho, autor da ação civil pública.*

[...]

De acordo com depoimentos colhidos pelo MPT no inquérito, grande parte dos empregados das usinas trabalhavam 12 horas por dia, duas vezes por semana, e nos dias restantes cumpriam jornadas de 8 horas sem direito a intervalos para refeição e descanso, contrariando o artigo 7, inciso XIV, da Constituição Federal, que prevê jornada de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Ao mesmo tempo em que extrapolavam o limite legal da jornada diária, o MPT constatou a prática permanente da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

adulteração dos cartões de pontos, com anotações de horários uniformes nos pontos de milhares de funcionários, que começavam e terminavam as jornadas ao mesmo tempo, sem variações, prática conhecida como "ponto britânico".

Diligências realizadas pelo MPT em propriedades pertencentes às empresas também flagraram funcionários terceirizados trabalhando em condições degradantes, com ausência de água potável, instalações sanitárias, local para refeições e equipamentos de proteção, além da falta de kits de primeiros socorros.

Processo nº 0001149-22.2012.5.15.0049" ***[24]***

"O termo pode causar estranhamento, mas, infelizmente, é prática recorrente no ambiente trabalhista. Dumping nada mais é do que a prática de concorrência desleal a preços bastante inferiores do praticado no mercado. Na área trabalhista, o dumping social significa sonegar direitos trabalhistas para aumentar a lucratividade da empresa, prejudicando o elo mais fraco: o trabalhador.

[...]

Em sua defesa, a Brookfield alega que "não exerce qualquer gerência sobre as empresas contratadas e que estas detêm total autonomia na gerência de sua atividade empresarial".

Contudo, para o procurador Carlos Eduardo Brisolla, a empresa tem obrigações trabalhistas de vigilância e fiscalização. "O MPT busca, de forma concreta, medidas que materializem os deveres de eleger bem e de fiscalizar os contratos celebrados pela empresa tomadora para execução de serviços em suas obras".

Conforme consta em Ação Civil Pública de sua autoria, o procurador afirma que "eleger bem significa tomar cuidados em relação às empresas escolhidas, certificando-se de que estas respeitam os direitos trabalhistas e previdenciários".

O juiz Gilberto Augusto Leitão Martins, da 11ª Vara do Trabalho de Brasília concordou com a argumentação proposta pelo MPT

e enfatizou que o dano moral coletivo está evidente, e deferiu as seis obrigações elencadas pelo procurador Carlos Eduardo, necessárias para manutenção do ambiente laboral sadio.

[...]

A Brookfield foi condenada a pagar R$ 2 milhões por dano moral coletivo, reversíveis ao FAT, além de ficar obrigada a cumprir as obrigações indicadas no quadro acima. A empresa pode recorrer da Decisão.

Processo nº 0000827-86.2014.5.10.0011" ***[25]***

*"**Sorocaba -** A rede Magazine Luiza S/A não pode prorrogar a jornada de trabalho dos seus funcionários sem justificativa legal e, por ter cometido tal irregularidade, foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de R$ 100 mil. Esse é o dispositivo da sentença proferida pela Vara do Trabalho de Itapetininga, em atendimento aos pedidos feitos em ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho. Caso descumpra a decisão no prazo de 8 dias após a intimação, a empresa pagará multa diária de R$ 5 mil por constatação, multiplicada pelo número de trabalhadores atingidos. Os valores relativos à indenização e à multa terão "destinação idônea e próxima da comunidade imediatamente atingida", que será indicada pelo MPT. Cabe recurso ao Tribunal Regional do Trabalho de Campinas.*

[...]

Para o procurador, ao submeter funcionários a jornadas de trabalho excessivas, a rede Magazine Luiza participa do mercado com vantagem sobre os concorrentes que cumprem a lei trabalhista, gerando economia no pagamento de verbas aos trabalhadores e na contratação de mão de obra. "Trata-se de um modelo de 'dumping social', onde determinada empresa deixa de cumprir, de forma reiterada, inescusável e consciente as obrigações trabalhistas básicas, com a intenção de reduzir custos e, por consequência, aumentar seus ganhos. Isso gera prejuízos aos concorrentes cumpridores das obrigações laborais e os incentiva a atuarem do mesmo modo", observa Rizzo Ricardo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[...]

Outro caso – *em 2011, o Magazine Luiza foi processado pelo MPT em Ribeirão Preto sob a alegação de prática de "dumping social", decorrente de diversas irregularidades trabalhistas cometidas em estabelecimento da região central do Estado de São Paulo.*

Na época, o Magazine Luiza foi alvo de 87 autuações, principalmente por submeter funcionários a jornadas de trabalho excessivas e desrespeitar intervalos legalmente previstos. Os expedientes passavam de 12 horas, em virtude de serviços inadiáveis; os empregados trabalhavam aos domingos, sem amparo de convenção coletiva; os intervalos para repouso/alimentação e o descanso semanal não eram concedidos; e o registro de ponto era irregular.

A rede foi condenada em duas instâncias (2012 e 2013) ao pagamento de R$ 1,5 milhão por danos causados à coletividade. Em 2014, contudo, uma conciliação encerrou a ação civil pública. O Magazine Luiza destinou R$ 1,515 milhão para aquisição de bens para entidades beneficentes e órgãos públicos, e para viabilizar cursos de aprendizagem na região de Franca (SP).

Processo nº 0010912-03.2014.5.15.0041" ***[26]***

Atualmente, o Brasil não tem legislação especifica sobre o tema, mas a Justiça do Trabalho tem se valido dos conceitos empregados no direito internacional do trabalho, além do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, aplicados de forma subsidiária a CLT, quanto a reparação dos danos causados pelo *dumping* social.

Como uma forma de auxiliar a este combate, o deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT) propôs o Projeto de Lei nº 1615/2011, que atualmente, tramita na Câmara dos Deputados e prevê a imposição de indenização e multa administrativa para a empresa que pratique o *dumping* social, o que seria uma forma interna de controlar esta prática ilícita, restaurando a ordem jurídica nacional. Infelizmente, a tramitação encontra-se parada desde 19 de maio de 2015[27].

Mesmo com a nossa Constituição (arts. 5ª, 7 e 8), CLT, Código Civil, tratados internacionais, tentativas de leis mais especificas, como o PL 1615/2011, a vigilância do MPT e da Justiça do Trabalho, ainda temos um longo caminho a ser percorrido.

5 Conclusão

Após a análise da importância social do trabalho para a dignidade humana e a evolução das normas trabalhistas e sociais, podemos concluir que quanto mais modernos e eficientes são as relações de trabalho e os meios de produção, mais precária pode ser a vida do empregado.

Infelizmente, ainda há muita ignorância sobre este tema. Não são incomuns as expressões de assombro e incredulidade quando se comenta sobre o *dumping* social. Justamente por conta destas reações, por analisar a quantia de empregadores que praticam o dumping social e por ver a luta do Judiciário Trabalhista e do Ministério Público do Trabalho que se faz salutar e indispensável o estudo deste tema, a fim de instruir a sociedade sobre esta verdadeira barbárie que ocorre desde os tempos mais remotos.

Na corrida capitalista, continuamos a ver o empregado como uma mercadoria, algo que pode encarecer ou não o produto final. Um empecilho para a comercialização e para a concorrência mais eficaz, ainda mais se levarmos em consideração, os países que negligenciam as convenções internacionais do trabalho e as de direitos humanos.

Voltamos a "coisificar" o trabalhador, criando a imagem ilusória, de que obrigando-os á sobrejornadas não remuneradas, a não concessão equipamento de proteção individual e coletivo (EPIs e EPCs), dentre tantos outros inadimplementos, estaríamos produzindo mais e baixando o custo do produto, para competirmos diretamente com países que não tem a mesma proteção ao proletariado, como a China, ou até mesmo, para competirmos com os fornecedores irregulares (utilitários de mão de obra análoga á escravidão, ou terceirização ilícita por exemplo). Criamos uma versão moderna do caos inglês de 1800.

É exatamente esse o resultado das inadimplências reiteradas dos empregadores. A prática do *dumping* social é um retrocesso que instaura o caos social que irá se voltar contra seu próprio criador, uma vez que, conforme já demonstrado, produz uma reação em cadeia de grande escala, atingindo inclusive a economia – nacional e internacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A utilização de mão de obra imigrante nas Américas por exemplo, nunca foi tão utilizada, a subclasse de trabalhadores criados tanto nos setores urbanos como nos rurais está cada vez maior, fatos estes que também são práticas de *dumping* social.

Ao invés do avanço tecnológico nos permitir uma caminhada rumo ao futuro, estamos andando para trás. Voltamos ao pensamento limitado e ultrapassado da revolução industrial. Passa-se a querer competir o homem com a máquina, fazendo que o trabalhador deixe de descansar (intrajornada e interjornada), de zelar pela própria segurança e saúde, de ter convivência familiar.

Com as recentes alterações legais a respeito da terceirização e a "pseudo" reforma trabalhista que hoje tramita no Senado, poderemos ter no Brasil um *dumping* social regulamentado, o que beira o absurdo, afrontando a Constituição Federal, o Estado Democrático de Direito e as Convenções de Direitos Humanos e do Trabalho que somos signatários. É o mesmo que zombar dos séculos da luta operaria, aqui descritos, e das grandes conquistas que o homem teve quanto à proteção do seu bem mais precioso, a sua dignidade.

Além dos orgãos trabalhistas e do pequeno corpo legal que protege nossos trabalhadores, a conscientização e mobilização social também são formas de combate ao *dumping* social. Porém, é necessária uma mudança no pensamento como um todo, de cada cidadão brasileiro, para não admitir tal comportamento vil no nosso país. Algo tão utópico que nos faz questionar, se um dia atingiremos este patamar satisfação do proletariado, sem prejudicar os empregadores, para que de forma equilibrada possamos manter as relações empregatícias dignamente, sem nunca esquecermos que somos todos, trabalhadores e seres humanos.

Bibliografia

BARROS, Alexandre Rands. **Dependência, *Dumping* Social e Nacionalismo.** Revista da Economia Política, vol. 15, nº 3 (59), julho-setembro/95. Disponível em <http://www.rep.org.br/pdf/59-3.pdf> Acesso em 05 de junho de 2017.

BARROSO, Márcia Regina Castro. **O Trabalho Decente e a Responsabilidade Social das Empresas.** XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília /DF. Disponível em<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1707/2241>. Acesso em 31 de maio de 2017.

BASILE. César Reinaldo Offa. **A Dignidade da Pessoa Humana e o Valor Social do Trabalho na Interpretação e Aplicação das Normas Trabalhistas**. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha(coords.). **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CARPEGIANI, Marília Nascimento Minicucci. **O Trabalho Análogo ao de Escravo e o Dumping Social na Industria da Moda**: uma análise à luz dos acontecimentos no estado de São Paulo. Tese de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

CARVALHO. Willian Ricardo do Amaral. **Exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais.** Tese de Mestrado. Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2006

CHAVES. Maria Cláudia Gomes. **Dumping Social como Fator de Precarização das Relações de Trabalho**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8087&revista_caderno=25> . Acesso em: 14 de mai. 2017

COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **O Interesse Público no Antidumping**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-20102011-131305. Acesso em: 2017-05-31

CRUZ, Tatiana Lins. **O Uso de Medidas Antidumping como Mecanismo de Barreira à Entrada no Mercado Brasileiro.** Tese de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

ENGELBERG, Luciana Costa. **Integração Econômica e Defesa Comercial:** medidas antidumping nos acordos regionais de comércio. Tese de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Socais e Justiça.** São Paulo: Malheiros Editores. 2010

FROTA, Paulo Mont'Alverne. **O *Dumping* Social e a Atuação do Juiz do Trabalho no Combate à Concorrência Empresarial Desleal.** LTr: Revista de Legislação do Trabalho, São Paulo, SP, v. 78, n. 02, p. 206-209., fev. 2014.

GUERRA, Luciene Cristina de Sene Bargas. **A Flexibilidade do Direito do Trabalho Pode Levar ao Dumping Social.** Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, v. 101, n. 919, p. 387-400., maio. 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

JUNIOR, Roberto Di Sena. **O D*umping* e as Práticas Desleais de Comercio Exterior.** Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/768/o-dumping-e-as-praticas-desleais-de-comercio-exterior> Acesso em 15 de mai. 2017.

MARTINS, Melchiades Rodrigues. ***Dumping* Social e Relações do Trabalho.** LTr: Suplemento Trabalhista, São Paulo, SP, v. 50, n. 082, p. 384., 2014.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. MELLO, Lauro Mens de. **Da Concorrência Desleal: o "dumping" e globalização.** Busca Legis. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28648-28666-1-PB.pdf> Acesso em 15 de mai. 2017.

MIGALHAS. Itaú é condenado em R$ 20 mi por dumping social. **28 de maio de 2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221139,31047-Itau+e+condenado+em+R+20+mi+por+dumping+social> Acesso em 05 de junho de 2017.**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Construtora é punida por dumping social.** 09 de novembro de 2015. MPT no Pará e Amapá. Disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/b779c4ec-8290-4b48-8045-bc7d3cd9b560/!ut/p/z0/jYzJDoIwFEV_BRcsm_fASmGJxBAlRN1hN6YtFetQpsbh78UfMC7PzbkHOFTArXiYRjjTWnGb-MCjY5AjXS-3WOTFjmG6D8rVOg_CDBlsgP8WpkI4lFnZAO-EOxNjTy1UkrFEUa1IHCZIqKQxiZEuiFSsnqs6kYsIv1dz6XueAletdfrloLp3zsdR3IRXa8_cu0HbUfg4zZ5tnVFGjD7-Ve-uXL6f6ewDsF0zlA!!/> Acesso em 05 de junho de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Dumping Social na Brookfield.** Disponível em <http://www.prt10.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-df-to/434-dumping-social-na-brookfield> Acesso em 05 de junho de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Magazine Luiza é condenada em R$ 100 mil por jornada excessiva.** Disponível em <http://www.prt15.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-campinas/300-magazine-luiza-e-condenada-em-r-100-mil-por-jornada-excessiva> Acesso em 05 de junho de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Mantida a condenação de R$1,3 milhão a grupo usineiro por prática de dumping social.** Disponível em <http://www.prt15.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-campinas/410-mantida-condenacao-de-r-1-3-milhao-a-grupo-usineiro-por-pratica-de-dumping-social> Acesso em 05 de junho de 2017.

MONTEIRO, Carolina Masotti. **A Prescrição na Perspectiva do *Dumping* Social.** LTr: Revista de Legislação do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 05, p. 584-626., maio. 2015.

NAMURA. José Roberto. ***Dumping* Social** – uma prática desconhecida pelas empresas. Migalhas. 26 de mar. 2016. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217836,21048-Dumping+Social+Uma+pratica+desconhecida+pelas+empresas>. Acesso em: 14 de mai. 2017.

PINTO. José Augusto Rodrigues. ***Dumping* Social ou Delinquência Patronal na Relação de Emprego?** Revista do TST, Brasília, Vol. 77, nº 3, JUL/SET 2011, p. 136-153.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **A Cláusula Social na OMC: por uma inter-relação efetiva entre OMC e OIT e o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores.** Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina, PR, v. 11, p. 165-183., jan./dez. 2007.

RESENDE, Vera Lúcia Pereira. **Os Direitos Sociais como Cláusulas Pétreas na Constituição Federal de 1988.** Tese de Mestrado. Centro Universitário Fieo. Osasco, 2006.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dumping Social nas Relações de Trabalho. Formas de Combate.** Revita Eletronica do Trabunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Disponível em < http://www4.trt23.jus.br/revista/content/o-dumping-social-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-trabalho-formas-de-combate> Acesso em 29 de maio de 2017.

SANTOS, Katia. **Trabalho como Conceito Filosófico**. Conhecimento Prático Filosofia, São Paulo, p. 24 - 35, 24 maio 2013.

SANTOS, Samuel Lima, DUTRA, Lincoln Zub. **A Prática do Dumping Social no Projeto de Lei nº4330/2004 e a Precarização das Relações e Garantias Trabalhistas.** EVICI – Unibrasil Disponível em <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/374> Acesso em 05 de junho de 2017.

SERRADILHA, Silvia. **Indenização por Dumping Social**. Trabalho e Direito, out. 2011. Disponível em: <http://silviaserradilhadt.blogspot.com.br/2011/10/indenizacao-por-dumping-social.html>. Acesso em: 14 mai. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

TRIERWEILER, Gustavo Friedrich. **As Relações de Trabalho, o Dumping e a Crise Econômica.** Repertório IOB Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário, São Paulo, SP, v. 2, n. 03, p. 96-91., 1aquinz.fev. 2010.

WOLFFENBUTTEL, Andréa **. O que é? – Dumping.** Disponível em <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23> Ultimo acesso em 30 de maio de 2017.

ZANGRANDO, Carlos. **Reflexões sobre" Dumping Social" e sua Fundamentação Jurídica**. LTr: Suplemento Trabalhista, São Paulo, SP, n. 059, p. 261-263., 2010.

NOTAS:

[1] SANTOS, Katia. **Trabalho como Conceito Filosófico.**, p. 24.

[2] Idem, Ibidem.

[3] GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador**: um conceito construído sobre o paradigma di trabalho decente e da honra. p.44. Aput César Reinaldo Basile.

[4] BASILE. César Reinaldo Offa. **A Dignidade da Pessoa Humana e o Valor Social do Trabalho na Interpretação e Aplicação das Normas Trabalhistas**., p. 65.

[5]DIAS, Antônio Carlos. **A História das Organizações Sindicais.** Arcos. Disponível em: http://www.arcos.org.br/artigos/a-historia-das-organizacoes-sindicais/ Acesso 15 de mai. 2017.

[6] Idem, Ibidem.

[7]*A teoria marxista da mais-valia pode ser compreendida da seguinte forma: Suponhamos que um funcionário leve 2 horas para fabricar um par de calçados. Nesse período ele produz o suficiente para pagar todo o seu trabalho. Mas, ele permanece mais tempo na fábrica, produzindo mais de um par de calçados e recebendo o equivalente à confecção de apenas um. Em uma jornada de 8 horas, por exemplo, são produzidos 4 pares de calçados. O custo de cada par continua o mesmo assim também como o salário do proletário. Com isso, conclui-se que ele trabalha 6 horas de graça, reduzindo o custo do produto e aumentando os lucros do patrão. Esse valor a mais (mais-valia) é apropriado pelo capitalista e constitui o que Karl Marx chama de "Mais-Valia Absoluta". Além do operário permanecer mais tempo na fábrica o patrão pode aumentar a produtividade com a aplicação de tecnologia.*

Dessa forma, o funcionário produz ainda mais. Porém o seu salário não aumenta na mesma proporção. Surge assim, a "Mais-Valia Relativa". Com esse conceito Marx define a exploração capitalista. Disponível em <http://www.roocarneiro.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/5/2270/15/arquivos/File/mais-valia.pdf> Acesso em 15 de mai. 2017.

[8] Karl Marx. "Valor, trabalho e mais-valia", trecho de Para uma Crítica da Economia Política incluído na coletânea O Leitor de Marx. José Paulo Netto (org.) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

[9] COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 178-180.

[10] COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p 178.

[11] RESENDE, Vera Lúcia Pereira. **Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988**, p. 31.

[12] COMPARATO, Fabio Konder. **"A afirmação histórica dos direitos humanos"**

[13] CARVALHO. Willian Ricardo do Amaral. **Exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais**, p. 21.

[14] DIAS, Antônio Carlos. **A História das Organizações Sindicais**. Arcos. Disponível em: http://www.arcos.org.br/artigos/a-historia-das-organizacoes-sindicais/ Acesso 15 de mai. 2017.

[15] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 82

[16] Wolffenbüttel, Andréa **. O que é? – Dumping.** Disponível em <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23> Ultimo acesso em 30 de maio de 2017.

[17] MARTINS, Eliane Maria Octaviano. MELLO, Lauro Mens de. **Da Concorrência desleal: o "dumping" e globalização**. Busca Legis. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28648-28666-1-PB.pdf> Acesso em 15 de mai. 2017.

[18] CHAVES, Maria Claudia Gomes. Dumping social como fator de precarização das relações de trabalho. **Âmbito Juridico. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8087&revista_caderno=25> Acesso em 15 de mai. 2017.**

[19] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dumping Social nas Relações de Trabalho. Formas de Combate.** Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Disponível em < http://www4.trt23.jus.br/revista/content/o-dumping-social-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-trabalho-formas-de-combate> Acesso em 29 de maio de 2017.

[20] BARROS, Alexandre Rands. **Dependência, *Dumping* Social e Nacionalismo.** Revista da Economia Política, vol. 15, nº 3 (59), julho-setembro/95, p 34-35.

[21] "*O dumping social se apresentando como instituto do Direito Coletivo do Trabalho, por se inserir entre os interesses e direitos difusos e coletivos, direitos humanos de terceira dimensão, pela natureza social que se afigura, somente pode ser postulado em juízo por meio de um dos legitimados ope legis6, ou seja, por meio dos autores ideológicos, que defendem em nome próprio, direitos alheios, com a devida autorização legal. Desta forma, apenas as instituições elencadas nos dispositivos legais mencionados detêm legitimidade para postular tais direitos e interesses, na medida em que a coisa julgada que se produzirá implicará em efeitos erga omnes e ultra partes. Os sindicatos representativos das respectivas categorias profissionais vilipendiadas em tais empreendimentos poderão ajuizar ações moleculares postulando a remoção do ilícito, em conjunto com demais pleitos, inclusive de danos morais coletivos por dumping social, cuja indenização deverá ser revertida para um fundo correlato dos trabalhadores, ou para instituições que se voltem ao combate de tais ilicitudes no campo empresarial, ou que se dediquem a clientela de vulneráveis. Da mesma forma, o Ministério Público do Trabalho poderá pacificar conflitos nesta seara, considerando o interesse público primário envolvido, seja por meio do Inquérito Civil, seja por meio de ações coletivas, com o mesmo desiderato.*" SANTOS. Enoque Ribeiro. **O dumping social nas relações de trabalho -** formas de combate. Revista do TRT 8ª Região. Belém, v.48, n 95, p.1-421, jul/dez/2015, p. 65-66.

[22] MIGALHAS. Itaú é condenado em R$ 20 mi por dumping social. **28 de maio de 2015.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221139,31047-Itau+e+condenado+em+R+20+mi+por+dumping+social> Acesso em 05 de junho de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[23] MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Construtora é punida por dumping social.** 09 de novembro de 2015. MPT no Pará e Amapá. Disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/b779c4ec-8290-4b48-8045-bc7d3cd9b560/!ut/p/z0/jYzJDoIwFEV_BRcsm_fASmGJxBAlRN1hN6YtFetQpsbh78UfMC7PzbkHOFTArXiYRjjTWnGb-MCjY5AjXS-3WOTFjmG6D8rVOg_CDBlsgP8WpkI4lFnZAO-EOxNjTy1UkrFEUa1IHCZIqKQxiZEuiFSsnqs6kYsIv1dz6XueAletdfrloLp3zsdR3IRXa8_cu0HbUfg4zZ5tnVFGjD7-Ve-uXL6f6ewDsF0zlA!!/> Acesso em 05 de junho de 2017.

[24] MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Mantida a condenação de R$1,3 milhão a grupo usineiro por prática de dumping social.** Disponível em <http://www.prt15.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-campinas/410-mantida-condenacao-de-r-1-3-milhao-a-grupo-usineiro-por-pratica-de-dumping-social> Acesso em 05 de junho de 2017.

[25] MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Dumping Social na Brookfield.** Disponível em <http://www.prt10.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-df-to/434-dumping-social-na-brookfield> Acesso em 05 de junho de 2017.

[26] MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Magazine Luiza é condenada em R$ 100 mil por jornada excessiva.** Disponível em <http://www.prt15.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-campinas/300-magazine-luiza-e-condenada-em-r-100-mil-por-jornada-excessiva> Acesso em 05 de junho de 2017.

[27] CAMARA DOS DEPUTADOS. **PL1516/2011**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413> Acesso em 09 de junho de 2017.

www.conteudojuridico.com.br

ESTELIONATO CONTRA PESSOAS IDOSAS: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA

ADILSON RESTANHO: IESB - Instituto Educacional Superior de Bauru.

ANDREA LUÍZA ESCARABELOSOTERO[1]

(orientadora)

RESUMO: O estelionato configura-se crime contra o patrimônio, definido como obter para si ou para outro, vantagem ilícita, causando prejuízo alheio, induzindo ou submetendo alguém ao erro, mediante artificio, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Dentre as vítimas em potencial, destacam-se as pessoas idosas, que são comumente vitimadas por representarem uma grande parcela da população economicamente ativa. O problema de pesquisa que norteou este estudo pautou-se no seguinte questionamento: O crescente número de pessoas idosas vitimadas pelo crime de estelionato se dá pela falta de autonomia frente à sistemática operacional das instituições bancárias? As instituições bancárias têm responsabilidade sob o crime de estelionato ocorrido por meio de suas plataformas de serviços? O objetivo central desta pesquisa foi investigar a responsabilidade subsidiária das instituições financeiras nos casos de golpes envolvendo pessoas idosas. Como objetivos específicos pretendeu-se identificar se os idosos são vítimas em potencial por não se familiarizarem com as novas tecnologias digitais, analisar as políticas públicas de proteção voltadas para a terceira idade e verificar quais os golpes mais comuns praticados por estelionatários tendo como vítima a pessoa idosa. Para tal realizou-se uma pesquisa qualitativa do tipo bibliográfica. Como instrumentos para coleta de dados utilizou-se a análise aprofundada da legislação vigente acerca do crime de estelionato bem como, o Estatuto da Pessoa Idosa, dados estatísticos oficiais e a literatura recente que versa sobre a temática. Pudemos concluir que há responsabilidade das instituições bancárias por ofertarem serviços que não respeitem a singularidade das pessoas idosas e as colocam em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Estelionato. Pessoas idosas. Instituições bancárias.

1 INTRODUÇÃO

Por conta de sua peculiaridade e de sua fase de desenvolvimento humano, os idosos tem sido vítimas em potencial de pessoas cuja intenção é a de aplicar golpes e beneficiar-se utilizando meios fraudulentos. Em decorrência do advento das novas tecnologias essas pessoas encontraram um campo de atuação bastante vulnerável

devido ao desconhecimento e falta de habilidade das pessoas idosas para lidarem com essas ferramentas.

As instituições bancárias ao reformularem suas plataformas operacionais criou um universo de possibilidades para estes criminosos atuarem, pois, essas instituições não desenvolveram uma política de adaptação e inclusão da população idosa. Por vezes, os bancos não utilizam de linguagem clara e objetiva o que dificulta ainda mais o entendimento e a acessibilidade por parte dos idosos.

Aproveitando-se da baixa escolaridade e do pouco entendimento dos idosos estelionatários aplicam uma série de golpes financeiros e fraudes em concessões de empréstimos consignados, visando aproveitar-se dos proventos oriundos de aposentadorias ou pensões.

Comumente as pessoas idosas são vítimas de golpes e fraudes envolvendo operações bancárias. Esses delitos são praticados em decorrência da falta de conhecimento e habilidade em operar as ferramentas tecnológicas presentes nas instituições bancárias como caixas eletrônicos, *Internet Banking* e aplicativos de celulares. Os criminosos se fazem valer desse estado de vulnerabilidade para atuarem aplicando golpes nessa população.

O apelo midiático envolvendo vantagens e possibilidades com ofertas de empréstimos consignados e cartões de crédito, acaba por criar um universo atrativo para esta clientela que enxerga uma possibilidade de resolução de dificuldades financeiras. Porém, as instituições não esclarecem de forma clara e objetiva as particularidades dessas operações e das ferramentas que utilizam, promovendo uma seara bastante vulnerável para que estelionatários possam agir, aplicando golpes e fraudes em pessoas idosas.

O crescente número de pessoas idosas vitimadas pelo crime de estelionato se dá pela falta de autonomia frente à sistemática operacional das instituições bancárias? As instituições bancárias têm responsabilidade sob o crime de estelionato ocorrido por meio de suas plataformas de serviços?

Como objetivo geral desta pesquisa destaca-se investigar a responsabilidade subsidiária das instituições financeiras nos casos de golpes envolvendo pessoas idosas. Como objetivos específicos pretende-se identificar se os idosos são vítimas em potencial por não se familiarizarem com as novas tecnologias digitais, analisar as políticas públicas de proteção voltadas para a terceira idade e verificar quais os golpes mais comuns praticados por estelionatários tendo como vítima a pessoa idosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2 O CRIME DE ESTELIONATO

Caracteriza por estelionato o crime previsto no artigo 171 do Código Penal "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento" (BRASIL, 2018).

O Código Penal brasileiro traz em seu capítulo VI o crime de estelionato e outras fraudes. Neste sentido, Mirabete (2002 p.301), afirma que a conduta ilícita tipificada como estelionato tem o seguinte conceito: O estelionato, cuja denominação deriva de *stellio* (lagarto que muda de cores, iludindo os insetos de que se alimenta), é assim definido na lei: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer meio fraudulento: Pena – reclusão, de um a cinco anos e multa" (art. 171, caput).

Segundo Mirabete,

> Existe o crime, portanto, quando alguém emprega qualquer meio fraudulento, induzindo alguém em erro ou mantendo-o nessa situação e conseguindo assim, uma vantagem indevida para si ou para outrem, cm lesão patrimonial alheia (MIRABETE, 2002, p.301).

O sujeito ativo do crime de estelionato pode ser qualquer pessoa, ou união de duas pessoas, como observados nos casos denominados de "contos do vigário". De acordo com Mirabete (2002) o sujeito passivo do estelionato é a pessoa que sofre diretamente o dano patrimonial, comumente é a mesma pessoa que é enganada. O prejuízo sofrido por alguém poderá também atingir terceiros, o que se caracteriza por prejuízo alheio. (MIRABETE, 2002, p.303).

Para Mirabete (2002, p.303) "O sujeito passivo do delito deve ser pessoa certa e determinada não ocorrendo estelionato, mas crime contra a economia popular quando atingidas vítimas indeterminadas [...]".

2.1 Estelionato contra pessoas idosas

Em 2015 por meio da Lei n.13.228, o artigo 171 do Código Penal foi alterado para estabelecer aumento de pena quando se tratar de estelionato praticado contra o idoso, autorizando aplicação de pena em dobro nestes casos (BRASIL, 2018).

Consiste, pois, em caso de aumento de pena e é aplicada na terceira fase da dosimetria da pena. Com essa mudança na lei veda-se o sursis processual no caso de estelionato contra idoso.

Com o advento da lei quem comete estelionato contra idoso não terá direito à suspensão condicional da pena, concedida aos condenados por estelionato simples, cuja pena é inferior há um ano, pois com a redação do §4 do art. 171, que define que a pena mínima aos delitos de estelionato contra idosos seja de 2 anos (BRASIL, 2018).

3 A PESSOA IDOSA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A GARANTIA DE SEUS DIREITOS

O mundo todo se encontra em um processo de demográfico único e irreversível que resultará em maiores populações de pessoas idosas em todos os países. Segundo a ONU (Organização das Nações Unidas) as taxas de fertilidade estão diminuindo expressivamente a proporção de pessoas com 60 anos ou mais deve duplicar entre 2007 e 2050, e seu número atual deve mais que triplicar, alcançando dois bilhões em 2050. Na maioria dos países, o número de pessoas acima dos 80 anos deverá quadruplicar para quase 400 milhões de pessoas no mesmo período (ONU, 2019).

O número global de pessoas idosas, com 60 ou mais anos de idade, tem projeção para aumentar para 1,4 bilhão em 2030 e 2,1 bilhões em 2050, época em que todas as regiões do mundo, exceto a África, terão quase um quarto ou mais de suas populações de pessoas com idade superior a 60 anos. Em 2100, o número de pessoas idosas pode alcançar 3,1 bilhões.

Segundo dados do Ministério da Saúde, o Brasil, em 2016, possuía a quinta maior população idosa de todo o mundo, e, em 2030, esse número de idosos ultrapassará o total de crianças entre zero e 14 anos.

Mediante o exposto o governo precisa pensar em políticas públicas que atendam de forma adequada e eficaz essa parcela numerosa da população, pensando nisso em 2003 foi promulgada a lei que cria o Estatuto do Idoso, documento que visa à garantia dos direitos das pessoas idosas.

De acordo com o Estatuto do Idoso considera-se pessoa idosa aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. O referido documento criado para regular os direitos relacionados a esta população preconiza que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003, p.15).

Em um País marcado pela desigualdade social, o qual somente no ano de 2003 teve uma lei específica para amparar juridicamente a essa população que avança em idade cronológica, porém mantendo-se ativa em atividade laboral, os criminosos que perpetuam tal delito aproveitam-se de tamanha dificuldade em acesso a estas novas tecnologias, associado ao fato que para o idoso, ao cair no ardil de um golpe lhe causou prejuízo financeiro, além do fator econômico, existe a vergonha moral da vítima, que em muitos casos culpa-se por ter caído em um golpe, é a dupla vitimização.

4 O DIREITO DO CONSUMIDOR

De acordo com o Código de Proteção ao Consumidor para que haja a proteção garantida pela referida lei é necessário que haja uma relação de consumo. Segundo Nery Junior (1995, p. 270), "entende-se por relação de consumo a relação jurídica entre fornecedor e consumidor tendo como objeto o produto ou o serviço."

Portanto, a relação de consumo é entendida como toda relação jurídica existente entre o sujeito que consome e o que fornece o produto ou serviço. Desse modo é possível afirmar que entre a instituição bancária e o cliente do banco há esta relação de consumo e que os bancos são prestadores de serviços, passíveis às sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor.

5 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa descritiva bibliográfica de abordagem qualitativa. A pesquisa qualitativa é uma investigação científica que enfatiza o caráter subjetivo de um estudo analisado, dando ênfase a suas particularidades. Desse modo em uma pesquisa de abordagem qualitativa os dados não podem ser quantificados, pois propõe-se a entender o comportamento do recorte da realidade, compreendendo que o objetivo do estudo é entender o porquê da ocorrência de certos fenômenos tendo como foco principal a abordagem e não apenas dados mensuráveis (GIL, 2002).

Como instrumentos para coleta de dados utilizaremos a legislação vigente, as normas e a literatura que versa sobre a temática. Utilizaremos também estatísticas

criminológicas e documentos oficiais. Os dados serão interpretados hermêuticamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento das novas tecnologias as instituições bancárias reformularam toda sua estrutura de atendimento e de operacionalização, essas modificações exigiram dos clientes conhecimentos acerca do universo digital. As instituições por sua vez, não criaram meios para atender às necessidades da clientela de pessoas idosas que encontram certa dificuldade e resistência em interagir com as novas tecnologias, fato este que facilitou a ação de golpistas e estelionatários.

Os criminosos se fazem valer do desconhecimento das particularidades das novas tecnologias por parte das pessoas idosas para agirem aplicando golpes que envolvem a obtenção de senhas de cartões bancários, empréstimos consignados, dentre outros delitos.

Desse modo há o entendimento de que as instituições bancárias possuem responsabilidade legal ao ofertarem serviços que não respeitem a singularidade das pessoas idosas e as colocam em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

_____. Decreto-lei 2848, de 07 de dez. de 1940. Código Penal. In*: VADE mecum.* São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Lei n.8078, de 11 de set. de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 09 nov. 2019.

_____. Lei n.10741, de 1 de out. de 2003. Estatuto do Idoso. Brasília. DF. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70326/672768.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva.

CÉSAR, Solange de Campos. A responsabilidade civil das instituições bancárias à luz do Código de Defesa do Consumidor. Taguatinga: FACITEC, 2009. 96 f.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. v. 1. 17 ed. Niterói: Impetus, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. 20ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson, *et al*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ONU.A ONU e as pessoas idosas . Disponível em: <https:nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em: 20 out.2019.

[1] Docente Mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru. E-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

THAMARA PAIVA SILVA: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus-ULBRA.

RESUMO: este trabalho examinará o impacto nos jurados pela exposição à cobertura da mídia sobre questões legais. As decisões dos jurados podem ser influenciadas por uma ampla gama de informações juridicamente relevantes obtidas de fontes midiáticas, incluindo reportagens de jornais, notícias de rádio e televisão, publicidade, filmes e programas de crimes e cenas de tribunal na televisão. precisão. Ocorre que, por existir tantos meios de comunicações essas notícias acabam influenciando na decisão do júri. Será apresentado uma visão geral sobre os aspectos históricos do Tribunal do Júri no mundo e no Brasil, ressaltando sua composição, seu procedimento e princípios constitucionais. Por fim, alguns casos reais como o da "Isabella Nardoni" onde podemos identificar os problemas de uma pré condenação causada pelos rumores das notícias que são veiculadas de forma quantitativa e não verídicas, reiterando a sociedade de apenas de achismo.

Palavras-chave: Juris e mídias sociais. Influência. Conflito. Direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1 INtrodução. 2 Contexto Histórico Do Tribunal Do Júri. 3 Princípios Que Regem O Tribunal Do Júri. 3.1 Princípio Da Plenitude Da Defesa. 3.2 Princípio Do Sigilo Nas Votações. 3.3 Princípio Da Soberania Dos Veredictos. 4 Composição Do Júri. 5 A Mídia E O Tribunal Do Júri. 5.1 O Poder De Inflência Da Mídia. 5.2 O Princípio Da Presunção De Inocência E A Mídia. 6 Casos De Grande Repercussão. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste artigo é analisar até que ponto a mídia pode influenciar sobre uma sentença no Tribunal do Júri, evidenciando o seu papel para com a sociedade e o que isso pode causar.

Existe um princípio fundamental da lei que determina que um acusado tem direito a um julgamento justo e as informações relativas a condenações anteriores de um acusado não devem ser disponível ao júri, pois isso pode influenciar seu veredito. Entretanto, tal abusividade da grande cobertura jornalística é justificada pelo princípio da liberdade de imprensa e da publicidade dos atos jurisdicionais que, em contrapartida, vem afetando o direito do réu de ser julgado de maneira imparcial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e ética. Indagando-se até que ponto um direito pode ser superior a outro? Será que a justiça realmente está sendo aplicada?

Adiante, além de tal influência midiática, também será apresentado uma breve evolução histórica do Tribunal do Júri no mundo e no Brasil, com um recorte de como era antes e como ficou após a Constituição Federal de 1988, bem como sua composição, abordando como é escolhido o corpo de jurados, seus impedimentos e suspeição, analisando, ainda, o procedimento com uma ordem cronológica e seus princípios constitucionais.

O foco do estudo é explorar até onde a mídia pode influenciar nas decisões de cada jurado. Discussão essa, que sem dúvidas é fundamental para a democracia e para o funcionamento da justiça no Brasil. Onde de um lado temos a mídia e a liberdade de imprensa e do outro, os limites democráticos e legais.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO TRIBUNAL DO JÚRI

A origem do júri é imprecisa, tanto que até mesmo Carlos Maximiliano concluiu, após demasiada pesquisa sobre o assunto, que "as origens do instituto, são tão vagas e indefinidas, que se perdem na noite dos tempos".

Pode ter sido revelada pela população indígena da Inglaterra ou ter sido levada para lá pelos invasores normandos em 1066. Originalmente, os jurados eram testemunhas de bairro que julgavam com base no que eles próprios sabiam. O colapso da sociedade medieval e o crescimento das cidades mudaram o papel do júri, que passou a determinar os fatos do caso com base nas evidências apresentadas em tribunal. A disponibilidade do júri nas cortes do rei pode ter sido um fator-chave na centralização das cortes do país sob o rei e na criação do direito comum. No século 15, modos irracionais de julgamento, como formas de provações através de tortura, por exemplo, foram substituídos pelo julgamento do júri, que se tornou a forma estabelecida de julgamento para casos criminais e civis no direito comum.

Há também viés históricos no sentido de que o Tribunal do Júri foi primeiramente instituído na Palestina, da mesma forma, outras correntes apontam para a Grécia e Roma Antiga. Os posicionamentos dos doutrinadores se dão através de combinações de acervos históricos, pois tal instituição está ligada a povos muito antigos não muito estudados e a falta de características determinantes e unânimes para identificar sua existência

Em uma visão moderna, a instituição encontra-se na Carta Magna da Inglaterra, em 1215, sendo ali propagada pelo mundo. De acordo com Nucci (2008, p. 33), a Magna Carta, em seu artigo 48, preceitua: "Ninguém poderá ser detido, preso

ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares segundo as leis do país".

Após uma análise histórica detalhada, observa-se que o Júri adotado no Brasil é de origem inglesa, em decorrência da própria aliança que Portugal sempre teve com a Inglaterra, em especial, depois da guerra travada por Napoleão na Europa, onde a família real veio para o Brasil e com ela todos os costumes e segmentos europeus.

No Brasil, o tribunal do júri surgiu através da Lei de 18 de julho de 1822. O tribunal era composto por 24 cidadãos que deveriam possuir alguns requisitos, dentre os quais ser "bons, honrados, inteligentes e patriotas", nomeados pelo corregedor e ouvidores do crime, por requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda com o objetivo de julgar os crimes de abuso da liberdade de imprensa, sendo as decisões passíveis de revisão somente pelo Príncipe Regente.

O Tribunal do Júri nasceu em um ambiente político conturbado e, mesmo o Brasil tornando-se independente de Portugal, as leis portuguesas seguiram por um determinado período em nosso território, por força de um Decreto Lei de 20 de outubro de 1823.

Em 1824, com a instituição da primeira constituição do Brasil, o tribunal popular foi reafirmado como órgão com competência para julgar crimes que afetavam determinados bens jurídicos, em especial, os crimes contra a vida, sendo considerada parte do Poder Judiciário. Composta por juízes e jurados estabelecendo o poder judiciário, onde os juízes aplicavam as leis e os jurados se pronunciavam sobre os fatos. Sua competência abrangia tanto a área civil quanto a criminal.

Em janeiro de 1842 foi feito o decreto nº 120 que trouxe grandes mudanças para o júri do Império. A decisão deixou de pertencer aos jurados para ser feita pelas autoridades políticas e juízes municipais. Em 1850, a competência foi reduzida através do Decreto nº 707, voltando a sua competência a ser ampliada em setembro de 1871 pelo Decreto n. 2033. Depois de proclamada a República, o júri foi preservado com o Decreto n.º 848 de 1890. Em 1893, o Júri entra no rol dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal.

Com a constituição de 1934, o júri voltou a ser inserido no capítulo referente ao Poder Judiciário, conferindo ao Poder Legislativo o poder de alterá-lo conforme a sua conveniência. Em 1937, foi totalmente retirado do texto constitucional, mas alguns juristas acreditavam que haveria uma brecha nesse entendimento através do artigo 183, o qual prescrevia estar em vigor as leis que, implícita ou explicitamente, não contrariavam as disposições da citada constituição. Não obstante, em 1938

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

surgiu o Decreto nº 167, que institui o júri e restringe a sua competência aos crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou auxílio ao suicídio, duelo com resultado morte ou lesão seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada.

Em 1946 o Tribunal do Júri voltou ao texto constitucional, no capítulo dos direitos e garantias individuais, com prerrogativas, competências, consagração dos princípios norteadores do Júri, tais como o sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu, a soberania dos veredictos. Deixando ao legislador apenas a função de delimitar o âmbito de atuação do instituto.

Em 23 de fevereiro de 1948 foi editada a Lei nº 263, responsável por impedir que o tribunal *ad quem* reformasse a decisão dos jurados e fixasse regras sobre circunstâncias agravantes e atenuantes, dentre outras disposições de grande valia a uma abordagem democrática.

Finalmente, com a nova Constituição de 1988, o júri foi previsto dentro do capítulo dos direitos e garantias individuais, trazendo em seu artigo 5º, XXXVIII os princípios da Soberania dos veredictos, sigilo das votações e plenitude de defesa. Com competência de julgar apenas os crimes dolosos contra a vida. Destaca Nucci (2013, p,751):

> Trata-se de uma garantia ao devido processo legal, este sim, uma garantia ao direito de liberdade. Assim, temos a instituição do Júri, no Brasil, para constituir o meio adequado de, em sendo o caso, retirar a liberdade do homicida. Nada impede a existência de garantia da garantia, o que é perfeitamente admissível, bastando ver, a título de exemplo, que o contraditório é também garantia do devido processo legal. (...) as pessoas têm direito a um julgamento justo feito por um tribunal imparcial, assegurado a ampla defesa (...). Por outro lado, não deixamos de visualizar no júri, em segundo plano, um direito individual, consistente na possibilidade que o cidadão de bem possui de participar, diretamente, dos julgamentos do Poder Judiciário.

Nessa nova Constituição Federal, o Tribunal do Júri deve ser compreendido como um direito que o povo tem de participar diretamente das decisões do Poder Judiciário e a garantia para os acusados ao devido processo legal, quando da prática de crimes dolosos contra a vida.

3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O TRIBUNAL DO JÚRI

Princípios constitucionais protegem os valores fundamentais da ordem jurídica e, em relação ao instituto do Júri, são estes os previstos na nossa Constituição Federal:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> XXXVIII – É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
>
> a) a plenitude de defesa;
>
> b) o sigilo das votações;
>
> c) a soberania dos veredictos;
>
> d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

3.1 Princípio da plenitude da defesa

Ao Tribunal do Júri, aplica-se o princípio da plenitude da defesa, qual é superior a ampla defesa, perante o conselho de sentença. Não é levado em consideração apenas pontos de vista técnicos, mas também aspectos morais e religiosos, direcionando a defesa a todos os meios que protejam o acusado (CAPEZ, 2009).

Dentro dessa ideia, Nucci nos ensina que não é apenas princípio da instituição do Tribunal do Júri, mas também se dá como garantia humana fundamental de proteção aos réus, particularmente. É assegurado ao acusado, de maneira geral, a ampla defesa, através do trabalho do defensor de maneira vasta, extensa e abundante. Entretanto, esse mesmo trabalho não necessariamente se dá de forma completa, integral, perfeita.

Para melhor entendermos, Dezem ainda nos explica que a plenitude de defesa não se assemelha com a ampla defesa, visto que a defesa no Tribunal do Júri deve ser mais efetiva, sob pena de nulidade do ato, caso o julgador entenda que o Réu não foi devidamente defendido.

3.2 Princípio do sigilo nas votações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também nos adequamos, nesse sentido, ao princípio do sigilo nas votações, onde os jurados irão decidir pela singularidade de suas opiniões, já que a votação é realizada em uma sala secreta, onde pode-se questionar e refletir sobre o teor do processo.

> O sigilo nas votações é princípio informador específico do Júri, a ele não se aplicando o disposto no art. 93, IX, da CF, que trata do princípio da publicidade das decisões do Poder Judiciário. Assim, conforme já decidiu o STF, não existe inconstitucionalidade alguma nos dispositivos que tratam da sala secreta (CPP, arts. 485, 486 e 487). Quando a decisão se dá por unanimidade de votos, quebra-se esse sigilo, pois todos sabem que os sete jurados votaram naquele sentido. Por esta razão, há quem sustente deva a votação do quesito ser interrompida assim que surgir o quarto voto idêntico (sendo apenas sete os jurados, não haveria como ser modificado o destino daquele quesito) (CAPEZ, 2012, p. 629).

Logo, pode-se entender que o sigilo nas votações é o princípio que visa a garantia da segurança dos jurados que dela participam.

3.3 Princípio da soberania dos veredictos

Quanto ao princípio da soberania dos veredictos, o qual presume que o Tribunal do Júri é soberano e os jurados possuem a liberdade para apreciar o mérito e não precisando motivar os votos. Mas, ainda assim, deve-se respeitar o devido processo legal, tendo o acusado direito ao duplo grau de jurisdição.

Nesse contexto, Nucci nos explica:

> A soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexiste outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri. (2012, p. 387).

No entanto, havendo confronto entre o princípio da soberania dos veredictos e o princípio do duplo grau de jurisdição, este segundo só deverá prevalecer se a

decisão for manifestamente contrária às provas do processo. Assim, o tribunal superior julgado procedente o apelo, poderá determinar novo julgamento. Porém, o órgão julgador será também o júri popular (NUCCI, 2012).

> A soberania dos veredictos traduz a ideia de que, como regra, a decisão do tribunal do júri não pode ser substituída por outra, proferida pelos tribunais do poder judiciário. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que "a soberania do veredicto do júri não exclui a recorribilidade de suas decisões. (PAULO, 2012 p.170).

Significa dizer que a decisão é passível de recurso para os tribunais do Poder Judiciário, especialmente quando se trata de decisão contrária à prova dos autos. No entanto, vale ressaltar que, devido à soberania dos veredictos, o Tribunal deverá remeter os autos novamente à comarca para que se realize novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

4 COMPOSIÇÃO DO JÚRI

A composição do Tribunal do Júri tem fundamento no Código de Processo Penal, sendo composto por um Juiz de Direito (intitulado Presidente) e vinte e cinco jurados que serão sorteados dentre os alistados. Destes vinte e cinco, sete serão escolhidos para comporem o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento, assim disposto no Artigo 477 do CPP.

Nucci (2013, p.785) posiciona-se diante do dever do tribunal julgar de forma justa e imparcial:

> "A formação do corpo de jurados do Tribunal do Júri poderia, de algum modo, afetar o princípio constitucional da plenitude de defesa? Poderia um corpo de jurados de elevado nível cultural agir imparcialmente para julgar um réu simplório e ignorante, autor de um crime violento? Resta-nos analisar o que seria considerado um par, pois o júri é a instituição destinada a promover o julgamento do réu pelos seus pares. Par é a pessoa humana, aquele que é igual, semelhante, parceiro, lembrando-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, é natural que possa uma pessoa ignorante julgar o culto e vice-versa (...). Somos da opinião de que o julgamento pelos pares significa apenas a garantia de um ser humano leigo julgando outro, além do que cultura e formação não são qualidades justificadoras da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> dispensa de um jurado. É preciso lembrar que o povo julgará o homem e também teses jurídicas, de modo que as partes precisam falar a quem possa entender o espírito da lei, a fim de que as decisões não se distanciam em demasia da legislação penal vigente (...). Em suma, por ora, cremos ser preferível garantir um conjunto de jurados preparados do que, a pretexto de afirmar uma composição mista, escolher para a organização do júri, indivíduos incultos e totalmente impossibilitados de compreender os assuntos debatidos em plenário."

Os jurados que irão compor o Conselho de Sentença são pessoas residentes na própria comarca e são inscritas em uma lista geral, dispõe o caput do Artigo 425 do Código de Processo Penal:

> Art. 425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população.

No mesmo artigo, o Código nos dispõe que a demanda de pessoas escolhidas para a celebração da audiência poderá ser aumentada e, também, organizada uma lista de suplentes, se assim o Juiz da comarca achar necessário.

O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral, conforme art. 439 do Código de Processo Penal. Poderão participar como jurados os cidadãos maiores de 18 anos, sendo facultativo aos 14 maiores de 70 (setenta) anos (art. 437, IX, Código de Processo Penal).

Na lista geral dos jurados deverá apresentar o nome e profissão e será publicada pela imprensa, bem como afixada na porta do fórum, até o dia 10 de outubro de cada ano, conferindo-se publicidade ao ato de escolha dos jurados, juízes leigos. Em seguida à organização da pauta, o juiz presidente intimará os representantes do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica, conforme art. 432 do Código de Processo Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esse sorteio deverá ser feito a portas abertas, sendo que deverá sortear da lista geral, 25 (vinte e cinco jurados) para as reuniões periódicas ou extraordinárias (art. 433 do CPP). A lista dos sorteados será fixada no edifício do Tribunal do Júri, para dar publicidade à escolha. No dia da Sessão de Julgamento, dos 25 (vinte e cinco) jurados sorteados, se estiverem presentes no mínimo 15 (quinze) o juiz presidente declarará instalados os trabalhos. Se não houver no mínimo 15 (quinze) jurados dos 25, será feito os 15 sorteios dos suplentes e remarcada a sessão o júri.

Além disso, o jurado somente poderá ser dispensado de compor o Conselho de Sentença, por decisão motivada do Juiz Presidente, consignada na ata dos trabalhos, conforme art. 444 do Código de Processo Penal.

5 A MÍDIA E O TRIBUNAL DO JÚRI

5.1 O poder de influência da mídia

A mídia está em constante busca pela audiência, utilizando métodos e técnicas para tornar a notícia atrativa ao público em geral. Portanto, o interesse que predomina não é o de transmitir informações verídicas, pois a verdade, em muitos casos, não é sua prioridade, fazendo com que o que é transmitido tenha uma chamativa mais curiosa e soando como espetáculo. Nesse contexto, o Professor Marcos Luiz Alvez de Melo (2017) explica:

> O apelo popular nos crimes contra a vida é tão forte que foi criado um novo formato de programas televisivo com teor policial em diversas emissoras, espetacularizando o cárcere e fomentando um ódio cego ao crime e ao criminoso, e tendo por consequência uma sede por uma suposta justiça, que só se satisfaz através de uma vingança selvagem.

Na Constituição, o direito de mídia é resguardado entre os direitos e garantias fundamentais, quando falamos em liberdade de expressão, liberdade de imprensa, sendo um direito de todos a informar, comunicar ou declarar opinião e o direito de ser informado.

> Artigo 5º - (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O legislador empregou artigo próprio para tratar desses direitos, lhes conferindo privilégio, nos seguintes termos:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Entretanto, o direito de informar não é absoluto, como tantos outros direitos. Determinado direito deve ser ponderado, diante outros direitos fundamentais igualmente garantidos na constituição. Não podendo fugir ao seu objetivo principal que é o de proporcionar à sociedade informações verdadeiras, diante de situações que podemos formar opiniões, principalmente aqueles ligadas aos crimes contra a vida.

Quando a justiça passa a ser cumprida pelo povo, como é o caso do Tribunal do Júri, as chances de surgir injustiças são extremamente maiores, visto que os cidadãos eleitos para exercer devida função, levam com si seus medos, suas raivas e preconceitos para o tribunal. Diante disso, Gomes (2009) nos explica que quando a emoção fala mais alto que a razão, tudo que satisfaz a ira da massa, a falta de segurança coletiva passa a ser válido e justo.

> Quais são os fatores mais recorrentes na formação da opinião pública? A cor, o status, o nível de escolaridade e a feiura (ou beleza) do réu; de outro lado, a fragilidade, a cor da pele e dos olhos da vítima. Quanto mais frágil a vítima (criança indefesa, por exemplo), mais empatia ela conquista da opinião pública. Outro fator fundamental na atualidade como enfatizou: a existência de um familiar da vítima que tenha boa presença midiática (que fale em justiça, segurança, que critique os juízes, a morosidade do judiciário, que peça penas duras, endurecimento do sistema penal etc.) (GOMES, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Logo, a mídia acaba criando uma realidade totalmente paralela à do mundo real. No mundo tão competitivo como o dos noticiários, é fundamental atrair e conquistar o telespectador com mensagens atrativas, não se importando se aquilo que está sendo divulgado condiz com a verdade.

Nos explica, ainda, o Promotor de Justiça Paulo Freitas:

> A mídia, como visto, exerce um papel preponderante na dinamização dos sistema penal pós-moderno. E parte desse papel consiste justamente em disseminar a insegurança, explorando o fenômeno crime de forma a incutir na crença popular um medo do crime que não necessariamente corresponde à realidade da violência. A mídia reforça e dramatiza a experiência pública do crime, colocando o fenômeno criminal na ordem do dia de qualquer cidadão. (FREITAS, 2016, p.150).

O jornalismo que deveria ser informativo e seguido da realidade, vem cedendo espaço a uma cultura que torna a violência um devido espetáculo, banalizando aquilo que é justo, de forma apelativa e emotiva, distorcendo a eficiência das decisões penais. Divulgar julgamentos faz com que a sociedade se envolva com o caso e assim procure interagir, participando da decisão de punir ou não, preliminarmente, àqueles que transgredirem as leis.

5.2 O princípio da presunção de inocência e a mídia

O princípio da presunção de inocência encontra-se no artigo 5º, LVII da nossa Carta Magna, dispondo 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: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Inicialmente, foi prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Nesse contexto, Canotilho et al. (2013, p. 441):

> O Princípio da presunção da inocência passou a ganhar forma a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e também das em relação a discussão sobre o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> poder punitivo do estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção da inocência, resultando assim na inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Conforme este princípio, o ônus da prova cabe à acusação e não a defesa. Dessa forma, Nucci (2005, p.74) relata:

> "As pessoas nascem inocentes, sendo esse o mesmo estado natural, razão pela qual, torna-se indispensável que o estado evidencie com provas suficientes a culpa do réu."

Quando a imprensa se utiliza de fatos sensacionalistas e imparciais, expondo, de certa forma, o acusado e de maneira que o condenem, o princípio da presunção da inocência é ferido, ocorrendo o impasse entre a liberdade de imprensa e a presunção de inocência, de acordo com Melo (2010). Quando os referidos princípios se chocarem, deve-se ponderar com proporcionalidade. Dessa forma, Jairo Gilberto Schafer explica:

> O princípio da proporcionalidade permite que o magistrado; diante da colisão de direitos fundamentais, decida de modo que se maximize a proteção constitucional, impedindo o excesso na atividade restritiva aos direitos fundamentais. O objetivo não é anular um ou outro princípio constitucional, mas encontrar a solução que mantenha os respectivos núcleos essenciais (2007, p. 131 apud, Leite Bruna, 2011, p.19).

Diante do conflito entre dois direitos fundamentais, deve-se analisar o caso concreto para saber qual direito deve recuar, sempre agindo com proporcionalidade para que um não prejudique o outro.

6 CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO

Muitos casos ocorreram sob grande repercussão da mídia, como exemplo, podemos citar o goleiro Bruno Fernandes, acusado de homicídio de Elisa Samúdio, em julho do ano de 2010, condenado a 22 anos e 3 meses pelo homicídio e também pela ocultação do corpo.

> Apesar de se tratar de um caso criminal sui generis um típico caso de homicídio sem cadáver, em que a ausência do corpo da vítima não só acarreta sérias dúvidas sobre a morte em si, como, outrossim, acerca do modus operandi do crime que, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> se tratando de homicídio, tem influência direta na pena, a mídia de um modo geral logo no início das investigações, deu como "certa" a morte da vítima, apontando logo de cara Bruno Fernandes como o principal mentor intelectual do crime, como também cuidou de apresentar detalhes de como os fatos teriam ocorrido e qual o destino dado ao corpo da vítima. Nenhum único vestígio do corpo foi localizado até o momento. (FREITAS, 2016, p.240).

Todo o seu julgamento podia ser visto minuto a minuto no site do G1. Houve tanta repercussão que o advogado de defesa no debate oral disse que a imprensa estava manobrando para condenar seu cliente. Além disso, ele argumentou que não havia provas contra Bruno e pediu que os jurados não fossem escravos da mídia. (CARVALHO, 2016).

Nesse caso, mais uma vez os limites da mera notícia, do direito e do dever constitucional à liberdade de manifestação do pensamento, do direito de informar foram além, foram superados. A neutralidade e a objetividade com que deveria se pautar a notícia jornalística, mais uma vez cedeu lugar ao espetáculo midiático. (FREITAS, 2016, p.240).

O papel da mídia é fazer o jornalismo, mas não apresentar culpados e previamente condená-los. Desse modo, deve-se sempre esperar a confirmação para que se propague a notícia e principalmente no caso de crimes dolosos contra a vida, onde indiretamente acontece um paralelo julgamento prévio. (DOURADO, 2014)

Outro caso similar, para ajudar a compreender o estudo, é o de Isabella Nardoni, uma criança de 5 anos de idade, jogada do 6º andar do Edifício London em São Paulo. O caso foi acompanhado por toda a população brasileira, desde a notícia da queda da menina, passando pelo momento da prisão do pai e da madrasta, a reconstituição do crime, das provas e, enfim, a condenação dos dois acusados pelo homicídio triplamente qualificado.

O caso, de fato, atraiu os olhos de qualquer um que estava ciente do que havia ocorrido e devido a tamanha repercussão as reportagens induziram os telespectadores a acreditar que o pai e a madrasta eram culpados pelo assassinato da Isabella muito antes de terem entrado no Tribunal para serem julgados.

É nítido que o direito de defesa do devido processo legal, da imparcialidade do jurados, dentre outros, foram violados, sendo julgados, assim como a maioria, apenas por infinitas suposições que levaram a crer que eles eram culpados no momento em que tudo ainda eram especulações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O juiz que presidiu o julgamento dos Nardoni afirmou, um pouco antes da pronunciar a sentença, que tendo em vista a grande repercussão do caso, o referido julgamento era uma resposta a sociedade tão calejada de casos sem solução pela justiça brasileira.

Esse tipo de assunto cria grande comoção na sociedade, por se tratar de crimes bárbaros e que causam repulsa na sociedade. Logo, é gerado na população um imenso interesse pelos fatos, e a mídia, com desejo de alimentar tal interesse e ganhar sua visibilidade notória, produz recursos de provas com intuito de persuadir seu público. Como consequência lógica deste comportamento, é questionável a imparcialidade do júri, pois ao se adquirirem a responsabilidade de condenar ou absolver o réu se deixam influenciar pelo que é exposto pela mídia.

Milhares de casos como este acontecem em todo o Brasil, porém vários não chegam ao conhecimento público, e muitas vezes por não possuir provas materiais, os acusados são absolvidos.

As responsabilidades e os limites de todos os envolvidos têm que ser levado em conta, tendo um cuidado maior quanto à divulgação dessas informações para que a verdadeira justiça se faça presente e seja a mais imparcial possível.

7 CONCLUSÃO

A natureza acelerada do mundo da cobertura da mídia significa que as pessoas começam a formar opiniões mais rapidamente hoje do que no passado. Isso significa que, a partir do momento em que um jurado entra no tribunal, eles já são tendenciosos na maneira de tomar decisões sobre o caso. Por exemplo, se alguém assiste a um programa no qual um psicólogo jurídico costuma ser retratado como não confiável ou confiável, na próxima vez em que atua como jurado, essa pessoa pode se dirigir a psicólogos com viés inconsciente. Muitas vezes, as pessoas nem percebem que estão olhando para as pessoas com preconceito até que apresentem razões para suas decisões posteriormente.

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso foi compreender a forte influência que a mídia exerce sobre os crimes no tribunal do júri e colocar em destaque a necessidade de formar um ambiente adequado para o julgamento desses crimes, possibilitando que os juízes togados ou leigos não sejam influenciados ao tomarem suas decisões, formando suas convicções apenas em provas e alegações produzidas no decorrer do processo.

Os membros do Conselho de Sentença decidem o destino do réu, porém o nível social, educacional e cultural destoam do réu e este deve ser julgado pelos seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pares, ou seja, por iguais. São alguns dos pré-conceitos determinantes nas decisões dos jurados, além dos já citados.

A mídia comove com seus sensacionalismos e colabora agravando ou atenuando o crime, desvirtuando um juízo em igualdade. As circunstâncias interferem em toda decisão que pode sentenciar o réu a uma punição desproporcional a aconselhada pelo ordenamento jurídico. Assim, avaliando as influências psicológicas na decisão dos jurados podemos concluir que estes não decidem o direito, apenas o fato.

Diante do exposto, ressalta-se que a mídia detém do seu direito de liberdade de expressão, garantindo, consequentemente, a liberdade de imprensa, mas deve-se respeitar a imparcialidade e ter discernimento para decidir o que será transmitido, pois o papel principal é informar e não tomar partido de nenhum lado, a fim de que os princípios fundamentais, tal como o da dignidade da pessoa humana, não sejam feridos para que os jurados se convençam pelo que foi exposto em plenário, não pelo que a mídia expôs.

8 REFERÊNCIAS

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **O Tribunal do Júri e a Soberania dos Vereditos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.

BONFIM, Edílson Mougenot.Júri: do Inquérito ao Plenário. São Paulo: Afiliada, apud SEEGER, Luana; SILVA, Edenise Andrade da. **O Tribunal do Júri e o Poder de Influência da Mídia Contemporânea nos casos de crimes de Homicídio:** Reflexões para pensar Políticas Públicas de Garantias de Imparcialidade dos Jurados. Santa Cruz do Sul: [s.n.], 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 8° edição, São Paulo, Saraiva, 2002.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. **Mídia e o processo penal. A influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida á luz da constituição de 1988**. Revista Brasileira de Ciência Criminais. Nº. 94. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

MENDONÇA, Kléber. **A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta**. Rio de Janeiro: Quarter, 2013

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MENEZES, Ana Lúcia. **Processo penal e mídia**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos**

Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declara

cao/>. Disponível em: 10 abril 2019.

RAMONET, Ignácio. **A tirania da comunicação.** 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

TEIXEIRA, Marieli Randel. **As propriedades do jornalismo sensacionalista: uma análise da cobertura do caso Isabella Nardoni.** 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O PAPEL DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

ANA VITÓRIA CASTRO BRITO: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM – Manaus, AM. Membro do núcleo de pesquisa de Direitos Humanos da ULBRA. Estagiária do Núcleo Criminal da Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

RESUMO: Conhecida como Lei Maria da Penha, a Lei 11.340 sancionada em 2006 assegura os direitos de mulheres em situação de vulnerabilidade e ou violência doméstica, cujo objetivo é a punição de agressores que ferem a este estatuto. O presente trabalho relata um estudo sobre a garantia deste dispositivo por meio da Defensoria Pública. Apesar de constantes alterações no âmbito jurídico, é evidente a crescente de agressões a este grupo, o que comprova a necessidade desta Lei e a denúncia das mulheres. O estudo conclui a necessidade de punições mais severas aos responsáveis por estas barbáries, sendo muitos destes absolvidos devido a falta de evidências criminais ou constatação do crime pela mulher perante ao juiz, seja por medo ou outro motivo, o que leva a absolvição do suspeito. A Defensoria Pública como instituição essencial na sustentação de direitos dos mais carentes e mediadora entre o sujeito e a linguagem do poder, torna-se elemento crucial nesta longa luta na efetivação dos direitos das mulheres.

Palavras-chave: Violência doméstica, Defensoria Pública e direitos.

ABSTRACT: Known as the maria da penha law, law 11.340 passed in 2006 ensures the rights of women in situations of vulnerability and or domestic violence, whose purpose is to punish aggressors who violate this status. This paper reports a study on the guarantee of this device through the Public Defender's Office. Despite constant changes in the legal scope, it is evident the increasing aggression against this group, which proves the necessity of this law and the denunciation of women. The study concludes the need for harsher punishments for those responsible for these barbarism, many of whom are acquitted due to lack of criminal evidence or finding of crime by the woman before the judge, either for fear or other reason, which leads to the acquittal of the suspect. The Public Defender's Office as an essential institution in upholding the rights of the most needy and mediating between the subject and the language of power, becomes a crucial element in this long struggle in the realization of women's rights.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Palavras-chave: Domestic violence, Public Defender's Office e law.

Sumário: 1. Introdução – 2. A Vulnerabilidade da Mulher; 2.1. Histórico de Desigualdade; 2.2. Conceito de Vulnerabilidade? Por quê?; 2.3. Caso Maria da Penha; 3. Mecanismos de Proteção da Mulher; 3.1. Internacional; 3.2. Nacional; 3.3. Agentes na proteção da mulher; 4. Análise de dados sobre violência doméstica e o papel da Defensoria Pública Estadual; 4.1. Tipos de Medida Protetiva; 4.2. Dados de atendimento; 4.3. Soluções encontradas ou não; 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A figura da mulher como ser inferior e frágil é uma construção social idealizada pelo patriarcado. Historicamente as mulheres foram criadas para se submeterem aos homens, quando as relações entre os sexos são construídas de forma desigual, um sexo sempre se considera com direitos sobre o corpo e a mente do outro e caso não obedeçam às regras são punidas, na maior parte das vezes fisicamente. A violência doméstica pode ser definida como um abuso físico ou psicológico de um membro de um núcleo familiar em relação a outro, com o objetivo de manter poder ou controle. Esse abuso pode acontecer por meio de ações ou de omissões. A maioria das vítimas desse crime são mulheres.

Após muitos anos de luta, as mulheres conquistaram uma série de instrumentos legais e políticas públicas de enfrentamento ao combate a violência doméstica, uma delas foi a criação da Lei 11.340/06, um marco normativo na garantia dos direitos das mulheres, assegurando medidas protetivas e punições mais severas aos seus agressores, uma Lei que trata especificamente sobre violência doméstica.

A Lei Maria da Penha tipifica em seu texto 5 (cinco) tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher: física, psicológica, patrimonial, sexual e moral.

2. A VULNERABILIDADE DA MULHER

As raízes da desigualdade entre homens e mulheres datam de mais de 2500 anos. Desde o princípio as mulheres são tratadas socialmente como seres inferiores, uma das formas de torna-las ''submissas e obedientes'' é a violência, seja física, psicológica, intrafamiliar, entre outros.

Afastando-se os fatores biológicos, fomentado durante anos por pensadores e cientistas, o exame do patriarcado nos ajuda a compreender melhor o fenômeno de poder e dominação entre os sexos. O patriarcado pode ser definido como: ''um conjunto de relações sociais que têm uma base material e no qual há relações

hierárquicas entre homens e solidariedade entre eles, que os habilitam a controlas as mulheres. Patriarcado, é pois, o sistema masculino de opressão às mulheres'' (Hartman, 1979, apud Saffioti, 1999:16).

Uma das formas mais eficazes de combate e desconstrução do patriarcado é a discussão de gênero, somente através do conhecimento e diálogo é que se chega a um movimento contrário a esta discriminação contra a mulher.

2.1 – Histórico de Desigualdade

Ao realizar um retrospecto pela história da humanidade, é possível notar grandes diferenças entre os sistemas de gênero, masculino e feminino e que desde os primórdios as mulheres são tratadas como seres inferiores nas relações sociais, diferença essa que não é natural ou biológica e sim cultural. A exemplo disso, é possível verificar duas histórias protagonizadas por mulheres, nas quais se tem como foco principal a objetificação do corpo feminino. Na narrativa cristã, história de Adão e Eva, o corpo da mulher é o alvo central, a ''carne'', o objeto do pecado. Já na narrativa hesíodica, o corpo de Pandora vem do barro, moldado por artesão mediante encomenda de ''Zeus'', o Deus mais poderoso, como um ''presente'' para os homens.

A ideia de inferioridade feminina é uma construção social feita por homens e até mesmo por algumas mulheres ao longo do tempo, exemplo disso são frases utilizadas no cotidiano como ''mulher age com emoção e não com a razão'' ''mulher é muito emocional não serve para ser líder''.

O conceito contemporâneo de gênero surgiu internamente no movimento feminista internacional junto da teoria de diversas disciplinas como ciência política, sociologia, filosofia, antropologia, história, entre outros. Rodrigues (2016) afirma: ''Os estudos sobre gênero apontam que o conceito é abordado sob um ponto de vista dual, ora orientado de acordo com o aparelho reprodutor do indivíduo, ora construído a partir da perspectiva cultural e social sobre o que é masculino ou feminino de acordo com o padrão determinado pela sociedade''. (RODRIGUES, 2016).

Uma personagem importante do movimento feminista foi Simone De Beauvoir, escritora, intelectual, ativista política, feminista e teórica social francesa. Sua história, a partir de certo momento, revelou-se bastante excepcional no âmbito da sociedade em que estava inserida. Uma de suas obras denominada o ''Segundo Sexo'' (1980), afirma de forma intrigante que a mulher não nasce mulher, ela torna-se mulher. Declaração que atualmente ainda é bastante usada nos movimentos feministas evidenciado que o papel da mulher é uma construção social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Simone de Beauvoir escreveu: "Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino" (BEAUVOIR, 1980, p.99). Dessa forma, a sociedade define o gênero de cada ser humano e isso não pode ser tomado como algo natural, biológico, mas sim definido socialmente. A filósofa tenta desconstruir essa ideia de natural e busca a igualdade entre os gêneros, demonstrando que mulheres e homens devem ter os mesmos direitos. (RIBEIRO, 2014)

Uma figura importante do feminismo no Brasil durante o período da ditadura militar, no qual muitas pessoas eram censuradas, principalmente mulheres, foi Leila Diniz, nascida em Niterói em 25 de março de 1945. Foi retratada poeticamente algumas vezes por Carlos Drummond de Andrade, como exemplo: "Leila para sempre Diniz, feliz na lembrança gravada: moça que sem discurso nem requerimento soltou as mulheres de 20 anos presas no tronco de uma especial escravidão. "

Com a ideia de revolução simbólica pode-se compreender melhor a representação social de Leila Diniz como uma mulher revolucionária. Leila contribuiu para o reconhecimento de comportamentos femininos que contestavam a ética e a estética então existentes. Ela fazia e dizia o que muitas mulheres tinham o desejo de fazer e dizer, mas não tinham coragem. (ASSIS, Maria Elisabete Arruda apud SANTOS, 2016).

> Zuleica (1997): "Leila não podia deixar de virar mito, modelo para tantas mocinhas que não se consideravam direitinhas nem galinhas, só queriam viver com mais sinceridade suas emoções e desejos, ser pessoas mais inteiras e não obrigatoriamente a metade de um casamento onde o lugar principal seria ocupado pelo homem, depois viriam os filhos, e só depois, no espacinho que sobrasse, a mulher se manifestaria. O movimento feminista ainda não tinha chegado até nós e Leila, sem empunhar bandeiras, sem querer ser símbolo de nada, ia fazendo o que gostava de fazer, esbanjando alegria de viver, sinceridade, driblando com graça o machismo brasileiro, sendo mãe de uma maneira nova, curtindo a maternidade e o corpo grávido, o barrigão bonito se mostrando ao sol, na foto que ficou famosa... No meio de toda aquela militância, a imagem de Leila surgia sempre, não para embasar teorias, que para isso tínhamos O segundo sexo, da Simone, mas como a própria personificação da mulher feliz" (Zuleica Porto, Correio Braziliense, 14/6/1987).

Para CHAUÍ (1991): ‘‘analisando antropologicamente, o patriarcado é o mais antigo sistema de dominação e exploração social de uma classe sobre a outra, razão pela qual se consolidou como verdadeira estratégia de manutenção do poder – o qual não pode ser confundido com instituições, instâncias superiores ou com os representantes destas, porquanto estes apenas representam os interesses particulares de uma classe quando em confronto com outra. O conceito de poder a que se faz alusão deve ser entendido como um conjunto de direitos sociais, econômicos, políticos e culturais diferenciados e conferidos a uma parte da sociedade cujo desejo é não ser comandada nem oprimida. ’’ (CHAUÍ, Marilena, 1991, p.74).

2.2 – Conceito de Vulnerabilidade? Por quê?

O artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil preceitua 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, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. ’’ Pode parecer óbvio a garantia de direitos iguais entre os gêneros de acordo com a lei, mas na realidade os índices de desigualdade em relação a mulher são preocupantes em diversos aspectos, principalmente no contexto social.

Conforme o Índice Global da Desigualdade de Gênero de 2016, do Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupa a 79ª posição, a pior entre os países da América Latina. Este índice analisa a desigualdade relativa à capacitação política e à paridade entre os gêneros no trabalho.

Essa situação de desigualdade se apresenta, assim, de várias formas sendo que seu extremo é a violência que apresenta números alarmantes no Brasil. De acordo com dados de pesquisa realizada pelo DataFolha, em 2016, 44% das mulheres sofreram algum tipo de agressão e a cada 11 minutos, uma mulher é estuprada no país. Em 2013, 4.762 mulheres foram vítimas de feminicídio no Brasil.

‘‘A desigualdade e a construção de uma sociedade majoritariamente patriarcal inserem muitas mulheres em situação de vulnerabilidade. Quando as relações entre os sexos são construídas de forma desigual, um sexo sempre se considera com direitos sobre o corpo e a mente do outro e a submissão pela força recebe a justificativa social em que ao feminino são ligados todos os atributos que, socialmente serão considerados como inferiores. ’’ (FERREIRINHO, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Cisne, Claudio e Monteiro (2017, p. 10): ‘‘A condição de vulnerabilidade é, portanto, socialmente construída, e define-se em função da perspectiva a partir da qual se vislumbra o mundo, a realidade e as condições concretas de nela intervir. Quanto mais estreito for o arco das expectativas, quanto mais reduzidas forem as possibilidades de tecer sonhos, maior a propensão a aceitar condições que, em outras circunstâncias, seriam consideradas inaceitáveis. ’’

2.3 – Caso Maria da Penha

Maria da Penha Maia Fernandes, nasceu em Fortaleza-CE, em 1 de fevereiro de 1945, é farmacêutica bioquímica e se formou na Faculdade de Farmácia e Bioquímica da Universidade Federal do Ceará em 1996, concluiu o seu mestrado em Parasitologia em Análises Clínicas na Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo em 1977, onde conheceu seu ex-marido e agressor Marco Antonio Heredia Viveros, colombiano, o qual cursava pós-graduação em Economia.

No ano de 1983, Maria da Penha foi vítima de dupla tentativa de femicídio por parte de seu ex-marido Marco Antonio Heredia Viveros. Marco Antonio disparou um tiro de arma de fogo nas costas de sua esposa. ‘‘Como resultado dessa agressão, Maria da Penha ficou paraplégica devido a lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda – constam-se ainda outras complicações físicas e traumas psicológicos.’’ (BRASIL. Instituto Maria da Penha, 2018.)

‘‘Quatro meses depois, quando Maria da Penha voltou para casa – após duas cirurgias, internações e tratamentos –, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho.’’ (BRASIL. Instituto Maria da Penha, 2018.)

Em 1991, oito anos após o crime, ocorreu o primeiro julgamento de Marco Antonio, o qual foi sentenciado a 15 anos, mas saiu do fórum em liberdade devido a recursos solicitados pela defesa.

O segundo julgamento foi realizado somente em 1996, no qual o agressor foi condenado a 10 anos e 6 meses de prisão, no entanto, novamente sob a alegação de irregularidades processuais a sentença não foi cumprida.

Mesmo sem esgotar os recursos da jurisdição interna, diante da omissão do Estado Brasileiro, o caso foi submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 20/08/1998 e recebeu o número 12.051. (SANTOS, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> SILVA (2019): ‘‘Os peticionários sustentaram que o Estado violou os direitos da vítima em conformidade com os artigos 1(1), 8, 24 (em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana) e 25 da Convenção Americana (ratificada pelo Brasil em 25 de novembro de 1992) e os artigos 3, 4, 5 y 7 da Convenção de Belém do Pará (ratificada em 27 de novembro de 1995), pelas violações cometidas a partir de 29 de maio de 1983 e, de maneira contínua, até o presente momento. Sustentam que a falta de ação eficaz e a tolerância do Estado continuam mesmo sob a vigência superveniente dessas duas Convenções Interamericanas. ’’

‘‘Em 2001 a Comissão emitiu o relatório nº 54/2001 – responsabilizando o Brasil por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres. Entenderam que a violação seguia um padrão discriminatório em razão da violência doméstica contra mulheres no Brasil. ’’ (SANTOS, 2013).

‘‘O Caso Maria da Penha foi o precursor na condenação de um Estado devido à violência doméstica, no âmbito de proteção dos direitos humanos. ’’ (SANTOS, 2013).

Em 2006, foi publicada a Lei nº 11.340 que ficou conhecida como a Lei Maria da Penha.

3. MECANISMOS DE PROTEÇÃO DA MULHER

A violência contra as mulheres tornou-se, na última década, um dos problemas públicos de maior visibilidade social e política do país. Após muitos anos de luta, as mulheres conseguiram uma série de instrumentos legais e políticas públicas de enfrentamento ao combate a violência doméstica. Apesar da evolução, muitas mulheres ainda sofrem violência e discriminação em razão do seu gênero, os números aumentam todos os dias, excetuando os casos que não são denunciados em razão do receio de repressão ou falta de informação.

3.1 – INTERNACIONAL

‘‘O Brasil é signatário de todos os acordos internacionais que asseguram de forma direta ou indireta os direitos humanos das mulheres bem como a eliminação de todas as formas de discriminação e violência baseadas no gênero. ’’ (FROSSARD, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

''São dois os tipos de compromisso firmados pelo governo brasileiro frente à comunidade internacional; os tratados e as convenções que geram obrigações jurídicas para o país. Estes, para que entrem em vigor no território nacional e para que sejam reconhecidos internacionalmente como obrigação do país, necessitam ratificação. São os acordos que lhes conferem o efeito jurídico e a força obrigatória aos direitos reconhecidos. '' (FROSSARD, 2006).

a) **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)**

''A CEDAW é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher e é considerado o documento mais importante na defesa dos mesmos. Foi adotada em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas após décadas de esforços internacionais visando a proteção e a promoção dos direitos das mulheres em todo o mundo. No ano de 1994, o Brasil ratificou plenamente a Convenção, aderindo também ao seu Protocolo Facultativo em 2002. '' (RODRIGUES, 2016).

Em seu artigo 1º, a Convenção estabelece que:

> Art. 1º: Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

''Convém mencionar que o Comitê CEDAW recorre a três mecanismos para monitorar o efetivo exercício dos direitos das mulheres nos países signatários da Convenção: análise de relatórios apresentados periodicamente pelos Estados-parte, ao que se elabora observações e recomendações específicas; elaboração de recomendações gerais no intuito de melhor interpretar os direitos e princípios previstos na Convenção; e verificação das providências adotadas pelos Estados-parte diante das comunicações apresentadas ao órgão dando conta de violações aos direitos das mulheres dispostos na Convenção.'' (RODRIGUES, 2016).

b) **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994).**

''A Convenção de Belém do Pará foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos e ratificada pelo Brasil em 1995. É o mais importante acordo internacional sobre violência contra a mulher, pois além de defini-la, declara os direitos protegidos e aponta os deveres dos Estados-parte, além de criar mecanismos interamericanos de proteção. '' (RODRIGUES, 2016).

Consoante o artigo 1º da Convenção:

> Art. 1º Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

''Por sua vez, o artigo 2º declara que a violência contra a mulher inclui a violência física, sexual ou psicológica ocorrida no âmbito familiar, comunitário ou que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes onde quer que ocorra. '' (RODRIGUES, 2016).

''A Convenção ainda considera tal violência uma ofensa à dignidade humana, bem como uma violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, na medida em que limita total ou parcialmente o reconhecimento, o gozo e o exercício desses direitos e liberdades pelas mulheres. '' (RODRIGUES, 2016).

c) **IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995)**

''Realizada na cidade de Pequim e intitulada "Ação para a Igualdade, Desenvolvimento e Paz", a Conferência inaugurou uma nova agenda de reivindicações, com destaque para a efetivação dos compromissos políticos assumidos pela esfera governamental em conferências internacionais anteriores, principalmente no que tange às políticas públicas voltadas às mulheres. '' (RODRIGUES, 2016).

''Destacou-se de suas predecessoras, pois resultou em um acordo denominado "Declaração e Plataforma de Ação de Pequim": o documento, subscrito por 184 países, traçou doze pontos prioritários de trabalho com vistas a superar a situação de violência, marginalização e opressão vivenciada pelas mulheres, bem como detalhou as ações necessárias para alcançar os objetivos a que se propõe. '' (RODRIGUES, 2016).

''As medidas para prevenir e eliminar a violência contra a mulher são enumeradas em um rol extenso e não taxativo cujo intuito é propor uma articulação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entre os diversos atores sociais em prol de uma agenda que permita formular desde políticas públicas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero até a promulgação ou reforma de leis que contribuam adequadamente à repressão do fenômeno em suas múltiplas formas. '' (RODRIGUES, 2016).

3.2 – NACIONAL

a) Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

A Constituição Federal atual foi promulgada no ano de 1988 e ficou conhecida como ''Constituição Cidadã'' pelo fato de assegurar diversas garantias constitucionais, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, além disso foi concebida após o regime militar, período ditatorial onde os direitos eram restritos.

Em seu artigo 5º, estabelece a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações: ''I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. '' Assim como a promoção do bem de todos, independentemente do sexo, como um dos objetivos fundamentais da República no artigo 3º: ''São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. '' No artigo 226, §8º assegura a todos os membros da família, por meio do Estado, mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

b) Código Penal Brasileiro

''Em 9 de março de 2015, a Presidenta da República, Dilma Rousseff, sancionou a Lei nº 13.104/15, que altera o Código Penal Brasileiro, passando a prever o feminicídio como uma das circunstâncias qualificadoras do homicídio, conforme disposto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro (1940), além de incluir o feminicídio como crime hediondo, previsto no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.'' (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 29)

''Com a nova legislação, o feminicídio corresponde ao artigo 121, §2º, inciso VI e se refere ao "crime praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino", assim considerados atos praticados como "I - violência doméstica e familiar e II - por menosprezo ou discriminação à condição de mulher" (inciso VI, § 2ºA). O novo tipo penal também prevê o aumento de pena de um terço até a metade, se o crime for praticado: durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com

deficiência; na presença de descendente ou de ascendente da vítima. " (§ 7º, I, II e III). (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 29)

c) Lei n.º 11.340/06 – Lei Maria da Penha

''Em 7 de agosto de 2006, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei Maria da Penha, criada com o objetivo de combater a violência praticada contra a mulher dentro da própria casa, visando melhorar a prestação jurisdicional em caso de violência doméstica, uma vez que, protege a mulher de violência de ordem física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. '' (SILVA, 2015).

Com o advento da Lei, criaram-se medidas de urgência como: obrigar o agressor a deixar o lar imediatamente; proibi-lo de se aproximar da vítima e das testemunhas até determinada distância mínima, estabelecida em metro, ou mesmo proibição de falar com a ofendida, ainda que por telefone; pagamento de pensão alimentícia; suspensão da posse ou porte de arma, caso ele tenha; determinar a separação de corpos ou o afastamento da mulher do lar sem prejuízo dos seus diretos aos bens do casal, guarda dos filhos e alimentos. '' (SILVA, 2015).

O artigo 7º da Lei Maria da Penha trouxe um rol elencando as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de outras, *vejamos*:

> *"I – a violência física, entendida, como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;*
>
> *II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde 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 método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

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"

3.3 – AGENTES NA PROTEÇÃO DA MULHER

a) Papel da Conscientização

A criação de uma lei específica em combate à violência doméstica se faz necessária, mas não é o suficiente para o julgamento dos crimes cabíveis a esta modalidade A conscientização e divulgação dos direitos pertinentes a esta Lei são fundamentais para a promoção do conhecimento entre as mulheres, as principais vítimas deste crime. A implementação de políticas públicas é indispensável na formação da cidadania e igualdade nas relações de gênero.

Dentro de uma sociedade historicamente patriarcal, as mulheres, durante o decorrer dos tempos, foram tratadas como ''fragilizadas''. Em razão disso, tornam-se mais expostas a situações de vulnerabilidade social. A sociedade em sua maioria, tem o conceito de violência apenas na sua forma física, entretanto, a Lei Maria da Penha em seu teor, apresenta cinco tipos de violência, sendo estas: moral, física, patrimonial, psicológica e sexual. Os conceitos mais desconhecidos são a psicológica e a sexual, mulheres casadas são forçadas a relações sexuais com o conjugue e não denunciam por achar que este fato não constitui crime. Ameaça e pressão psicológica também é tipificado por lei, a primeira como contravenção penal.

O papel das leis nacionais e internacionais é frisar a urgência do reconhecimento geral de enxergar a violência doméstica como inaceitável, responsabilizando também a omissão da violência e considerando como ator aquele que é conivente com uma agressão.

b) Papel da Polícia/IML

É imperativo que a autoridade policial que tenha conhecimento, por qualquer meio, de uma notícia criminis de uma tentativa ou morte violenta de uma mulher, inicie a investigação policial para determinar a autoria, materialidade e circunstâncias do fato delituoso. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 70)

O mandato constitucional e legal para investigar esses crimes cabe às polícias civis, no desempenho das atribuições de polícia judiciária, não se excluindo a possibilidade do próprio Ministério Público investigar, devendo o inquérito policial ser encaminhado ao Ministério Público, que é o titular da ação penal pública. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 70)

A eficácia da investigação depende da prova técnica e outros meios de prova admitidos, bem como da atuação de outros profissionais que possam contribuir para o esclarecimento do caso. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 29) A equipe de investigação além de contar com o delegado, agentes, investigadores e escrivães, é composta também por peritos criminais, papiloscopistas, médico-legistas e agentes de inteligência/análise criminal.

A atividade pericial – que se inicia no local do crime e se complementa com a autópsia e outros exames – deve ser orientada para a análise de vestígios que contribuirão para a evidenciação dos fatos e contextos que ajudarão a compreender a motivação do agressor e a conduta que assumiu durante a execução do crime. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 84)

Na abertura da investigação criminal, podem também participar as polícias militares, bombeiros, guardas municipais, profissionais da saúde, entre outros que podem ser chamados ao local – cena do crime. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 70)

A perspectiva de gênero estimula a compreender que esses fatos e contextos podem envolver episódios de violência física, sexual, psicológica, patrimonial – entre outras formas – e que podem ter se iniciado muito antes do desfecho fatal. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p.84)

c) Papel do Judiciário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para que os ditames da Lei Maria da Penha sejam cumpridos e a instrução do inquérito e da ação penal que tramitam nas Varas do Júri possam ser feitos de forma a garantir a apuração dos fatos, em especial, é necessário que haja: 1) uma integração entre todos os órgãos, poderes e instituições destinados à atuação, tanto na fase inquisitorial, quanto durante a ação penal, visando não somente a mais eficaz investigação e apuração dos fatos, mas, também, a assistência à vítima sobrevivente e vítimas indiretas na forma das disposições constantes no artigo 8º, I, da Lei 11.340/2006; 2) a capacitação permanente de agentes e serventuário(a)s da Justiça, bem como juíze(a)s, com vistas à perspectiva de gênero, na forma do que dispõe o artigo 8º, VII, da Lei 11.340/2006. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 109)

Na forma do que dispõe o artigo 14 da Lei Maria da Penha, podem ser criados juizados/ varas que tenham competência específica para apreciação dos feitos afetos à lei mencionada. Estas unidades judiciais especializadas têm competência híbrida, podendo analisar feitos cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher, podendo se estender, inclusive, à primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida e à execução de seus julgados. A Lei Maria da Penha ainda prevê que, enquanto não se encontrem criadas e/ ou estruturadas essas unidades judiciais especializadas, a competência para apreciação das mesmas causas seja submetida às varas criminais. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 111)

As vítimas sobreviventes e vítimas indiretas, em caso de violência doméstica ou familiar, na forma das disposições constantes na Lei 11.340/2006, artigos 1º, 5º e 7º, têm direito à concessão de medidas protetivas de urgência, consoante preveem os artigos 18 a 24, da referida lei. Para tanto, é imprescindível que sejam observadas suas necessidades e as peculiaridades do caso concreto com vistas à concessão das medidas necessárias a garantir a incolumidade física e/ou psíquica da vítima sobrevivente e das vítimas indiretas. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 110)

É necessário desconstruir estereótipos e o preconceito com base no gênero a partir de mudanças na linguagem empregada nos interrogatórios, depoimentos e na elaboração das peças processuais. Nas declarações das vítimas indiretas e na oitiva de testemunhas, as perguntas devem ser sempre diretas e objetivas, evitando-se questionamentos que levem à emissão de juízo de valor. Durante a oitiva o(a) juiz(a) também deve estar atento à versão apresentada, devendo intervir quando perceber que as testemunhas estejam buscando expor a intimidade e privacidade da vítima com a finalidade de depreciar ou macular sua imagem, sem que as informações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

contribuam para a compreensão dos fatos, na tentativa unicamente de justificar a conduta do acusado. (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres, 2016, p. 104)

d) Defensoria Pública como efetivadora dos mais vulneráveis

Segundo o art. 134 da Constituição Federal: '' 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, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. ''. Destarte, é garantia fundamental a todo cidadão brasileiro hipossuficiente o direito a assistência jurídica gratuita através da Defensoria Pública.

É assegurado também pela Lei Maria da Penha que a mulher em situação de vulnerabilidade poderá e deverá ser assistida por Defensor Público no curso de suas demandas judiciais, bem como se valer de todos os serviços da Defensoria Pública, eis que os interesses da vítima vão além dos benefícios indenizatórios. A vítima de violência de gênero quer ver respeitados seus direitos humanos que foram violados.

Além do mais, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher deverão ser acompanhados simultaneamente da implantação de Núcleos da Mulher da Defensoria Pública, através de dependências e espaços físicos que garantem a execução e agilidade de seus serviços especializados em todos os estados.

4 – ANÁLISE DE DADOS SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL

lei 11.340/06 é clara ao exigir que os serviços de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar sejam não apenas especializados como também humanizados, e atuem de forma integral no enfrentamento de cada caso que apresente. Ao fazer isso, a lei impõe atuação inter e multidisciplinar, o que é imprescindível na formação de sujeitos autônomos e que podem, numa situação de fragilidade, tratar a auto estima, a autonomia e a capacidade de decidirem seu destino a partir da avaliação sustentada de todas as possibilidades, sabendo que terão uma rede de ajuda especializada como suporte. Como exemplo, dispõe o artigo 10-A da mesma lei com o seguinte texto: '' é direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados. ''

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, quando entrevistamos mulheres que passaram por esse sistema de proteção, sobretudo o judicial, não tem se mostrado eficaz no cumprimento dessas tarefas. Diante disso, é preciso uma revisão geral no formato como cada instituição tem desempenhado as funções que a Lei Maria da Penha determina, especialmente a Defensoria Pública, porque dentre todas as demais é aquela que tem de se colocar ao lado, nunca à frente da mulher em situação de violência doméstica e familiar, em todas as instâncias, desde o momento em que a mulher decide romper seu silêncio e precisa saber quais caminhos tem à disposição para seguir adiante em busca de uma vida com dignidade. (Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa da Mulher, CEJUR, 2017, p. 74)

Aí se destaca o papel da Defensoria Pública, que também tem de libertar-se das engrenagens do sistema posto e pautar todas as suas formas de atuação judicial e extrajudicial segundo a missão institucional de promover a educação em direitos. Deve, nesse sentido, postar-se como mediadora entre o sujeito e a linguagem do poder, que é o Direito; assisti-lo, lado a lado, na solução de seus conflitos, dos quais a Instituição jamais poderá se apropriar, mas se esforçar por engajar o cidadão nesse processo, de modo que este deixe de ser o lugar de objeto das decisões judiciais para ascender à condição de protagonista na resolução de seus litígios e, logo, na condução de sua vida (COSTA E GODOY, 2014:36).

4.1 Tipos de Medida Protetiva

s medidas protetivas são mecanismos criados pela lei para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, assegurando que toda mulher, independentemente da classe, raça etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goze dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e tenha oportunidades e facilidades para viver sem violência, com a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

A Lei Maria da Penha prevê dois tipos de medidas protetivas de urgência: as que obrigam o agressor a não praticar determinadas condutas e as medidas que são direcionadas à mulher e seus filhos, visando protegê-los.

4.2 Dados de atendimento

A partir da base de dados cedida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, onde constam todos os processos do acervo geral com cadastramento da Defensoria Pública como advogado, foram extraídas informações dos processos de competência da violência doméstica e familiar contra a mulher em andamento no período entre 2015 e 2018 do 3º Juizado Especial no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre essas ações foram delimitados 600 para ser feito

um relatório que serviu como base para apontar dados em relação a processos com medidas protetivas deferidas ou não e soluções encontradas ou não.

A partir dessa análise inicial, foi possível extrair duas conclusões: em primeiro lugar, os casos de indeferimento são mais que o dobro de decisões de deferimento; em segundo lugar, os juízes, em geral, concedem apenas as medidas previstas nos incisos II e III do art. 22 da Lei 11.340/2006 (afastamento do lar; proibição da aproximação da ofendida, seus familiares e testemunhas; proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas; e a proibição de frequentar determinados lugares). Não há, por exemplo, registro de concessão de medidas como a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

A tabela abaixo informa a quantidade de processos analisados na amostra dos processos de competência do 3º Juizado Especial no combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, divididos em seis categorias. A primeira diz respeito aos casos de deferimento das medidas protetivas requeridas, bem como de deferimento de algumas e indeferimento de outras; a segunda aos casos de indeferimento ou processos que estão em andamento sem medidas protetivas; a terceira aos processos em que foi declarada a prisão em flagrante do acusado; a quarta aos processos em que foi declarada a prisão preventiva; a quinta aos processos em que foi declarado que o acusado deve usar monitoramento eletrônico e a sexta os processos em que a vítima quis desistir da ação.

O andamento de todos esses processos foi consultado na página da internet do Tribunal de Justiça do Amazonas e os dados obtidos serão analisados a seguir.

Medidas Protetivas	**Quantidade**
Deferidas	127
Indeferidas/ em andamento sem Medidas Protetivas	446
Prisão em Flagrante	4
Prisão Preventiva	20
Monitoramento eletrônico	1
Vítima desistiu da ação	2
Total	600

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.3 Soluções encontradas ou não

A tabela abaixo indica qual foi o resultado dos processos sentenciados. Foram consideradas apenas as decisões de primeira instância, são divididos em três categorias: o primeiro aos processos em que o acusado foi condenado; o segundo aos processos em que o denunciado foi condenado mas teve direito a suspensão do processo na vara de penas alternativas e a terceira aos processos em que o acusado foi absolvido ou extinta a punibilidade.

Soluções	Quantidade
Condenação	11
Condenação/Suspensão	77
Absolvição/Extinção de punibilidade	512
Total	600

Fonte: Tribunal de Justiça do Amazonas.

Do total de 600 processos, 512 foi prolatada a sentença com a absolvição do acusado, dos 512 a absolvição foi baseada nos arts. 386, II e VII, ou seja, 512 acusados foram absolvidos por falta de provas ou por provas insuficientes.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da Lei Maria da Penha ser um grande marco histórico na garantia dos direitos das mulheres ainda é necessário que a lei seja fiscalizada para que seja assegurada em sua total eficácia, uma das instituições que promove esses direitos de forma integral e gratuita é a Defensoria Pública, um pilar essencial no auxílio jurídico dos mais necessitados. Não obstante, após o relatório expor a realidade de alguns casos fica evidente a necessidade de penas mais rigorosas, visto que na maior parte dos casos o agressor é absolvido das acusações ou condenado a cumprir penas de medidas alternativas, não sendo suficiente para retratar os danos causados.

REFERÊNCIAS

FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da. **Gênero como categoria para a compreensão e a intervenção no processo saúde-doença**. PROENF- Programa de atualização em Enfermagem na saúde do adulto. Porto Alegre: Artmed/Panamericana, 2008, v. 3, p. 9-39.

CHAUÍ, Marilena**. Chauí em Sobre mulher e violência. Perspectivas da Mulher**. Rio de Janeiro, Zahar, n. 4, 1985. "apud" LAZARI, Joana Sueli de. Inferioridade Feminina: o (des)enredo da violência. Revista de Ciências Humanas, vol. 7, nº 10, ano. 1991, p.74.

Assis, Maria Elisabete Arruda de; Santos, Taís Valente dos (Org.) **Memória feminina: mulheres na história, história de mulheres**. Maria Elisabete Arruda de Assis; Taís Valente dos Santos. – Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2016.

CAROLA, Renato Carlos. **Pandora, Eva e Sofia: a naturalização da desigualdade de gênero na história do pensamento ocidental**. Disponível em: http://mineralis.cetem.gov.br/bitstream/cetem/1303/1/genero_e_trabalho_infantil2.pdf, Acesso em 16.10.2019.

FAGANELLO, Cláucia Piccoli. **Discriminação de gênero: Uma perspectiva histórica**, 2009. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71377-CLAUCIAPICCOLIFAGANELLO.pdf. Acesso em: 16.10.2019.

RIBEIRO, Tamires Almeida. **Simone de Beauvoir e o movimento feminista: contribuições à Educação**, 2014. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Tamires%20Almeida%20Ribeiro.pdf. Acesso em: 16.10.2019.

SILVA, Andréia Cristina Lopes Frazão da Silva apud Andrade, Marta Mega. **Mito e gênero: Pandora e Eva em perspectiva histórica comparada**, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332009000200012. Acesso em: 16.10.2019.

RODRIGUES, Annelise Siqueira Costa. **Feminicídio no Brasil: uma reflexão sobre o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero**, 2016. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/ANNELISE%20SIQUEIRA%20COSTA%20RODRIGUES%20-%20FEMINIC%C3%8DDIO%20NO%20BRASIL%20-%20tcc.pdf. Acesso em: 16.10.2019

Gênero e diversidade na escola: formação de professores em Gênero. Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais. Livro de conteúdo. Versão 2009. – Rio de Janeiro : CEPESC; Brasília : SPM, 2009.

World Economic Forum. **Além de nossa existência: perspectivas para atingir a igualdade de gênero no local de trabalho.** Disponível em:

http://www3.weforum.org/docs/Media/ GGGR16/GGGR16_PTBR.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015: **homicídio de mulheres no Brasil.** Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 16 out. 2019.

Bertolin, Patrícia Tuma Martins. **Mulher, Sociedade e Vulnerabilidade**. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Denise Almeida de Andrade, Monica Sapucaia Machado - Erechim: Deviant, 2017.

Lúcio Flávio R. Cisne, Maria do Rozário Claudio, Valdênia Brito Monteiro organizadores. **Mulher, vulnerabilidade e justiça socioambiental**. Recife: Instituto Humanitas, UNICAP, 2017.

BRASIL. Instituto Maria da Penha. **Quem é Maria da Penha?** Ceará: 2018. Disponível em: http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html. Acesso em: 20 out. 2019.

SANTOS, Michelly. **Resumo do caso Maria da Penha sob a ótica dos direitos humanos.** Brasília, 2013. Disponível em: https://michellysantos.jusbrasil.com.br/artigos/113643376/resumo-do-caso-maria-da-penha-sob-a-otica-dos-direitos-humanos. Acesso em: 20 out. 2019.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Maria da Penha Maia Fernandes – Entenda o caso.** São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/maria-da-penha-maia-fernandes-entenda-o-caso/ Acesso em 20 out. 2019.

FROSSARD, Heloísa. Secretaria especial de políticas para as mulheres. **Instrumentos Internacionais de Direito das Mulheres.** Brasília - DF, 2006.

Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – ONU Mulheres. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres.** Brasília – DF, 2016.

SILVA, Kênia Costa. **Mecanismos de proteção frente à violência contra as mulheres com enfoque no plano interno.** 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/43428/mecanismos-de-protecao-frente-a-violencia-contra-as-mulheres-com-enfoque-no-plano-interno. Acesso em 20 out. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública Geral. **Gênero, sociedade e defesa de direitos : a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher** / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa da Mulher, CEJUR. – Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017. Acesso em 12 de nov. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI: Pós-Graduada em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Sanitário – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Difuso e Coletivo– Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Público – Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal – Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil – Damásio Educacional. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

RESUMO: O presente estudo visa abordar a temática acerca do acordo de não persecução penal, positivado pela Lei n. 13.964/19 no art. 28-A do Código de Processo Penal, sob a perspectiva do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e do princípio da discricionariedade regrada do órgão acusatório.

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não persecução penal, justiça negociada, discricionariedade regrada, poder-dever.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 2.1. O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA. 2.2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A questão atinente à aplicação do Acordo de Não Persecução Penal retrata a adoção do regime de justiça negocial como medida despenalizadora na solução de demandas criminais menos graves, de modo a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a garantir celeridade ao sistema criminal e a devida reparação à vítima pelos danos causados pelo autor.

Conquanto se tenha inicialmente questionado acerca da legalidade do Acordo de Não Persecução Penal, em razão de estar previsto originariamente apenas na resolução n. 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, a Lei n. 13.964/19

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pôs fim a qualquer celeuma existente ao positivá-lo expressamente no art. 28-A do Código de Processo Penal.

O instituto consiste, assim, em um negócio jurídico de natureza extrajudicial, celebrado entre o Ministério Público e o investigado, devidamente acompanhado pelo seu advogado, em que o agente confessa a prática da infração penal e se compromete a cumprir determinadas condições necessárias e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A relevância do tema é inquestionável, especialmente em virtude do impacto da medida despenalizadora na realidade social subjacente, a qual minora os efeitos deletérios do édito condenatório e valoriza o interesse da vítima.

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1. O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA

O princípio da obrigatoriedade preconiza que, preenchidos os requisitos mínimos exigidos, diante da natureza indisponível do objeto da relação jurídica subjacente, compete ao Ministério Público a propositura da ação penal pública incondicionada.

Sendo assim, por força desse princípio, extraído segundo a doutrina do art. 24 do Código de Processo Penal, há um dever de atuação por parte da Polícia investigativa e do Ministério Público para que se possa apurar e denunciar determinada infração penal.

> De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Publico se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal (BRASILEIRO, 2019, p. 249).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em outras palavras, Aury Lopes Júnior (2018, p. 129) elucida que o dever de agir do Ministério Público acarreta a inexistência de margem de atuação entre denunciar, pedir diligências complementares ou postular arquivamento. Para o doutrinador, "Ou denuncia, se presentes as condições da ação; ou pede diligências complementares, nos termos do art. 16; ou postula de forma fundamentada o arquivamento".

Consoante as lições de Nestor Távora e Rosmar Alencar (2018, p. 56), "a persecução criminal é de ordem pública, e não cabe juízo de conveniência ou oportunidade". Nesse compasso, Fernando Capez (2018, p. 167) também aduz que não se adotam critérios de política ou de utilidade social para o oferecimento da denúncia, sob pena do cometimento do crime de prevaricação. Em simetria, entende Eugênio Pacelli:

> Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal. (PACELLI, 2018, p. 117)

Com efeito, nessa perspectiva, presentes indícios de autoria de prova da materialidade em relação à prática de um fato típico, sendo inexistentes as causas extintivas de punibilidade, não pode o "parquet", em tese, deixar de ajuizar a ação penal.

Entrementes, cumpre ressaltar que a obrigatoriedade da ação penal não consiste em um dever desarrazoado de denunciar o investigado, vez que o poder de ação somente deve ser exercido quando presentes os requisitos necessários para a persecução penal.

Para fins de compreensão dos mecanismos para fiscalização do princípio da obrigatoriedade, Renato Brasileiro (2019, p. 249) especifica que o art. 28 do Código de Processo Penal impõe ao juiz o exercício da função anômala de realizar seu controle, podendo efetuar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça no caso de discordância da promoção de arquivamento requerida pelo Promotor de

Justiça. Ademais, traz à baila que o mecanismo da ação penal privada subsidiária da pública também é uma importante forma de fiscalização da inércia ministerial.

Realizando um cotejo aos demais institutos de justiça negociada, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, é possível, entretanto, que se aplique uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

O Ministério Público é instituição com prerrogativa e dever funcional de estabelecer e fixar as prioridades políticos-criminais na concretização da persecução penal, delineando, de modo privativo (art. 129, I, CF), a existência de interesse e justa causa para a denúncia. Sendo assim, o Órgão Ministerial possui a prerrogativa funcional de, como agente político responsável pela acusação no sistema penal, verificar a existência de interesse público na persecução penal.

Não há óbices, por conseguinte, que desde que adequado ao fato e à situação pessoal do acusado, sejam aplicados os referidos institutos de justiça criminal consensual. Constitui-se uma clara mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e de seu desdobramento lógico atinente à indisponibilidade da ação penal pública na persecução da celeridade e da efetividade do *Ius Puniendi* Estatal.

Sob essa perspectiva, o escólio de Vladimir Aras:

> O Ministério Público brasileiro é, assim, um promotor de política criminal do Estado. Não é mero espectador, não é autômato da lei penal. Na condição de agente político do Estado, tem o dever de discernir a presença, ou não, do interesse público na persecução criminal em juízo, ou se, diante da franquia do art. 129, inciso I, da Constituição, combinado com o art. 28 do CPP, deixará de proceder à ação penal, para encaminhar a causa penal a soluções alternativas, não judicializando a pretensão punitiva. Entre essas soluções estão a opção pela Justiça Restaurativa ou pelos acordos penais.

Nessa toada, a Lei dos Juizados Especiais (n. 9.099/95) dispõe acerca da titularidade do Ministério Público para formular, conforme juízo de discricionariedade regrada, proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo, a teor dos arts. 76 e 89, mediante a condição do cumprimento por parte do agente de prestações previamente estabelecidas pelo *parquet*. Cuida-se de um poder-dever, em que se atribui ao Órgão Ministerial estabelecer a destinação das prestações pecuniárias, conforme a ordem prevista na legislação penal, de modo a se priorizar a terceira via do direito penal, qual seja, a reparação das vítimas. Colaciona-se entendimento da Corte Cidadã, *in verbis:*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. STJ. 6ª Turma. AgRg no RHC 74464/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 02/02/2017.
>
> A suspensão condicional do processo é solução de consenso e não direito subjetivo do acusado. STJ. 5ª Turma. AgRg no RHC 91265/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 27/02/2018.

Destarte, "havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta" (art. 76, caput, Lei n. 9.099/95). A discricionariedade do Ministério Público decorre da manifestação do princípio acusatório e leva em conta o bem jurídico tutelado pela norma na aplicação de uma pena não privativa de liberdade, além do preenchimento dos requisitos estabelecidos no mencionado diploma.

Por sua vez, o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo estabelece que nas ações penais envolvendo crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, no momento do oferecimento da denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e preenchidos os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 89, caput, Lei n. 9.099/95).

> A iniciativa para propor a suspensão condicional do processo é faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem cabe promover privativamente a ação penal pública (CF, art. 129, I), não podendo o juiz da causa substituir-se a este, aplicando o benefício ex officio. A proposta é um ato discricionário da parte, a quem incumbe avaliar, por critérios de conveniência e oportunidade, e inspirado por motivos de política criminal, se, estrategicamente, sua formulação satisfaz o interesse social. A imposição de ofício pelo juiz implicaria ofensa ao princípio da inércia jurisdicional, colocando-o na posição de parte. Não se trata, portanto, de direito subjetivo do réu, mas de ato discricionário do Parquet. (CAPEZ, 2018, p. 619)

Nesse caminhar, cumpre ao Poder Judiciário realizar o controle de legalizada do ato mediante sua homologação. Não lhe compete, por conseguinte, proceder a juízo de mérito quanto ao conteúdo do acordo, sob pena de violação ao princípio da imparcialidade previsto no sistema acusatório. Assim, havendo discordância quanto à proposta do parquet, a Suprema Corte sumulou o entendimento de que se deve aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal (Súmula n. 696).

O Acordo de Não Persecução Penal, seguindo a logica dos institutos correlatos da transação e da suspensão condicional do processo, também encampa a consensualidade no direito penal, caracterizando um inegável papel protagonista do Ministério Público na definição de políticas criminais, mormente diante de seu poder-dever de firmar o negócio jurídico.

Nesse caminhar, Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza enaltecem que o acordo de não persecução penal traz economia de recursos, em um ambiente de racionalidade e mediante a apresentação de vantagens recíprocas. Consoante os doutrinadores:

> Não se vislumbra prejuízo à Justiça Pública/interesse público, porque sob a análise do custo-benefício trazido pelo instituto, fruto da onda consequencialista em que se encontra o direito atualmente, em que já se reconhece a incapacidade do Judiciário dirimir, tempestiva e satisfatoriamente, todos os conflitos que a ele são levados, é muito mais vantajoso uma imediata decisão negociada, que cumpra a função dirimente do conflito do que uma decisão proferida ao longo de anos, incapaz de cumprir com as funções da pena e nem de recompor o sentimento social de validade das normas.

Com efeito, a hipótese configura inegável celeridade na resolução de conflitos menos graves, evitando a burocratização do Poder Judiciário e a superlotação das penitenciárias, permitindo a canalização para a persecução de delitos contumazes e mais perigosos à segurança social. Abandona-se, portanto, um positivismo extremamente legalista, conforme preceituam Alexandre de Morais e Aury Lopes:

> Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais. Precisamos caminhar para construção de garantias mínimas sobre o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> conteúdo do objeto penal na nova perspectiva (irreversível, por enquanto) da Justiça Negocial, porque sem maiores discussões, a porta da manipulação e da seletividade penal permanecerá aberta.

2.2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de não Persecução Penal, expressão da justiça consensual, consiste em um negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o investigado, devidamente acompanhado pelo seu advogado, em que o agente confessa a prática da infração penal e se compromete a cumprir determinadas condições necessárias e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Como consequência do cumprimento das condições elencadas, o Ministério Público deixa de denunciá-lo e realiza o arquivamento a investigação. Segundo o entendimento doutrinário:

> Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso - devidamente assistido por seu defensor -, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida (BRASILEIRO, 2019, p. 200).

Para Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza:

> Sobretudo em países do Commom Law, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes.

Nesse espírito de práticas compositivas no âmbito criminal, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 181/2017, fixando as balizas necessárias para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal. Conquanto tenha sido objeto de questionamentos quanto a sua constitucionalidade por ofensa ao princípio da reserva legal, por tratar de matéria envolvendo direito penal e processual

penal, com o advento da Lei n. 13.964/19 foi posta uma pá de cal em qualquer discussão por ventura existente, estando expressamente positivado no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Sendo assim, a criação do Acordo de Não Persecução Penal objetiva garantir celeridade à solução dos casos criminais menos graves, de forma a reduzir os custos do sistema criminal e a valorizar a reparação da vítima, racionalizando a atuação do sistema penal. Destacam Renee do Ó Souza e Patrícia E. C. Dower que:

> A previsão tem por escopo evidente dotar de maior racionalidade o nosso sistema penal, assegurando, de um lado, resposta mais rápida aos crimes menos graves, respeitando sempre a autonomia da vontade do investigado e a ampla defesa, garantida pela indispensabilidade da defesa técnica e, de outro lado, permitindo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário maior dedicação e celeridade também no que toca à apuração de crimes graves, opção já indicada pela constituição ao definir institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995. (SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia E. C., 2017, p. 117-148).

O Conselho Nacional do Ministério Público, por sua vez, como fundamento para a edição da resolução, aduziu que haveria um grande avanço na qualidade do Sistema de Justiça pátrio, elencando os seguintes motivos:

conforme pronunciamento da Comissão redatora da Resolução em estudo:

> a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judicias, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais. (CNMP, 2017, p. 32).

Adentrando nos pormenores do tema, o diploma processual prevê que a celebração do acordo de não persecução penal deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, havendo a necessidade de o agente confessar a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos (Art. 28-A, caput, CPP). Preenchidos os requisitos, o Ministério Público poderá propô-lo, mediante a aplicação seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

> Art. 28-A. [...]
>
> I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo
>
> II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime
>
> III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
>
> IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
>
> V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.
>
> § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Consoante exposto alhures, "o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise, se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto" (Enunciado 19 do Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal – GNCCRIM). Todavia, pode o investigado, no caso de recusa do *parquet* em propor o acordo, requerer a remessa ao órgão superior nos moldes do art. 28, do Código de Processo Penal (art. 28-A, §14º, CPP).

No tocante à confissão formal e circunstanciada do investigado para a formalização do ato, pugna-se que seja realizada perante o Promotor de Justiça, em audiência específica, com registro próprio, independentemente de anterior interrogatório policial (Art. 28-A, § 3º e § 4º, CPP). Para tanto, é imprescindível a presença do advogado do investigado ou de um defensor público ou dativo.

> [...] desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado e o direito ao silêncio (CF, art. 5o, LXIII). Ora, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se tem (ou não) interesse em celebrar o acordo de não-persecução penal (BRASILEIRO, 2019, p. 207).

Ademais, no que tange à análise da presença ou não da violência ou grave ameaça, deve-se circunscrever ao campo da intencionalidade/consciência de agir do autor, ou seja, se de modo intencional e consciente o agente se utilizou da violência ou grave ameaça para atingir um fim ilícito.

> A conduta, nos delitos de natureza culposa, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal. Toda conduta, seja dolosa ou culposa, deve ter sempre uma finalidade. A diferença entre elas reside no fato de que na conduta dolosa, como regra, existe uma finalidade ilícita, enquanto na conduta culposa a finalidade é quase sempre lícita. Na conduta culposa, os meios escolhidos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> e empregados pelo agente para atingir a finalidade lícita é que foram inadequados ou mal utilizados (GRECO, Rogério, 2014. p. 204)

Imperioso ressaltar que o instituto do acordo de não persecução penal não repele o ajuste nos casos de crimes culposos com violência no resultado. Nesse contexto, o Enunciado 23 do Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal – GNCCRIM – menciona que ser possível pois "nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível".

Em relação às condições ajustadas entre o investigado e o Ministério Público, Renato Brasileiro elucida que àquele deve assumir o dever de cumpri-las de forma cumulativa ou não, acrescentando que:

> Não se trata de pena, justamente por faltar uma das características fundamentais de toda e qualquer pena, qual seja, a imperatividade. Em outras palavras, em se tratando de pena, o Estado pode impor coercitivamente o seu cumprimento, pouco importando a voluntariedade do condenado. No acordo de não persecução penal, o investigado voluntariamente se sujeita ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, que, se cumpridas, esvaziam o interesse processual no manejo da ação penal, dando ensejo ao arquivamento do procedimento investigatório. Enfim, como não há imputação (denúncia), nem tampouco, consequentemente, processo penal, não há e nem poderia haver a imposição de pena (BRASILEIRO, 2019, p. 207).

Partilhando desse entendimento quanto à aplicação de pena restritiva de direito como condição do acordo de não persecução penal, a exemplo da prestação pecuniária, Antônio Suxberger entende que:

> As medidas previstas no acordo de não persecução penal, ainda que guardem similitude com penas restritivas de direito positivadas na legislação penal substantiva, não materializam sanção penal no seu sentido mais estrito. Isso porque à sanção penal concorrem características que não estão presentes nas medidas de responsabilização que são avençadas pelas partes no acordo de não persecução penal. Por isso, as medidas

> fixadas no acordo não afetam a punibilidade do fato noticiado. Afinal, só mesmo a manifestação jurisdicional afeta o jus puniendi do Estado. (SUXBERGER in CUNHA, 2017, p. 87-107).

Em consonância com a tese firmada, o Enunciado 25 do Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal – GNCCRIM – afirma que o Acordo de Não Persecução Penal "somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência".

Caso o magistrado considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor (Art. 28-A, § 5, CPP).

O diploma processual elenca, ainda, ser inaplicável o Acordo de Não Persecução Penal quando cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; tiver sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e, nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (Art. 28-A, § 2, I a IV, CPP).

Em relação à expressão "infração pretérita insignificante", o entendimento firmado pelos juristas tem sido quanto àquelas relativas aos delitos de menor potencial ofensivo, às quais ser avaliada no caso concreto se cumprem o requisito de ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (Enunciado 21 do Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal – GNCCRIM).

Além disso, o Enunciado 22 do Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal – GNCCRIM – veda também o acordo de não persecução penal aos crimes hediondos e equiparados, já que em relação a estes o acordo não seria suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

De mais a mais, polêmico questionamento tem sido feito quanto à possibilidade de celebração do Acordo e Não Persecução Penal após o recebimento da denúncia. Isso porque as normas que delineiam o instituto possuem natureza híbrida, compostas de normas de caráter penal e processual penal. Na lição de Cezar Roberto Bitencourt:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Em outros termos, toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultra-atividade penal (BITENCOURT, 2016, p. 219)

Conquanto o Enunciado nº 20 do Grupo Nacional De Coordenadores Do Centro De Apoio Criminal – GNCCRIM esclareça que só é possível a aplicação do acordo para os processos em andamento nos quais a denúncia não foi recebida, trata-se de posição institucional questionável em razão da natureza mais benéfica da norma, que deveria retroagir em benefício do investigado, consoante determinam os art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal e art. 2, § único, do Código Penal.

Devidamente firmado, o acordo de não persecução penal deve ser submetido à homologação judicial, devendo o magistrado devolver os autos posteriormente ao Ministério Público para que promova a execução da pena no juízo de execução penal (Art. 28-A, § 6, CPP).

Entretanto, se o togado recusar a homologação da proposta que não atenda aos requisitos legais ou que não tenha sido readequada conforme os ditames especificados no códex processual penal, devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (Art. 28-A, §§7 e 8, CPP).

Havendo o descumprimento das condições estipuladas, o Órgão Ministerial deverá comunicar os fatos ao juízo para fins de rescisão e posterior oferecimento da denúncia (Art. 28-A, §10, CPP).

> Uma vez celebrado o acordo de não-persecução penal, o Ministério Público deixará de oferecer denúncia contra o investigado. Para tanto, é intuitivo que o agente cumpra todas as obrigações por ele assumidas por ocasião da avença. Não o fazendo, estará sujeito ao oferecimento de denúncia, à semelhança do que já ocorre com o descumprimento injustificado da transação penal (súmula vinculante n. 35). [...] Essa denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público poderá

> trazer, como suporte probatório, inclusive a confissão formal e circunstanciada do investigado por ocasião da celebração do acordo. Ora, se o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo, deixando de adimplir as obrigações convencionadas, é de todo evidente que não se poderá desprezar os elementos de informação por ele fornecidos (BRASILEIRO, 2019, p. 209).

Por outro lado, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade (Art. 28-A, §13, CPP). Segundo Renato Brasileiro (2019, p. 210), "uma vez cumpridas as condições, esvazia-se o interesse processual no manejo da ação penal, tendo em conta que já estaria suficientemente satisfeita a pretensão punitiva estatal em virtude do cumprimento das obrigações a que se sujeitou o investigado". Observa-se, apenas, que, enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo, o prazo prescricional ficará suspenso para a persecução penal do delito (art. 116, IV, do CP).

Por derradeiro, depreende-se que esse novo modelo de solução de conflitos e reparação de danos deve ser utilizado com cautela, de modo proporcional, apostando em soluções que racionalizem o sistema penal brasileiro, sem escusar-se dos ditames legais quanto a sua aplicabilidade para promover, assim, não somente a redução do prazo entre o delito e a responsabilização do culpado, mas também a celeridade e a eficiência na reparação de danos à vítima ou à sociedade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A impossibilidade processual de acusação de todos os crimes praticados, bem como o longo período de espera para solução dos processos acarretou o incremento da porcentagem de delitos não solucionados ou não punidos pelo Poder Judiciário.

O modelo da Justiça Penal Negociada consagrado pelo ordenamento jurídico pátrio, tanto mais com a positivação do Acordo de Não Persecução Penal no art. 28-A do Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), permite que se promova uma desburocratização do aparato estatal para o combate à impunidade além de permitir o injusto penal restaurável à vítima.

Mediante um juízo de discricionariedade regrada, em regime de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o Ministério Público pode celebrar com o investigado um negócio jurídico de natureza extrajudicial, que, preenchidos alguns requisitos e condições, pode acarretar a extinção de punibilidade do agente infrator.

Esse benefício despenalizador, por certo, permite que o Estado otimize seus recursos para a eficiente gestão da persecução penal, uma vez que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desjudicialização de casos menos graves evita o massivo encarceramento de eventuais condenados e, por consequência, garante celeridade à persecução penal de infrações mais críticas.

4. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Conselho Nacional Do Ministério Público. Corregedoria Nacional. **Pronunciamento final em Procedimento de Estudos e Pesquisas**. Autos n. 1/2017.

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

CUNHA, Rogério Sanches et. al (Orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador, Juspodivm, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee de Ó. **A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/17 CNMP): uma opção legítima de política criminal.** Disponível em: < https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/ legalidade-acordode-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politicacriminal/>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

GRECO, Rogério**. Curso de direito penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado.** 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Especial. Vol. 3. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

Morais, Alexandre; Lopes, Aury. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. Disponível

em: https://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp. Acesso em: 14 de abril de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Curso de Direito Penal. Parte Especial**. Vol. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal.** 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

HORAS IN ITINERE E DEMAIS MUDANÇAS ADVINDAS DA REFORMA TRABALHISTA

TIAGO HENRIQUE CÂMARA DE OLIVEIRA:
Acadêmico de Direito, pertencente ao 10° período da Faculdade Serra do Carmo, Palmas - TO

MURILO BRAZ VIEIRA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender as mudanças realizadas na reforma trabalhista, e seus efeitos sobre as horas *in itinere* na vida dos trabalhadores que, apesar de haver legislação acerca do assunto, a Reforma Trabalhista trouxe prejudicial alteração em seu art.58, §2º, para a vida dos empregados.Uma vez que ao serem retiradas essas horas, passaram a alterar de forma significativa na economia dos mesmos. Este artigo possui método de pesquisa exploratória de maneira descritiva, fundamentado em normas, jurisprudências e doutrinas. Como resultado, apontou algumas dúvidas e questionamentos afim de buscar uma forma de solução pacífica que possa beneficiar as duas classes.Na conclusão, o artigo demonstra que mesmo com a alteração visando melhorias para a classe trabalhadora, infelizmente acarretou danos sociais e econômicos na vida destes, tendo em vista que agora os empregadores deixaram de pagar as horas *in itinere* e na maioria dos casos, não solucionaram o problema sobre o deslocamento, surgindo assim algumas mudanças que podem ser realizadas de modo a beneficiar tanto o empregado, como o empregador.

Palavras-Chave: Horas *in itinere*; Jornada de Trabalho; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: This article aims to understand the changes made in labor reform, and its effects on the hours *in itinere* in the lives of workers that, despite having legislation on the subject, the Labor Reform brought a harmful change in its art.58, §2 , for the lives of employees. Once these hours were removed, they began to change significantly in their economy. This article has an exploratory research method in a descriptive and explanatory manner, based on norms, jurisprudence and doctrines. As a result, he pointed out some doubts and questions in order to seek a form of peaceful solution that could benefit both classes. In conclusion, the article demonstrates that even with the change aiming at improvements for the working class, unfortunately it has caused social and economic damage in the lives of employees, considering that now employers have stopped paying hours in itinere and in most cases, they do not solved the displacement problem, thusthere are some changes that can be made to benefit both the employee and the employer.

Keywords: Hours *in itinere*; Labor Reform; Working Day.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Origem das Horas *In Itinere* – 2.1 Histórico do Direito do Trabalho – 3. Mudanças das Horas *In Itinere* com a Reforma Trabalhista – 3.1 Do ponto de vista do Empregado – 3.2 Na perspectiva do empregador – 3.3 Um paralelo da Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943 com a Reforma Trabalhista em relação às horas *in itinere* – 3.4 Principais mudanças realizadas pela Reforma Trabalhista quanto à jornada de trabalho – 3.5 A possibilidade de demandas advindas com as alterações – 3.6 A Relação de acidente no deslocamento e a exclusão das horas *in itinere* – 4. Conclusão – 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo consiste em realizar um estudo e demonstrar um paralelo entre as horas *in itinere* e suas mudanças advindas com a reforma trabalhista. Para justificar a escolha do tema, temos que estas consistiam em um direito essencial ao trabalhador, e quando houve sua retirada, por meio da reforma trabalhista, afetou diretamente a classe.

Na tradução literal, o termo "*in itinere*" significa "marcha". Então, sabe-se agora que "Horas *in itinere*", ao pé da letra quer dizer: horas em marcha. O trabalho utilizará a modalidade de pesquisa baseando-se na construção doutrinária, normativa e jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Tribunal Regional do Trabalho (TRT).

Um dos principais fatores que tornam esse tema de repercussão envolve a vida social e econômica/financeira dos empregados, pois a referida mudança apresentou benefícios e malefícios tanto para a classe de empregadores quanto de empregados.

Quando se trata de horas trabalhadas, logo remete-se a ideia de uma jornada de trabalho a ser cumprida, surgindo ai as horas "*in itinere*" que correspondem ao tempo despendido pelo trabalhador entre a sua residência e o local de trabalho.

Em virtudes de mudanças como esta, surgem perguntas que acabam permanecendo na mente dos empregadores e empregados, questionamentos como: Qual o Impacto sobre o tempo à disposição do empregador? Qual a mudança na Jornada de trabalho? Quais os Reflexos sobre a alteração da CLT quanto as Horas *in itinere*? Qual a Implicação na vida social e financeira?

O presente artigo científico objetiva responder tais perguntas traçando um paralelo em como era antes e o que mudou após a reforma trabalhista. Este possui

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

objetivo geral de demonstrar quais são os reflexos causados sobre a alteração da CLT por meio da Reforma Trabalhista quanto as Horas *in itinere*. Como objetivos específicos, realizar uma melhor análise sobre os aspectos que envolvem o trajeto despendido pelos empregados, o tempo gasto para deslocamento e qual a mudança econômica/financeira a reforma trabalhista ocasionou.

Em se tratando de metodologia, este possui método de pesquisa exploratória de maneira explicativa e descritiva, fundamentado em jurisprudências, normas, doutrinas e legislações. Buscando proporcionar uma maior familiaridade com o tema exposto, descrevendo, analisando e verificando as relações entre os fatos, a fim de torna-lo claro para melhor compreensão.

2. ORIGEM DAS HORAS *IN ITINERE:*

Inicialmente faz-se necessário uma contextualização a respeito da jornada de trabalho, para que se possa compreender o seu conceito, e estabelecer um entendimento sobre as horas *in itinere.*

Antes que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) entrasse em vigor, no dia 1º de maio de 1943, no Brasil passaram a acontecer diversas manifestações que acarretaram uma conquista história para a garantia de direitos e deveres dos empregados e empregadores, evolução esta de caráter benéfico principalmente para a parte hipossuficiente, os trabalhadores. Conquistas que refletiam em direitos como o descanso na jornada de trabalho, décimo terceiro salário, e muitos outros.

Em estudos realizados na modalidade de pesquisa, constata-se que estas horas, se tornaram um grande marco para a classe trabalhadora interferindo na relação de trabalho. Mas para melhor compreensão, é necessário uma melhor explanação sobre sua origem.

Em se tratando sobre a proteção de direitos dos trabalhadores, conforme disposto no art. 7°, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal de 1988.

> **Art. 7°**. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
>
> XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
>
> XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

No artigo e nos incisos acima elencados, compreende-se alguns dos 38 incisos que seguem a demonstrar direitos que o funcionário tem para proteção na relação entre empregado e empregador.

De outra banda, a Reforma Trabalhista vem sendo um dos grandes assuntos de repercussão no Brasil, dentre muitas mudanças, o instituto das horas *in itinere* sofreu grandes alterações tendo em vista que este deixou de ser computado nas horas trabalhadas.

A partir desta primícia e ignorada a vedação ao retrocesso do trabalhador, ao invés de buscar uma forma de melhoria social para a classe o Estado permitiu que houvesse uma maior vulnerabilidade tanto financeira quanto nos direitos dos trabalhadores.

A redação do artigo 611-B da Lei 13.467/2017 na CLT, buscou minimizar os impactos das negociações trabalhistas no direitos sociais dos trabalhadores à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. Vez que, demonstra a incompatibilidade da supressão ou redução de direitos trabalhistas com a Constituição Federal de 1988, pois viola os direitos sociais adquiridos pelos trabalhadores, como a proteção ao salário.

> **Art. 611-B.** Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
>
> I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
>
> II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
>
> III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
>
> VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

O art. 611-B, constante na CLT, elenca um rol de incisos que não podem ser objeto nas negociações coletivas, demonstrando comportamento supressor, incluindo o inciso VII e o Parágrafo Único que versam sobre normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

2.1 Histórico Do Direito Do Trabalho:

É com o trabalho assalariado e a sociedade industrial que surge o Direito do Trabalho. Devido ao grande crescimento industrial, comercial e agrícola, logo surgiram duas classes, o proletariado e a burguesia. Sendo que a prole é composta por pessoas que não possuem condições financeiras nem poder aquisitivo. Diferente dos burgueses que possuíam muitas maquinas e forte economia, tornando estes os capazes de controlar seus operários por meio de contratos de trabalho.

Diariamente os trabalhadores/operários das empresas e máquinas eram explorados ao máximo tendo em vista que esta mão de obra era barata e as pessoas necessitavam de provisões para sustento próprio e de seus familiares. Logo, as longas jornadas de trabalho com a pouca remuneração, se fez necessário o surgimento do Direito do Trabalho. Este veio com o intuito de criar leis e sanções que pudessem intervir na relação empregatícia de entre empregador e empregado.

O Ilustre doutrinador Luciano Martinez, em seu livro "Curso de Direito do Trabalho", ressalta a importância do Direito do Trabalho para a vida dos empregados, tendo em vista que anteriormente o trabalho era realizado para fins de sobrevivência, com uma ideia de pena e um sentimento negativo. Ele cita:

> A ressignificação da palavra "trabalho", como atributo de dignidade e de valor, decorreu de um novo sentido que lhe foi outorgado por aqueles que, sendo submissos (escravos e servos), encontravam nele a chave para a liberdade e por aqueles que, sendo livres, atribuíam a ele o valor de lazer e de aperfeiçoamento do espírito. Nessa ordem de coisas, o trabalho humano evoluiu "do sombrio ermo moral da escravidão para a aspereza relativa da servidão (à pessoa ou à gleba), que imperou na Idade Média, e desta para o remanso do humanismo renascentista e do iluminismo da Idade Moderna, até chegar ao contrato de trabalho concebido no ventre da Revolução Industrial"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A importante doutrinadora Carla Teresa Martins Romar, demonstra em seu livro "Direito do Trabalho esquematizado", os princípios do Direito do Trabalho que são as ideias fundamentais e informadoras do ordenamento jurídico trabalhista, ou seja, constituem postulados e diretrizes que inspiram as normas que regulam as relações de trabalho.

Segundo Américo Plá Rodriguez, são três os elementos que integram a noção de princípios do Direito do Trabalho:

> - São enunciados básicos que abrangem uma série indefinida de situações, ou seja, "um **princípio** é algo mais geral do que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la. E cumpre essa missão relativamente a um número indeterminado de normas";
>
> - São próprios do Direito do Trabalho e exatamente por isso o diferenciam dos demais ramos do Direito, confirmando sua autonomia e peculiaridade;
>
> - É imprescindível que tenham alguma conexão ou relação entre si, pois considerados em sua totalidade representam a própria fisionomia do Direito do Trabalho, servindo para harmonizar e ligar as suas normas umas às outras, evitando que se transformem em uma série de fragmentos desconexos.

Portanto, observa-se que se faz necessário o instituto do Direito do Trabalho para o bem comum social, vez que este possui princípios e normas a serem cumpridas com o fim de manter, regulamentar e igualar a balança nas relações de trabalho, onde muitas das vezes a parte hipossuficiente acaba lesada. Dada tamanha importância ao Direito do Trabalho, segue algumas das principais mudanças com a Reforma.

3. MUDANÇAS DAS HORAS IN ITINERE COM A REFORMA TRABALHISTA:

3.1 Do ponto de vista do Empregado:

Nos tópicos abaixo elencados, podem-se compreender algumas das alterações que merecem destaque neste artigo, como a imposta no § 2º do artigo 58 da CLT, que passa a desobrigar o pagamento das horas *in itinere*, as chamadas horas de deslocamento ou horas de trajeto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943.

> **Art. 3º** - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
>
> **Parágrafo único** - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Art. 1º da LC 150/2015 - Do empregado doméstico:

> **Art. 1°** - Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

Lei Nº 5.889, de 8 de Junho de 1973 - Do empregado rural:

> **Art. 3º** - Considera-se empregador, rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.

Como sendo parte hipossuficiente da relação empregatícia, o empregado encontra dificuldades e obstáculos para a prática de seu direito ao trabalho, tendo em vista que essa cultura do ser "superior" ou "inferior", burguês ou proletário, esta presente desde o surgimento das primeiras relações entre empregado e seu empregador.

Em doutrina escrita por Carla Teresa Martins Romar, encontram-se 4 características que descrevem o empregado como sendo parte hipossuficiente do vínculo empregatício, sendo eles:

> - **Pessoalidade**: Este o princípio remete a ideia de que um trabalhador que presta serviços pessoalmente, isto é, não pode fazer se substituir por terceiros (art. 2o, caput).
>
> - **Não eventualidade**: Empregado é um trabalhador que presta serviços continuamente, ou seja, serviços não eventuais.

> - **Subordinação**: É a sujeição do empregado às ordens do empregador, é o estado de dependência do trabalhador em relação ao seu empregador
>
> - **Onerosidade**: É a relação de emprego não é gratuita ou voluntária, ao contrário, haverá sempre uma prestação (serviços) e uma contra-prestação (remuneração). (ROMAR, 2019, p. 118)

Mauricio Godinho Delgado fala mais sobre a hipossuficiência e subordinação, em seu livro "dimensões da subordinação", apontando subdivisões em clássica, objetiva e estrutural.

> Subordinação clássica (ou tradicional) é a "consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pelo qual o trabalhador comprometese a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa;
>
> Subordinação objetiva é a que "se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas 'as amarras do vínculo empregatício'.
>
> Subordinação estrutural é a que "se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

3.2 Na perspectiva do empregador:

Estudando pelo lado do empregador, temos que este é a parte responsável pela relação trabalhista, pois é ele quem disponibiliza a vaga de prestação de serviços para as pessoas que estão dispostas a trabalhar.

Está previsto no art. 2° da Consolidação das Leis do Trabalho:

> **Art. 2º** - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Equiparam-se ao empregador nas relações de emprego, as instituições de beneficência, os profissionais liberais, as associações recreativas ou instituições sem fins lucrativos, sendo que estas estejam dispostas admitir trabalhadores como empregados.

Como adverte Maurício Godinho Delgado:

> Não há, portanto, uma qualidade especial deferida por lei a pessoas físicas ou jurídicas para emergirem como empregadores. Basta que, de fato, se utilizem da força de trabalho empregaticiamente contratada. A **presença do empregador** identifica-se, portanto, pela **verificação primeira da presença de empregado a seus serviços**, e não pela qualidade do sujeito contratante de tais serviços. Inexistindo na ordem jurídica qualificação específica para que uma entidade seja considerada empregadora (ao contrário do que ocorre com o empregado: apenas pessoa física), disso resulta que até mesmo entes juridicamente despersonalizados podem surgir, no plano jurídico, como empregadores, desde que se valendo do trabalho empregatício. É o que ocorre com condomínios, espólios e massas falidas, por exemplo. (DELGADO, 2019, p. 493).

3.3 Um paralelo da Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943 com a Reforma Trabalhista em relação às horas *in itinere*.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista veio justamente para mudar o conceito de horas "*in intinere*" vez que com a reforma os trabalhadores que outrora recebiam remuneração referente ao deslocamento de sua residência até o local de trabalho, passaram a não receber.

Um breve paralelo entre a CLT antes da Reforma Trabalhista, nos elucida de forma cristalina para melhor compreensão:

> **Art. 58, §2°, CLT (1943):** O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, **salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público**, o empregador fornecer a condução.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em se tratando da legislação originalmente editada em 1943, o período de deslocamento do empregado até o local de trabalho, não era computado como parte da jornada de trabalho salvo em casos onde o local fosse de difícil acesso, não existisse transporte público, o empregador fornecesse meio de transporte.

Exemplo que se pode dar seria um empregado que, pela condição de trabalho ou pela função exercida, acaba saindo 45 minutos ou 1 hora mais cedo de casa para aguardar o transporte oferecido pela empresa empregadora.O Tribunal Superior do Trabalho (TST) havia decidido que este período de espera na jornada de trabalho configurava horas *in itinere*, condenando assim o empregador a pagar horas extras.

Como está previsto na Súmula nº 90 do TST:

> HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
>
> **I** - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)
>
> **II** - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "*in itinere*". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)
>
> **III** - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "*in itinere*". (ex-Súmula nº 324 – Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)
>
> **IV** - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "*in itinere*" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 – Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)
>
> **V** - Considerando que as horas "*in itinere*" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

Tomando como base a Súmula 90 do TST, ressalta-se que esta busca enaltecer o empregado, de forma a contribuir para melhoria econômica e social. Diferentemente da Reforma Trabalhista, que infelizmente deu início a um retrocesso na vida dos empregados.

Uma vez que houve aumento em sua carga horária trabalhada, as horas de deslocamento não são mais computadas e, não houve aumento de sua remuneração, ferindo o princípio constitucional inscrito no art. 7º, da CF, que busca a melhoria em sua condição social e versa sobre a irredutibilidade de salário.

A Reforma Trabalhista conferiu a seguinte redação ao § 2º do artigo 58 da CLT:

> **Art. 58, §2°,** CLT (Reforma Trabalhista): "O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, **por não ser tempo à disposição do empregador**.

O Ministro Maurício Godinho Delgado, realizou obra conjuntamente com Gabriela Novaes, que aborda sobre:

> A eliminação das horas in itínere do ordenamento jurídico não afeta, entretanto, o conceito de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador e, por consequência, de duração do trabalho. Embora a má redação do novo texto do § 2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial, tal interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo não podendo, desse modo, prevalecer. (DELGADO; NEVES DELGADO, 2017, p. 122).

De forma clara, o novo dispositivo extingue o conceito de jornada *in itínere*, que é o período despendido pelo empregado para ir e voltar do trabalho, quando este era em local de difícil acesso ou não servido por transporte público. Já com a nova reforma, o tempo despendido até o local de trabalho e o retorno, por qualquer

meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho pois este não é configurado como tempo a disposição do empregador.

3.4 Principais mudanças realizadas pela Reforma Trabalhista quanto à jornada de trabalho:

Outro fator de grande relevância para a vida do empregado, foi que o intervalo de refeição poderá ser de no mínimo 30 minutos compactuado em acordo, se não for concedido ou for parcialmente concedido o funcionário terá direito a acréscimo de 50% da hora normal.

> **Art. 611-A.** A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
>
> **III** - intervalo intrajornada, respeitado o limite **mínimo de trinta minutos** para jornadas superiores a seis horas.

Após a criação desta regra o tempo de almoço poderá ser negociado, sendo no mínimo de 30 minutos. Mesmo a lei esclarecendo que tal ato deve ser negociado por meio do sindicato, a simples possibilidade deveria ser proibida, visto que a possibilidade de descanso para refeição de 30 minutos fere a saúde e o repouso do trabalhador e não é uma matéria a ser discutida.

Entende-se que o intervalo para seu repouso não serve somente para o empregado fazer sua refeição, mas proporcionar o mínimo tempo de descanso para sua recuperação psíquica e física para continuar laborando, além de utilizar desse período para resolver outros assuntos pessoais.

Outra mudança que interfere na vida dos empregados é em relação ao Banco de horas. Tendo em vista que as empresas poderão negociar diretamente com empregados a compensação das horas extras laboradas

> **§ 6°** - É lícito o regime de **compensação de jornada** estabelecido por **acordo individual, tácito** ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

Com outras palavras, é praticamente o fim das horas extras. O artigo da lei cita a negociação entre patrão e empregado, como acordo individual tácito ou escrito, para autorizar o banco de horas. O que foi benéfico para as empresas que podem alegar aceitação feita até tacitamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite, em seu livro "Curso de Direito do Trabalho" (2020), faz menção ao art. 7º, XIII, da CF/88, onde neste permite o regime de compensação de horas, ou seja, em vez de o empregado trabalhar 8 horas por dia, de segunda a sexta-feira, mais 4 horas no sábado, poderá laborar por exemplo, 08:48 horas de segunda a sexta (a chamada semana inglesa), totalizando, assim, 44 horas semanais.

3.5 A possibilidade de demandas advindas com as alterações:

Ao entrar em vigência, a Lei 13.467/2017 trouxe consigo muitas mudanças, e com isso, alguns funcionários foram acrescidos e outros suprimidos. Com todas as alterações, suscitam-se questionamentos como por exemplo o direito adquirido e se este será aceito ou não em relação as horas *in itinere*.

Sobre o direito adquirido como sendo um ordenamento jurídico pátrio, observa-se que este se torna patrimônio do empregado, após o preenchimento de todos os requisitos elencados na lei, cabe mencionar que este instituto é diferente da expectativa de direito, demonstrando que ainda não possui todos os requisitos para cumprir com o uso de seu direito, mesmo que esteja próximo de conquista-lo.

Cabe mencionar que com a vacância da lei trabalhista, os novos contratos a ela se submetem, juntamente com os contratos já em curso antes disso, respeitados os direitos jurídicos, a coisa julgada e demais atos. Seguindo a regra de Estado de Direito, representada pelo art. 5°, inciso XXXVI, da Constituição Federal:

> **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> **XXXVI** - a lei **não prejudicará o direito adquirido**, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Também encontrado no art. 6° do Decreto-lei 4657/1942, a lei de Introdução as normas do direito brasileiro:

> **Art. 6º.** A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados **o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada**. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **§ 1º** Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957);
>
> **§ 2º** Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957);
>
> **§ 3º** Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).

O Ministério do Trabalho publicou no dia 15 de Maio de 2018, um parecer afirmando que a nova lei, esta válida de forma geral e imediata para as relações contratuais regidos pela CLT, incluindo os assinados anteriormente a reforma trabalhista:

> Ante exposto, entende-se que mesmo a perda da eficácia do art. 2° da MP 808/2017, a qual estabelecida de forma explícita, apenas a título de esclarecimento, a aplicabilidade imediata da Lei 13.467/2017 a todos os contratos de trabalhos vigentes, não modifica o fato de que estas referida lei é aplicável de forma geral, abrangente e imediata a todos os contratos de trabalho regidos pela CLT (Decreto-lei n° 5.542, de 1° de maio de 1943), inclusive, portanto, àqueles iniciados antes da vigência da referida lei e que continuaram em vigor após 11/11/2017, quando passou a ser aplicável a Lei 13.467/2017. Brasilia, 14 de Maio de 2018. (RICARDO LEITE, Procurador Federal – Consultor Jurídico).

Neste sentido, surgem muitas discussões sobre os direitos adquiridos pelos trabalhadores e a reforma trabalhista, tendo em vista que os magistrados responsáveis por julgar as demandas, discordam dos entendimentos da Lei com o posicionamento legislativo.

3.6 A Relação de acidente no deslocamento e a exclusão das horas *in itinere*:

Primeiramente, se faz necessário descrever o que é acidente de trabalho. No art. 19 da Lei 8.213/91 temos que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **Art. 19.** Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a **serviço da empresa** ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando **lesão corporal ou perturbação funcional** que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Após a reforma trabalhista, como já visto anteriormente, esse período em que o empregado se desloca de sua residência até seu local de trabalho, deixou de ser computado como horas trabalhadas por não ser tempo à disposição do empregador. Porém, o art. 21, IV, alínea "d" da Lei de benefícios da Previdência Social possui entendimento contrário, demonstrando que este percurso é sim, tempo a disposição do empregador.

> **Art. 21**. Equiparam-se também ao **acidente do trabalho**, para efeitos desta Lei:
>
> **IV** - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
>
> **d)** no **percurso da residência para o local de trabalho** ou **deste para aquela**, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

De outra banda, o TST optou por se manifestar através do art. 51 da Medida Provisória 905/2019 revogando a alínea "d" do inciso IV do art. 21 da Lei 8.213/1991, alínea esta que equiparava o acidente de trajeto como sendo acidente de trabalho. Diante da referida revogação desta alínea, o acidente ocorrido no percurso entre residência-trabalho e vice versa, não se enquadraria mais como acidente de trabalho, não gerando estabilidade ao empregado, ainda que o afastamento fosse superior a 15 dias, como demonstrado na **Súmula 378, II do TST**:

> ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
>
> **I** - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

> **II** - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).

Diante disso, se tornou necessária a revogação da Medida Provisória 905/2019, passando a vigorar a Medida Provisória 955/2020, e a partir do dia 20/04/2020 o acidente de trajeto volta a ser equiparado a acidente de trabalho, ficando o empregador responsável por emitir a CAT (Comunicado de Acidente de Trabalho), além de garantir a estabilidade de empregado ao trabalhador acidentado que tenha ficado mais de 15 dias afastado.

4. CONCLUSÃO

Partindo dos argumentos anteriormente expostos, observa-se que com as mudanças realizadas na Lei n. 13.467/2017, à Reforma Trabalhista, ao alterar o §2º e revogar o §3º do art. 58, fez uma mudança exponencial para a vida dos trabalhadores e empregadores.

O presente artigo buscou analisar e traçar um paralelo entre a Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943 com a Reforma Trabalhista, que especificamente trouxe em seu texto a supressão das horas *in itinere*, gerando um debate sobre como será a vida social e financeira dos trabalhadores.

Pode-se compreender que na perspectiva dos trabalhadores que tiveram alguns dos seus direitos suprimidos, essa reforma trouxe um retrocesso tendo em vista que agora necessitam tirar de seu próprio salário para se deslocar até o local de trabalho.

O que acabou gerando instabilidade financeira vez que sua renda, tem como prioridade o sustento da família, com provisões, contas para pagar, filhos, estudos, e agora mais uma preocupação com o deslocamento até o local de laboração. Outro fator de grande relevância para os empregados, é que agora devido a este retrocesso, passaram a possuir maior carga horária, um aumento na jornada de trabalho, e sem remuneração adequada.

Com o presente artigo conclui-se que, após a mudança advinda da Reforma Trabalhista, na Lei 13.467/2017 em seu art. 58, §2º, visando melhorias, infelizmente acarretou em retrocesso para as duas classes que compõe um vínculo empregatício. Algumas das possíveis alterações que poderiam mudar essa relação de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

benéfica, seria o retorno do pagamento das horas "*in itinere*", ou iniciar uma política moral de conscientização para os empresários que possuem funcionários a disponibilizarem um auxílio para contribuir com o meio de transporte àqueles que necessitarem.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BONFIM, Vólia. **Principais pontos da Reforma Trabalhista**. Disponível em: www.genjuridico.jusbrasil.com.br. Acessado em 19.05.2020.

BRASIL**.** Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 10.06.2020.

BRASIL, Ministério do Trabalho, **PARECER Nº 248, DE 14 DE MAIO DE 2018**. Disponível em: www.lex.com.br/legis_27646708. Acessado em 10.05.2020.

BRASIL, **Súmula 90 Horas "in itinere", tempo de serviço (incorporadas as súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**; Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?idmodelo=1169. Acessado 10.05.2020

BRASIL, Lei 10.243 de 19 de junho de 2001; **Lei que acrescentou parágrafos ao art.58, da CLT**. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/. Acessado em 10.06.2020.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Livro de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/livro-de-sumulas-ojs-e-pns. Acessado em: 10.05.2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho; NEVES DELGADO, Gabriela. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18ª edição, 2019.

FONSECA, Renato. **Opinião sobre a Reforma Trabalhista**; Disponível em www.conjur.com.br. Acessado em 04.12.2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; **Curso de Direito do Trabalho**, 12ª edição, 2020.

MARTINEZ, Luciano; **Curso de Direito do Trabalho,** 11ª edição, 2020.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**, tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMAR Carla Teresa Martins; **Direito do Trabalho Esquematizado**, edição 6ª, São Paulo, Saraiva educação, 2019.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela; **Manual Prático das Relações Trabalhistas**, 13ª ed. São Paulo: Ltr, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CONSTITUCIONALIDADE DA EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV) PARA O PAGAMENTO DA PARTE INCONTROVERSA E AUTÔNOMA DE DÍVIDA JUDICIAL

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).

1.Introdução

Em sessão virtual encerrada no dia 05/06/2020 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário nº 1.205.530/SP – referente ao Tema 28 – com repercussão geral. O caso sob análise tratou da averiguação da constitucionalidade da expedição de precatório ou requisição de pequeno valor (RPV) para o pagamento da parte incontroversa e autônoma de dívida judicial.

Segundo assentaram os Ministros da Corte, é constitucional tal expedição, oportunidade em que afastaram a tese jurídica da Fazenda Pública quanto ao suposto fracionamento do precatório ou RPV em violação aos § 3º e § 8º do artigo 100 da Constituição Federal. A decisão do STF, indubitavelmente, trará uma nova perspectiva tanto no comportamento de recorribilidade estatal em juízo quanto no impacto orçamentário imediato aos cofres públicos em decorrência destas execuções judiciais.

Nesse cenário, cumpre analisar a relevância dos efeitos da discussão sob estes prismas acima indicados, identificando quais as principais consequências para o erário e a advocacia pública em geral. A questão, sem sombra de dúvidas, apresenta nuances de ordem prática que alterarão – sensivelmente – o modo como a Fazenda Pública realiza a gestão processual e orçamentária destas condenações, conforme adiante se propõe refletir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.Da tese jurídica fixada em repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.205.530/SP referente ao Tema 28 na seara do Supremo

Numa ambientação da discussão, durante muito tempo a Fazenda Pública questionou a constitucionalidade da expedição de precatório ou requisição de pequeno valor (RPV) para o pagamento da parte incontroversa e autônoma de dívida judicial. Isto porque, segundo sustentava, antes do trânsito em julgado não poderia ocorrer qualquer pagamento ao credor, ainda que a discussão existente se operasse apenas em relação à parcela da condenação total e não à quantia integral.

Num exemplo elementar da tese fazendária, ter-se-ia jurisdicionado (credor) com o importe de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para receber da Fazenda Pública (devedora) em decorrência de condenação com trânsito em julgado na fase de conhecimento. Em sede de execução definitiva ocorrera impugnação à execução pela devedora sob o questionamento de suposto excesso de execução, ao argumento de que a quantia exequenda correta seria de R$ 999.000,00 (novecentos e noventa e nove mil reais).

Assim, o credor não poderia requerer a expedição de precatório no importe da quantia incontroversa – R$ 999.000,00 (novecentos e noventa e nove mil reais) – haja vista que restaria pendente de apreciação judicial o valor remanescente de R$ 1.000,00 (um mil reais) para integralizar o crédito executado pelo jurisdicionado, após a formação da coisa julgada da fase executória. Para receber a quantia incontroversa o jurisdicionado precisaria concordar com os cálculos estatais e renunciar à discussão jurídica quanto ao valor supostamente excedente. Ou aguardar a formação da coisa julgada um dia quando a Fazenda Pública decidisse parar de recorrer.

Nesse cenário, em muitos casos em trâmite na Justiça brasileira, como este acima indicado, transcorriam anos e até décadas sem que o jurisdicionado pudesse fazer jus à parcela condenatória já reconhecida como incontroversa pela Fazenda Pública, no aguardo de um moroso desfecho definitivo – com data futura e incerta – acerca da questão controvertida.

A afirmação que demonstra a ampla litigância de massa fazendária e o impacto negativo que isto traz para a sociedade em geral é corroborada pela doutrina de Leonardo Carneiro da Cunha:

> O fenômeno da litigância de massa é verificado com bastante frequência em demandas propostas contra a Fazenda Pública. A Fazenda Pública é, portanto, um litigante habitual. Considerando as diferenças existentes na dimensão e nos recursos financeiros e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ainda, no direito aplicável, há os que se socorrem, repetidas vezes, da Justiça, envolvendo-se, ao longo do tempo, em litígios similares, enquanto há os que recorrem aos órgãos jurisdicionais, ocasional ou esporadicamente. Aqueles são os chamados litigantes habituais ou litigantes frequentes, ao passo que esses últimos são os litigantes eventuais ou litigantes esporádicos. A Fazenda Pública é, frequentemente, um litigante habitual, estando presente em causas repetitivas. A aplicação de regras que tratem da gestão e do julgamento de casos repetitivos repercute diretamente na atuação da Fazenda Pública em juízo.[1]

Dentro dessa perspectiva, o STF não mais acolheu essa postura protelatória da Fazenda Pública – principalmente porque existentes milhões de demandas de massa – ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 1.205.530/SP referente ao Tema 28, cuja tese com repercussão geral assim foi fixada:

> Surge constitucional expedição de precatório ou requisição de pequeno valor para pagamento da parte incontroversa e autônoma do pronunciamento judicial transitada em julgado, observada a importância total executada para efeitos de dimensionamento como obrigação de pequeno valor[2].

Vale ressaltar que esse posicionamento possui caráter vinculante nos termos do novo Código de Processo Civil (CPC), a saber:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> (...)
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
>
> (...)
>
> II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Trata-se de uma teoria dos precedentes normativos vinculantes a partir de uma ruptura paradigmática, abandonando-se o modelo sutil de precedente até

então vigente, construindo uma nova forma de encarar a aplicação do direito, conforme a doutrina já descreveu:

> A ideologia do CPC 2015 é claramente voltada para a vinculatividade formal das decisões e técnicas de externalização das decisões elencadas nos incisos do art. 927, devendo vir combinada com as exigências materiais de racionalidade decorrente da estabilidade, coerência e integralidade das decisões (art. 926), da identificação dos fundamentos determinantes (*precedent-identificacion*) e demonstração de seu ajuste ao caso atual (*precedent-following*), e, da eventual existência de distinção ou superação para explicar o porquê de deixar de seguir o caso-precedente (art 489,§1º, V e VI).[3]

Lado outro, como consequência prática desta decisão paradigma haverá, inevitavelmente, a necessidade de nova perspectiva de gestão processual da Fazenda Pública.

Primeiramente, porque, muitas vezes, o uso indiscriminado dos meios de impugnação de decisões judiciais e recursos em geral na fase executória se dá na Fazenda Pública como forma de bloquear o acesso do jurisdicionado à expedição do precatório ou RPV. Nesse caso se trata de um abuso do direito de defesa com contornos de litigância de má-fé, ausência de cooperação processual, razoabilidade e proporcionalidade. Não se questionam o contraditório e o devido processo legal legítimos, até porque necessários à defesa do interesse público, mas sim os excessos e os desvios de conduta da Fazenda Pública em litigar por litigar.

A par disso, cuida a Fazenda Pública de protelar indevidamente a efetiva entrega da prestação jurisdicional, uma manifesta afronta ao devido acesso à Justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e artigo 3º do CPC) onde muitos cidadãos acabam até a vir a óbito sem o recebimento dos valores com a chancela de incontroversos, porém pendentes de pagamento em função de subterfúgios e artifícios processuais fazendários. Uma espécie de gestão processual com desvio de finalidade e dissociada do interesse público.

Sob outra perspectiva, também se busca com esse artifício realizar uma gestão orçamentária indevida, algumas vezes por critérios políticos ou de favorecimento pessoal. Uma vez interposto o recurso, o pagamento referente à condenação será postergado até o desfecho definitivo da demanda. Geralmente, o uso desse mecanismo fomenta o *modus operandi* de transferir gastos orçamentários de precatório e RPV para outro governo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na realidade, o valor dispendido no pagamento desta dívida judicial quando comparado ao prestígio político que decorreria se a mesma quantia fosse investida em obra pública – construção de escolas, hospitais ou viadutos, por exemplo – desestimula o gestor público, como regra, a tê-lo como prioridade de seu governo. Essa é uma realidade da vida pública brasileira.

Num exemplo simples, dificilmente um candidato em campanha política – ou administrador público em exercício – terá seu capital político alavancado por cumprir a obrigação de pagar precatório ou RPV decorrente de dívida judicial de outro governo. O pensamento do gestor, que deveria ser de *Estado* e não de *Governo*, contamina a decisão administrativa por seu interesse pessoal e político. Em geral, essa quitação é encarada como mera obrigação estatal. Diferentemente de quando encampa uma obra cuja inauguração poderá lhe render holofotes e uma placa perene com o seu nome estampado em destaque, que desafiará décadas de lembrança, quase como um legado.

Aliás, o pagamento de precatório ou RPV é feito diretamente pelo Tribunal através de alvarás onde os próprios magistrados acabam por realizar atos solenes para tais entregas, com ganho de imagem para o Poder Judiciário e não para o Poder Executivo, este último que controla a máquina fazendária e defensiva em juízo através de suas Procuradorias. Isso reforça o desinteresse da maioria dos gestores do Poder Executivo na quitação de dívidas judiciais de outros governos. O mesmo com o Poder Legislativo que prefere, como se vê com frequência no Brasil, a liberação de emendas parlamentares ao pagamento de dívidas judiciais sem ganho de capital político.

Volvendo ainda mais os olhos sobre essa realidade inescusável, outra postura deverá ser observada pela Fazenda Pública no que tange a essas gestões processuais e orçamentárias. Inexistirá sentido para o recurso meramente protelatório, pois este não impedirá a expedição do precatório ou RPV referente à quantia incontroversa. Ou a Fazenda Pública mudará a forma de atuação visando a redução da litigiosidade ou litigará sem cabimento majorando a condenação em honorários sucumbenciais, juros de mora e correções monetárias.

Além disso, se houver um eventual aumento do valor impugnado pela Fazenda Pública como forma de frustrar a expedição do precatório ou RPV, tais consectários lógicos poderão prejudicar ainda mais as finanças públicas e causar danos ao erário, sem prejuízo da apuração de responsabilidade política, civil, administrativa e até criminal. Esta realidade acometerá gestores públicos e servidores em geral (peritos à disposição do Poder Executivo) e, guardados os cuidados e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

proporções, os próprios membros da advocacia pública e peritos contábeis, conforme prevê o CPC:

> Art. 158. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas que entender cabíveis.
>
> Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções

Será preciso que a Fazenda Pública melhore as suas teses defensivas e somente impugne e recorra quando houver evidente motivo para tal. Selecionar criteriosamente o que vale a pena impugnar ou recorrer. Não só aperfeiçoando o aspecto defensivo em juízo, mas preventivo de ações judiciais na esfera pré-processual (administrativa). Como exemplo dessa proposta, podem ser criadas e postas em funcionamento efetivo Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, conforme estimula o CPC:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> (...)
>
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
>
> 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;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 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.

Inclusive, essa diminuição do ciclo da fase executória – com possibilidade de expedição de precatório ou RPV sobre a quantia incontroversa – deve ser encarada como um fator catalisador de um melhor planejamento da Administração Pública, na medida em que se um processo se iniciar e se findar rapidamente, as consequências do pagamento já poderão incidir no mesmo mandato do gestor do Poder Executivo. A possibilidade de transferência de responsabilidade para o futuro gestor ficará mais restrita.

Além disso, será necessário um eficiente planejamento orçamentário, pois a minoração do ciclo da fase executória – com possibilidade de expedição de precatório ou RPV sobre a quantia incontroversa – impactará na elaboração das leis orçamentárias que não poderão se espelhar na realidade de outrora onde a Fazenda Pública se distanciava do pagamento de dívidas simplesmente pela utilização das impugnações e recursos como meio de gestão orçamentária.

Essa tendência quanto à viabilidade da expedição de precatório ou RPV acerca da quantia incontroversa, aliás, já vinha se desenhando na ótica do novo CPC de 2015 – o qual busca, a todo instante evitar a discussão desnecessária sobre fatos incontroversos – como se vê adiante:

> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
>
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:
>
> (...)
>
> § 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito.
>
> § 3º Na hipótese do § 2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

(...)

III - admitidos no processo como incontroversos;

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

Art. 526. É lícito ao réu, antes de ser intimado para o cumprimento da sentença, comparecer em juízo e oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo.

§ 1º O autor será ouvido no prazo de 5 (cinco) dias, podendo impugnar o valor depositado, sem prejuízo do levantamento do depósito a título de parcela incontroversa.

Art. 604. Para apuração dos haveres, o juiz:

§ 1º O juiz determinará à sociedade ou aos sócios que nela permanecerem que depositem em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos.

(...)

§ 3º Se o contrato social estabelecer o pagamento dos haveres, será observado o que nele se dispôs no depósito judicial da parte incontroversa.

Art. 702. Independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, embargos à ação monitória.

(...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 7º A critério do juiz, os embargos serão autuados em apartado, se parciais, constituindo-se de pleno direito o título executivo judicial em relação à parcela incontroversa.

Ciente dessa realidade, a Advocacia Geral da União (AGU), desde 2008, já havia editado a Súmula nº 31, vazada nos seguintes termos:

> É cabível a expedição de precatório referente a parcela incontroversa, em sede de execução ajuizada em face da Fazenda Pública.[4]

Em que pese esta orientação no âmbito da Fazenda Pública Federal por parte da AGU, na seara dos demais entes federativos ainda persiste uma resistência muito forte – e infundada – quanto à esta possibilidade, tanto que a matéria precisou ser objeto de recente apreciação com repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.205.530/SP referente ao Tema 28. Esse julgamento comprova que a mudança de mentalidade precisa ocorrer, imediatamente, a fim de resguardar e proteger a própria Fazenda Pública de verdadeiras gestões processuais e administrativas temerárias, pois lastreadas em aventuras jurídicas, capitaneadas, com frequência, por influências políticas em grande parte do Brasil.

3.Conclusão

Frente ao exposto, espera-se que, a partir de agora, os demais entes da federação brasileira caminhem no mesmo sentido da Fazenda Pública Federal e se ajustem ao precedente vinculante do Recurso Extraordinário nº 1.205.530/SP referente ao Tema 28.

Para tanto será necessária uma reinvenção dos aspectos de gestão processual e orçamentária da Fazenda Pública, na medida em que a postura e a mentalidade outrora vigentes não mais se adequam à realidade posta pelo Supremo.

Em consequência, tal mudança de comportamento processual e administrativo tende a trazer ganhos diretos à Fazenda Pública quanto à redução de litigiosidade, racionalização de atuação em juízo e minoração de consectários lógicos das condenações (honorários de sucumbência em fase de impugnação e recursal, juros de mora e correção monetária).

Sob outra perspectiva, aguarda-se uma renovação dos parâmetros de organização administrativa da Fazenda Pública, a fim de que as dívidas judiciais passem a se tornar prioridade dos gestores e não mais um anexo da peça orçamentária, na medida em que o ciclo de pagamento do precatório ou RPV gerará

impacto direto no resultado obtido pelo mandatário do Poder Executivo em sua gestão. E isto dele exigirá uma *accountability* eficiente a fim de evitar a responsabilização por suposta ausência de planejamento orçamentário.

Por fim, e não menos importante, o jurisdicionado enquanto cidadão ou mesmo pessoa jurídica tenderá a receber uma prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e artigos 4º, 6º, 8º e 139, inciso II, todos do CPC), sem se tornar vítima de eventuais artifícios processuais escusos e descompromissados com os verdadeiros ditames legais e constitucionais que devem nortear o comportamento da Fazenda Pública em juízo.

4.Referências Bibliográficas

BRASIL. Planalto – Portal da Legislação. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445212&ori=1>. Acesso em: 17 jun. 2020.

_____. Advocacia Geral da União (AGU). Súmula nº 31. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/28331>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 306.

ZANETI JR., HERMES. **O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NOTAS:

[1] In **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 306.

[2] Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445212&ori=1>. Acesso em: 17 jun. 2020.

[3] ZANETI JR., HERMES. **O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 394.

[4] Advocacia Geral da União (AGU). Súmula nº 31. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/28331>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O REGIME SEMIABERTO E SUA EFICIÊNCIA

ADALMIR MARCELINO SALGADO:
Graduando no curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

RESUMO: O presente trabalho busca comprender o regime semiaberto quanto a sua possível inefiência, fazendo-se uma alusão ao projeto de Lei nº. 3.174/2015. Metodologicamente, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a qual se reuniu livros, artigos e pesquisas em geral sobre o tema, a fim de fazer uma análise teórica breve e inteligente sobre o assunto. A pesquisa é justificamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois trata-se de um tema, cujo teor característico, baseia-se na não eficiência do regime semiaberto, sendo possível delinear abordagens diretamente aos problemas de superlotação. Primeiramente, fez-se uma abordagem sobre os regimes prisionais, os principais problemas do regime semiaberto, a superlotação, fazendo referência aos dados fornecidos pelo próprio Projeto de Lei em epígrafe; e das alterações do texto do Código Penal de 1940 e da Lei de Execuções Penais de 1984 pelo presente Projeto de Lei nº. 3.174/2015.

Palavras-chave: Regime semiaberto. Ineficiência. Superlotação.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Regimes prisionais – 3. Extinção do regime semiaberto – 3.1. Principais problemas do regime semiaberto; 3.2. Superlotação; 3.3. Das alterações da redação do CP e da LEP pelo projeto de lei nº 3.174/15 - 4. Conclusão – 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

O estudo objetiva delinear sistematicamente sobre o regime semiaberto e sua ineficiência, e a partir disso denotar com ênfase a possibilidade de ser extinto, tendo como base de análise, a proposição realizada pelo Movimento Paz do Rio Grande do Sul, a qual mobilizou milhares de pessoas com a finalidade de trazer alternativamente pontos cruciais para que se alcance a paz e a segurança de todos os brasileiros, por meio do Projeto de Lei nº. 3.174/15.

A iniciativa se deu por conta do assassinato no ano de 2014, do empresário Gabriel Rodrigues, a qual foi moto por um infrator que respondia sua condenação em regime semiaberto. A proposta do Projeto de Lei, em epígrafe, teve mais de 100

mil assinaturas e foi aprovada como sendo um regime de iminência para ser aprovada.

Inicialmente, é feita uma abordagem sobre os sistemas prisionais, que são três tipos de penas, previstas no atual Código Penal: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. O presente trabalho irá estudar apenas às penas privativas de liberdade, que podem ser de reclusão, que admite ser no regime fechado, semiaberto ou aberto; ou de detenção, que pode ser em regime semiaberto ou aberto.

Referente ao segundo capítulo faz-se alusão aos principais problemas do regime semiaberto, que de acordo com o art. 33, "b" do Código Penal, a execução da pena do regime semiaberto deverá ser em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, no entanto, no Brasil há falta de colônias agrícolas, desta maneira o condenado acaba cumprindo sua pena na forma de regime aberto.

Posteriormente, é abordado a questão da superlotação, que é um dos principais problemas mais graves do sistema carcerário no Brasil, que de acordo com os dados fornecidos no Projeto de Lei, em epígrafe, o número total de presos no Brasil em dezembro de 2012 é de 548 mil, incluindo homens e mulheres e desconsiderando detentos em regime domiciliar. Destarte, é necessário encontrar soluções para a superlotação nos estabelecimentos prisionais.

Subsequentemente, aborda-se sobre as alterações da redação do Código Penal de 1940 e da Lei de Execuções Penais de 1984, pelo Projeto de Lei nº. 3.174/2015.

2. REGIMES PRISIONAIS

De acordo com nosso atual Código Penal em seu artigo 32, há 3 (três) tipos de penas previstas: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. A pena privativa de liberdade pode ser classificada em reclusão ou detenção. Conforme o artigo 33, a pena privativa de liberdade de reclusão admite ser no regime fechado, semiaberto ou aberto. Quanto à detenção em regime semiaberto ou aberto.

Para iniciar o cumprimento da pena no regime fechado o condenado deverá ter sido condenado, seja reincidente ou não, a pena superior a 8 (oito) anos. Caso o condenado não seja reincidente e receba a pena superior a 4 (quatro) anos e que não exceda a 8 (oito) anos, este poderá cumprir em regime semiaberto, porém, se for reincidente deverá cumprir em regime fechado. Se, contudo, o condenado não reincidente, receba a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá começar a cumprir em regime aberto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme com o art. 50 da Lei de Execução Penal o condenado cometerá falta grave à pena privativa de liberdade que:

> Art. 50:
>
> I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
>
> II - fugir;
>
> III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
> IV - provocar acidente de trabalho;
> V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
> VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
> VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

A consequência desta falta grave acarreta na recontagem do prazo para progressão de regime, ou seja, o condenado que cometer falta grave, volta a contar o prazo para progressão a partir da data do cometimento da falta grave.

No regime fechado, a pena será executada em estabelecimento de segurança máxima ou média, conforme o art. 33, § 1º, "a" do CP. O condenado ficará sujeito ao trabalho no período diurno. O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, pode ser realizado trabalho externo em serviços e obras públicas, devendo, no entanto, ser autorizado pela direção do estabelecimento, tendo o limite máximo de presos de 10% do total de empregados na obra (art. 36 da LEP), além do condenado ter cumprido o mínimo de 1/6 da pena (art. 37, LEP).

Para o juiz determinar o regime inicial de cumprimento da pena, deverá atender à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social do agente, assim como à sua personalidade, os motivos, às circunstâncias e consequências do crime, conforme determinação expressa do art. 59 do CP, destarte, é possível observar que não se leva em consideração apenas a gravidade do crime para que o juiz estabeleça o regime inicial fechado, é o que está expresso na Súmula 718 do STF: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme o art. 34, *caput* do CP e o art. 8º da LEP, o condenado será submetido a exame criminológico para individualizar a execução da pena, procedimento que será realizado no início do cumprimento da pena. De acordo com o art. 88 da LEP, o condenado ficará em cela individual que deve conter dormitóri o,

aparelho sanitário e lavatório, além dos demais requisitos como: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico à existência humana; b) área mínima de seis metros quadrados.

O regime fechado recebeu uma crítica do professor Guilherme de Souza Nucci, em relação ao local do cumprimento da pena, que aduz: "Lamentavelmente, por falta de vagas, há muitos sentenciados cumprindo pena, sem qualquer condição de salubridade e distante dos objetivos da individualização da execução, nas cadeias e distritos".

Os condenados que apresentam o maior grau de periculosidade, deverão ficar reclusos, conforme os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 268):

> O regime fechado caracteriza-se por uma limitação das atividades em comum dos presos e por maior controle e vigilância sobre eles. Devem cumprir pena nesse regime os presos de periculosidade extrema, assim considerados na valoração de fatores objetivos: quantidade de crimes, penas elevadas no período inicial de cumprimento, presos reincidentes etc.

No regime semiaberto o condenado cumprirá a pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, podendo sair para trabalhar durante o período diurno, e retornando à prisão no período noturno, de acordo com os arts. 33, § 1º, "b" e 35 do CP, bem como em conformidade com o art. 91 da LEP.

No regime aberto o cumprimento da pena será em casa de albergado ou estabelecimento adequado, o condenado poderá trabalhar durante o dia e retornar para a casa a noite, não podendo sair depois das 22 horas.

Conforme os ensinamentos do Luiz Regis Prado (2012, p. 279):

> O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O cumprimento da pena privativa de liberdade é feito, em tese, em casa de albergado. O prédio desta deverá situar-se em centro urbano, separado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, devendo conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, bem como instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Este regime caracteriza-se pela maior liberdade que o condenado recebe, contudo, há condições que devem ser cumpridas.

Como regra, a pena do regime aberto deve ser cumprida em casa de albergado, porém de acordo com o art.117 da LEP, há exceções:

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
>
> I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave;
>
> III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

É possível que o detento seja transferido do regime aberto para o fechado, caso pratique crime doloso, e que seja comprovado que não houve possibilidade de reintegração social (hipótese de regressão). Vale ressaltar que, o sujeito que já tenha cumprido a pena do regime aberto, é inadmissível a revogação.

3 EXTINÇÃO DO REGIME SEMIABERTO

3.1 PRINCIPAIS PROBLEMAS DO REGIME SEMIABERTO

Nossa Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 3º, incisos I a IV: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem comum, combatendo ao preconceito de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por sua vez, o Código Penal protege os valores fundamentais dos indivíduos, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade etc. Aplicando uma sanção como resposta à prática de um delito, para que o infrator possa ser responsabilizado pelo ato ilícito cometido. A aplicação de uma sanção tem as finalidades de reeducar e ressocializar o indivíduo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Código Penal em seu artigo 59, estabelece que o juiz ao determinar a pena deve levar em consideração a culpabilidade, o antecedente, a conduta social do agente, a sua personalidade, os motivos que o levaram a cometer o crime (circunstâncias judiciais), deve estabelecer a medida que seja necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, ou seja, a pena deverá ser aplicada para que haja um resultado justo entre o mal cometido e para uma prevenção futuras (princípio da proporcionalidade).

A função de ressocializar o agente é através de uma concessão progressiva de liberdades, para que assim, o infrator possa recuperar a confiança do Estado e da sociedade, mostrando que está apto para voltar ao convívio social, no entanto, não há projeto de ressocialização capaz de recuperar os detentos, levando-se em consideração que tem muitos condenados que não desejam se ressocializar e aqueles que não conseguem, como os psicopatas.

De acordo com o art. 33 do CP, o condenado deverá cumprir a pena de reclusão em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo a necessidade de transferência a regime fechado.

Conforme o Projeto de Lei Nº 3.174/15, o Juiz Luís Carlos Valois (2015, p. 13) sobre o regime semiaberto aduz:

> O semiaberto nasceu em um período de rigor punitivo, em uma época em que se acreditava que a prisão podia melhorar uma pessoa. Falar em diminuir as penas no Brasil, hoje, é algo utópico. Na história do direito penal, isso é tido como humanização. A pena foi concebida com o argumento de ressocializar e teve o efeito contrário.

No regime semiaberto a execução da pena será em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, conforme o art. 33, "b" do CP, porém, no Brasil, há muitas Comarcas em que inexiste este tipo de estabelecimento, fazendo com que os detentos do regime semiaberto cumpram a pena na forma do regime aberto, ou seja, possibilitando ao condenado ir trabalhar fora de dia, e voltar à noite para casa do albergado ou outro estabelecimento adequado. Como nas casas do albergado não há rigor penitenciário, os horários de saída e retorno do apenado muitas vezes não é registrado, possibilitando a prática de novos delitos e até facilitando a fuga do sistema prisional.

O ambiente do sistema prisional no Brasil não favorece a possibilidade de trabalho em colônias agrícolas ou industriais, onde deveria ser cumprida a pena no regime semiaberto, conforme o art. 33, "b" do CP, retirando, desta forma, a

capacidade do detento de trabalhar, pois com o tempo que ele fica "sem fazer nada", serve apenas para aprender a sobreviver dentro da cadeia e ser aceito pelos demais detentos, o que possibilita a entrada nas facções criminosas existentes dentro das casas penais. Por conseguinte, quando permitida sua liberação à rua, sua tendência não será de exercer um trabalho honesto e formal.

Para o condenado iniciar a pena no regime semiaberto é necessário que não seja reincidente, e que sua pena recebida seja maior que 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos, conforme citado anteriormente. O art. 112 da Lei de Execuções Penais, afirma que para haver a progressão para o regime semiaberto o condenado tenha cumprido 1/6 (um sexto) da pena, caracterizado como requisito objetivo; e atestado de bom comportamento, sendo comprovado pelo diretor do estabelecimento, como requisito subjetivo.

De acordo com o Projeto de Lei n 3.174/15, o presidente da Agência Goiana do Sistema de Execução Penal, Edemundo Dias de Oliveira Filho (2015, p. 13 e 14), argumenta:

> Esse sistema prisional brasileiro não funciona, ele é um incentivador da impunidade e da criminalidade. Depois de cumprir um sexto da pena, o preso já sai do fechado para o semiaberto. Não há para a consciência do próprio infrator nem para a sociedade a sensação de punição.

O Ministro Gilmar Mendes (2015, p. 14), conforme o Projeto de Lei nº 3.174/15 que assevera: "regime de prisão semiaberto é "pura ilusão".

A Lei de Execução Penal exigia expressamente o "mérito" para a concessão da progressão para regime menos gravoso, porém, com a reforma promovida pela Lei nº 10.792/03, a palavra "mérito" foi retirada, e no lugar desta, inserida a expressão "bom comportamento carcerário", e com isto houve um enfraquecimento do requisito, pois este independe de exame criminológico interdisciplinar para a concessão da progressão de regime. Desta forma, o indivíduo volta ao convívio social sem estar preparado ou sequer socializado.

O regime semiaberto é considerado como sendo um ponto de equilíbrio entre o regime fechado e o aberto, pois não há vigilância máxima e nem mínima. Segundo Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 274):

> Daí a origem da prisão semi-aberta como estabelecimento destinado a receber o preso em sua transição do regime

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> fechado tradicional para o regime aberto ou de liberdade condicional.
>
> [...] Diante da legislação brasileira, que destinou os estabelecimentos de segurança média para os condenados que cumprem a pena em regime fechado (penitenciárias), a prisão semi-aberta deve estar subordinada apenas a um mínimo de segurança. Nela, os presos devem movimentar-se com relativa liberdade, a guarda do presídio não deve estar armada, a vigilância deve ser discreta e o sentido de responsabilidade do preso enfatizado.

Válido ressaltar ainda que, após o julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º da Lei nº 8.072/90, que diz respeito a crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, só poderá ter pedido de progressão de regime após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o condenado for primário, e de 3/5 (três quintos) para reincidente. Esta alteração está regulamenta na Lei nº 11.464/07.

3.2 A SUPERLOTAÇÃO

A superlotação está sendo um problema no sistema penal brasileiro. Renato Marcão (2011, p. 176) assevera que:

> O sistema carcerário é carente e distante da realidade ditada pelo legislador. Tal situação impõe o difícil problema de se lidar com a falta ou inexistência de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena conforme o regime determinado pelo juízo da condenação.

A ausência de vagas em estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena no regime semiaberto, é um dos problemas mais graves do sistema, havendo a necessidade de reforma, de investimentos nos estabelecimentos prisionais, até mesmo na construção de mais estabelecimentos para suportar a demanda.

O principal objetivo da aplicação de uma sanção é para reeducar e ressocializar o indivíduo, contudo, com esta realidade dos estabelecimentos, o resultado está sendo o contrário do previsto. Alexandre Pereira da Rocha (2011, p. 74) assevera que:

> Estado e sociedade civil precisam observar que o direito de punir, no tocante ao sistema penitenciário, não está cumprindo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> seu papel, que é ressocializar o criminoso, de acordo com os princípios da humanização da pena. Também, não está coibindo a criminalidade, visto que a maioria dos estabelecimentos prisionais se constitui em habitat natural de criminosos.

De acordo com o Projeto de Lei nº 3.174/15 (p. 8) o número total de presos em regime semiaberto no Brasil é de 74.647, que constitui 13,62% dos detentos no Brasil. Ainda afirma que:

> Existem 1.429 estabelecimentos prisionais no país, sendo 74 estabelecimentos para cumprimento de regime semiaberto de privação de liberdade. Isso representa 5,17% dos estabelecimentos penais. Há uma desproporção entre o número de presos em regime semiaberto (13,62%) e o número de estabelecimentos para cumprimento de tal regime (5,17%). O déficit proporcional é de 61,9%.

É preciso encontrar soluções urgentes para esta superlotação nos estabelecimentos prisionais, nas palavras de Alexandre P. Rocha (2011, p. 77 e 78):

> [...] a crise do sistema penitenciário, destacando o problema da superlotação, não pode ser analisada exclusivamente pela lente do referido sistema. É preciso vislumbrar as vicissitudes da questão penitenciária de maneira holística. Além do mais é preciso encontrar soluções urgentes, porque o aumento da população prisional pode levar à crença de que o Estado está confuso no combate à criminalidade, fato que enegrece o seu próprio direito de punir. Por isso, diz-se que a superlotação é o principal dilema do sistema penitenciário brasileiro, visto que dificulta enormemente a adoção de políticas de ressocialização e punição [...]

3.3 DAS ALTERAÇÕES DA REDAÇÃO DO CP E DA LEP PELO PROJETO DE LEI Nº 3.174/15

O Projeto de Lei, em epígrafe, tem o objetivo de extinguir o regime semiaberto, contudo permanecendo no sistema prisional para cumprimento de pena o regime fechado e o aberto. Propõe ainda que, no regime fechado a pena deva ser cumprida em estabelecimento prisional e no aberto em prisão domiciliar, além da alteração para o livramento condicional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No atual Código Penal o art. 33 dispõe:

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi- aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
>
> § 1º - Considera-se:
>
> a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
> b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
> c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.
>
> § 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 semi- aberto;
> c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
>
> § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.
>
> § 4o - O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

O Projeto de Lei (p. 2) propõe a alteração do *caput* do art. 33 do Código Penal, e as alíneas "c" do § 1º e a "a" do § 2º, com a seguinte redação:

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado ou aberto. A de detenção em regime aberto salvo necessidade de transferência a regime fechado.
>
> § 1º [...]
>
> c) regime aberto a execução da pena em domicílio.
>
> § 2º [...]
>
> a) condenado à pena superior a 04 (quatro) anos deverá começar a cumpri- la em regime fechado.

O Código Penal atual em seu art. 36 que versa sobre as regras do regime aberto, dispõe:

> Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.
>
> § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.
>
> § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

O Projeto de Lei (p. 2 e 3) em estudo propõe, ainda, nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 36, veja-se:

> Art. 36 [...]
>
> § 1º - O condenado deverá, fora do seu domicílio e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo em seu domicílio com monitoração eletrônica durante o período noturno e nos dias de folga.
>
> § 2º - O condenado retornará ao regime fechado, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O art. 83 do Código Penal de 1940 dispõe sobre os requisitos do livramento condicional:

> Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
>
> I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;
> II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;
> III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;
> IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;
> V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.
>
> Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

O Projeto de Lei (p. 3) propõe alteração da redação dos incisos I e V do art.83, e acrescenta um novo inciso VI, conforme segue:

> Art. 83 [...]
>
> I - cumprida mais de dois terços da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;
>
> [...]
>
> V – ter sido considerado apto em avaliação criminológica realizada por equipe multidisciplinar;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> VI - cumprido mais de quatro quintos da pena, nos casos de condenação por crime hediondo ou se o condenado for reincidente em crime doloso, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo.

O art. 83 da Lei de Execuções Penais versa sobre os estabelecimentos penais:

> Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.
>
> § 1o Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários.
>
> § 2o Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.
>
> § 3o Os estabelecimentos de que trata o § 2o deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.
>
> § 4o Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.
>
> § 5o Haverá instalação destinada à Defensoria Pública.

O Projeto de Lei (p. 3), em seu § 5º, acrescenta o § 6º ao art. 83 da Lei de Execuções Penais, com a seguinte redação: "§ 6º - Os estabelecimentos penais deverão ter local específico destinado ao trabalho interno."

A Lei de Execuções Penais em seu arts. 112, 114, 115 e 117, dispõe:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;
II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;
II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;
III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;
IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

O Projeto de Lei (p. 4) altera o *caput* dos arts. 112 e 114, o inciso I do art. 115 e o *caput* do art. 117 da Lei de Execuções Penais, que passa a ter a seguinte redação:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos dois terços da pena no regime anterior ou quatro quintos no caso de crimes hediondos, pratica da tortura, tráfico de entorpecentes e afins e terrorismo ou reincidente em crime doloso, ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, e avaliação interdisciplinar, respeitadas as normas que vedam a progressão.
>
> [...]
>
> Art. 114. O condenado poderá ingressar no regime aberto, a ser cumprido em seu domicílio mediante monitoração eletrônica, desde que:
>
> [...]
>
> Art. 115. (...)
>
> I - permanecer no local de seu domicilio durante o repouso e nos dias de folga;
>
> [...]
>
> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em seu domicílio sem uso de monitoração eletrônica quando se tratar de:
>
> [...]

4. CONCLUSÃO

O regime prisional semiaberto foi criado com a finalidade de ser um meio termo em relação ao regime fechado e entre o regime aberto, já que não é um regime de segurança máxima e muito menos de segurança mínima, adaptando a este os condenados que praticam crime superior a 4 (quatro) anos e menor que 8 (oito) anos, tendo como obrigação da execução da pena ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, conforme o art. 33, "b" do Código Penal, podendo ser concedido ao apenado autorização para saídas temporárias, nos casos de visitação à família, frequentar curso supletivo profissionalizante, de instrução do segundo grau ou superior, apesar dessas saídas temporárias não ter vigilância direta,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não impede que o juiz da execução determine que o condenado use um monitoramento eletrônico, apoiando-se no art. 122 da Lei Execução Penal.

O presente trabalho teve como objetivo de comprovar que o regime semiaberto é ineficaz, abordando razões para que comprovasse tal afirmação.

Uma das razões é a superlotação, que se confirmou com os dados fornecidos pelo Projeto de Lei, em epígrafe, que há déficit de estabelecimentos prisionais para o regime semiaberto, pois há apenas 74 estabelecimentos destinados para o cumprimento de tal regime, para 13,62% o número de presos em regime semiaberto, e esse déficit representa uma desproporção de 61,9%. Observa-se, desta forma, que há uma inércia do Estado em frente ao sistema carcerário.

Alguns doutrinadores compreendem que os apenados não podem ser prejudicados por falta de vagas nos estabelecimentos prisionais do regime semiaberto, oferecendo-lhes o regime mais benéfico, de acordo com a Súmula Vinculante 56 do STF: "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS", ou seja, não a chamada progressão *per saltum*.

Destarte, é possível observar, que se não é admitido o condenado permanecer no estabelecimento prisional do regime fechado e que há ausência de vagas nos estabelecimentos do regime semiaberto, isso quer dizer que o apenado irá usufruir do direito ao regime mais benéfico, que neste caso é o regime aberto.

Há algumas decisões jurisprudenciais que consideraram que o indivíduo aguardasse em regime aberto até que existisse uma vaga no estabelecimento do regime semiaberto, ao qual foi sentenciado, demonstrando, assim, uma regressão ao regime prisional, violando assim, os princípios da dignidade da pessoa humano (art.1º, III da CF/88), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF/88, artigos 5º, 8º, 41, XII, 92, § único, "b" da LEP, e art. 34 do CP).

Por todo o exposto, o regime semiaberto demonstra que não está tendo função dentro do sistema prisional, e que se não há medidas alguma sendo tomada, é mais justo que haja a extinção do regime semiaberto no Brasil, pois cabe ao Poder Judiciário operar de acordo com a necessidade/ interesse público, bem como cabe ao Poder Executivo estabelecer a melhor administração da sociedade, para o bem comum da população.

5. REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ÂMBITO JURÍDICO. **Dos Sistemas Penitenciários.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=126 21:>. Acesso em: 28 out. 2019

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 14. ed. São Paulo, 2009. v. 1.

CÂMARA dos Deputados:. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=180620. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 16.ed. Saraiva: São Paulo, 2012. V.1.

CÓDIGO Penal (Decreto Lei n 2.848 de 07 de Dezembro de 1940).

G1 – **Após assassinato, movimento ajuda a criar projeto para extinguir o semiaberto.** Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do- sul/noticia/2016/07/apos-assassinato-movimento-ajuda-criar-projeto-para-extinguir- semiaberto.html> Acesso em: 27 de outubro de 2019

JESUS, Damásio de. **Manual de Direito Penal.** São Paulo : Atlas, 2004. V.1. LEI de Execuções Penais (Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984).

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROCHA, Alexandre Pereira da. **O Estado e o Direito de Punir: A superlotação do sistema penitenciário brasileiro.** O caso do Distrito Federal. 2006. Programa de Mestrado em Ciência Política: Instituto de ciência política da Universidade Federal de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/2217?mode=full&submit_simple=Mostrar+item

+em+formato+completo>. Acesso em: 28 de outubro de 2019

SILVA, Vanessa Laís de Moraes. **A ineficácia do regime semiaberto.** Disponível em: <http:/www.repositorio.uniceub.br>. Acesso em: 22 out. 2019.

NOTAS:

[1] Orientador, Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM. E-mail: rubensilvaadv@gmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UMA BREVE ANALISE PERFUNCTÓRIA SOBRE O DIVÓRCIO REALIZADO EXTRAJUDICIALMENTE SOBRE O PRISMA DA EMENDA CONSTITUCIONAL DE NÚMERO 66 DE 2010 E DA LEI NÚMERO 11.441 DE 2007

ANTONIO AUGUSTO VILELA: Pós Graduando em Direito Notarial e Registral pela instituição Dom Alberto, Pós Graduado em Direito Previdenciário pela instituição Damásio de Jesus e Direito das Famílias e Sucessões pela supra instituição, Bacharel em Direito pela Fundação Carmelitana Mário Palmerio e Bacharel em Administração pela Faculdade Cidade de Coromandel.

RESUMO: Esta pesquisa de trabalho tem como máximo desígnio analisar e considerar a Lei de número 11.441, criada em 04 de janeiro de 2007, que compõe inovação no Direito nacional, com destaque nos casuísmos que aconteceram no dia a dia, buscando-se identificar as barreiras para a sua concretização, o desempenho do procurador advogado nas ações praticadas pelos tabelionatos e aferir a rogação da justiça gratuita. Para sua consecução, elegeram-se pela concretização de analises bibliográfica em obras doutrinárias características a propósito da supramencionada lei, bem como artigos de leis, revistas, etc, abrangendo regras e princípios. Averiguou-se que existem divergências na doutrina vernácula e que a lei em anotação não obteve abeirarem-se todas as mazelas que por acaso poderão aparecer para o tabelião, em um período que não existe regulamentações aceitáveis para sanar o que tem por surgir.

Palavras-chave: Inovação. Extrajudicial. Justiça. Regulamentação.

ABSTRACT: The purpose of this job search is to analyze and consider Law number 11,441, created on January 4, 2007, which comprises innovation in national law, with emphasis on the casuistry that happened on a daily basis, seeking to identify the barriers to its implementation, the performance of the attorney-in-fact in the actions taken by the notaries and to assess the plea of free justice. For their achievement, they were chosen for carrying out bibliographic analyzes on characteristic doctrinal works regarding the aforementioned law, as well as articles of laws, magazines, etc., covering rules and principles. It was found that there are divergences in the vernacular doctrine and that the law in annotation has not managed to address all the problems that may happen to the notary, in a period when there are no acceptable regulations to remedy what is to come.

Keywords: Innovation. Extrajudicial. Justice. Regulation.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

A afinidade dentre os homens consecutivamente foi abstrusa, desde os primórdios de sua essência, e por sua vez quando esses indivíduos pensantes e dotados de atitudes decidem se acoplar e compuser família, o relacionamento que os distinguia-se, até então comodista, acontece a ser partilhada. O par abrange que os acontecimentos já não consistiram também como antes, e que a romper-se daquele andamento de aderência às decisões careceriam ser assumidas em adjacente. As confusões abancaram a abrolhar e a permanecer cada ocasião mais intensa, a ponto de determinados não compreenderem mais afadigar-se com produzida ocorrência e seguirem alcances extraordinários por sua vez para a sua decisão.

Mulher por sua vez, ao decorrer dos séculos, propunha-se a uma catequização caracterizada desenvolvida para o homem, com o principal intuito de servi-lo, haja vista que sua experiência decorria sob a preponderância dos demais entes familiares, ou homens do lar. Ao casar-se, essa

"herança" era transmitida ao marido, que era educado para assumir a posição de chefe da casa. Em algumas culturas essa preponderância era tão aguda que o consorte podia indicar o próximo cônjuge de sua consorte em acontecimento de óbito; em diferentes, com o óbito do consorte, assassinavam-na e enterravam-na a conclusão de permanecer servindo-o no distinto mundo.

Logo n Direito Romano, origem da tradição jurídica nacional, a consorte era carente de aptidão jurídica, competia-lhe adotar até mesmo a crença religiosa do cônjuge, sem que lhe estivesse abonada alternativa de alternativa. A afinidade só se comunicava pelos consortes, e exclusivamente por pretextos de hereditariedades o obstáculo conjugal concernente à consorte era invocado (SILVA, [entre 1998 e 2014]).

Dessa maneira, o consorte teve que instruir-se a acostumar-se com determinadas alterações ao longo de sua história, que abrangeram desde conquistas em diferentes limites, como a saúde e por sua vez a educação, até as abdicações de acertadas culturas aprofundadas com o acesso da consorte no negócio de afazeres, que se volveu mais incontestável com as suas afinidades, e nenhuma pessoa mais poderia constranger a fazer alguma coisa que não almejasse, muito inferiormente a conservar-se em uma relação conjugal que não a fizesse por sua vez feliz. Entretanto tudo isso constituiu igualmente uma consolação para o cônjuge, que muitas ocasiões permaneciam preso a uma consorte que não lhe acomodava alacridade emocional, pois a coletividade social era extremamente dura com o casal que finalizasse a afinidade matrimonial.

A circunstância legal constituiu padecendo alterações e a Lei número 11.441 de 04 de janeiro de 2007, abrolhou como uns padrões inovadores para o aprumado civil nacional, acondicionando a probabilidade de concretização de contabilizas de arrolamentos, compartilham, separações e afastamentos consensuais por via administrativa, promovendo, com isso, a decisão de uma agitação que poderia envolver-se por décadas, e ainda colaborando para aliviar o Domínio Judicial em afinidade ao amplo número de procedimentos de divórcios e afastamentos extrajudiciais que chegariam a migrar por sua vez para os cartórios.

Acontece que a seu anuário no começo de um novel ano, com validade adjacente, e a aplicação abiscoitada dos meios de comunicação social abancou muita gente de surpresa e impacientou uma questão abreviada pelo acesso administrativo para a solução de demandas, alguns dos quais já se envolviam a existir ocasiões nos caminhos do Judicial, acendendo inúmeras anfibologias aborda das condições cogentes para o requerimento do afastamento e da separação direta nos cartórios, a alteração abrolhada pela Emenda Constitucional de número 66 de 13 de julho de 2010, as barreiras para a sua concretização, o papel do advogado nas ações cometidas pelos tabelionatos e a rogativa do ajustamento gratuito, dentre outras.

Para se alastrar claridade sobre essas devassas elegeram-se por adolescer uma análise que tem por utilitário comum analisar e considerar a Lei número 11.441 de 4 de janeiro de 2007, que compõe novidade no Direito nacional, com proeminência nos casuísmos que acontecem no dia a dia.

Abrange-se que a publicação da norma em cadeira é bastante acentuada socialmente, adoto promover o exercício de uma boa parte da população, que inclusive então necessitava de acostamento legal para rescindir oficialmente uma afinidade matrimonial, do aprumado de comover por sustentar ou não uma afinidade que já não tem recurso, sem carecer ambicionar durante anos, ou até mesmo décadas, para apostar um novel relacionamento, e colaborar para aliviar o Poder Judicial.

Sob a esguelha acadêmica, quaisquer esboços que cheguem a abrolhar confianças em volta de assuntos de importância da sociedade significarão bem benquistos. Logo, como metodologia justaposta na concretização deste afazer alargou-se as pesquisas bibliográficas especialistas referentes ao assunto, e em artigos disponíveis em algumas revistas utilizadas eletronicamente, e documental, bem como na legislação e na jurisprudência nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os derivados, posteriormente sistemática, constituíram difundidos ao extenso desta análise, aberta por esta introdução, que descreve os estreitos pisados no planejamento e execução deste esboço.

Determinados assuntos corrobora a novidade da novidade da regra, seus pré-requisitos e as probabilidades extrajudiciais para os sujeitos. Apesar na mesma província ajeitam-se subsídios a propósito de préstito ou não de procuradores advogados, bem como a gratuidade de gastos cartorários, dentre diferentes exterioridades concernentes aos artifícios aproveitados para a feitura do documento público de afastamento judiciário ou de convertimento ou de separação direta, buscando abonar contragolpes a determinadas inquirições a propósito da utilização da Lei número 11.441/2007 em acontecimentos privados.

Por extremo a análise organizada proporciona de configuração abreviada, algumas exposições arrancadas da análise adolescida a cabeçalho de terminação, com o que se acredita ter colaborado para acrescentar a devida informação pertinente do leitor a propósito da temática e, por via de decorrência, com a coletividade social.

1 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS

Ao comentar a propósito do contexto em ajusta, arrazoar-se a propósito dos procedimentos aproveitados para a feitura do documento pública de separação judicial ou de convertimento ou de separação direta, buscando abonar respostas a determinadas devassas a propósito do uso da Emenda Constitucional de número 66/2010 e da Lei número 11.441/2007 em acontecimentos privados.

1.1 Emenda Constitucional de número 66, de 13 de julho de 2010, lei vigente

A Emenda Constitucional de número 66 de 13 de julho de 2010 em sua preparação apresentou por desígnio deliberar os problemas de morosidade e canseira do Poder Judiciário e dos companheiros que por vários anos se consumiam apostando alimentar ou reestabelecer uma afinidade que na multiplicidade das ocasiões não apresentava mais categorias de durar. Aborda-se de mais um desenvolvimento futurista do Direito nacional, que como diferentes Diplomas, foi abundantemente bem abiscoitada por determinados doutrinadores, mas nem de tal maneira por diferentes mais conservantes.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]

> § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos; (revogado)
>
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)
>
> [...]

O novel nos termos do artigo 226, § 6º da Carta Magna de 1988, alterado pela Emenda de número 66 de 14 de julho de 2010, veio para acender ainda mais anfibologias a propósito da separação judicial nacional, mais nomeadamente sobre a sua essência ou não. Determinados doutrinadores afiançam que ela permanece a durar, mas a ampla multiplicidade confia que já não existe igualmente ambiente na legislação para essa entidade.

Os doutrinadores ainda discordam sobre os benefícios e as desvantagens da adulteração da Escritura da Carta Magna. Para ampla parte deles a Emenda surgiu para promover a biografia dos companheiros e cônjuges, permitindo-lhes eleger por sustentar ou não um liame conjugal exclusivamente enquanto der exato, sem que constituam ajuramentados a isso; outros, ainda abundantes, receiam ou afiançam que o casamento ficou danificado com a adulteração sugerida pela Emenda de número 66, podendo até mesmo chegar a se banalizar.

No exercício, a alteração do escrito apresentou como desígnio afastar-se as advertências auguradas nos termos do § 6º à soluto do matrimônio civil pela entrada do divórcio ser antecedido de afastamento legal por mais de 01 (um) ano ou de afastamento de acontecimento por mais de 02 (dois) anos. Isso significa que com a nova regulamentação as pessoas podem se casar em um dia e divorciar-se no outro dia ou alguns minutos depois.

Não se analisa que o Legislador representado reformador apresentou como desígnio denegrecer a opinião do estabelecimento casamento, como se pode depreender das expressões de Gagliano (2010, p.): "não se prestigiaria o fim do matrimônio, mas a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente protegida". Para o supra-autor, almejou o Legislador com a inovação Emenda promover a resolução de uma acurada agitação, dotando-o de aceleração e eficácia. Isso porquanto o casal que já aguenta com a conclusão do matrimônio apesar carece abarbar uma circunstância desgastante, conflituosa e adiada, que é o seu divórcio pelos elementos acertais, antecedentes à nova Emenda. Acreditar-se, com essa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

facilidade, que o casal apresente andamento até para procurar sua alegria em diferente relacionamento, com diferente companheiro.

1.2 A Lei nº 11.441/2007

A Lei de número 11.441/2007 abrolhou admiráveis novidades no cenário jurídico vernáculos, acidentando substancialmente exemplares a abundantemente concretizados nas doutrinas civilistas ao consentir a concretização de uniões e divórcios em cartórios extrajudiciais.

Acenado Diploma abarcou no Direito nacional a probabilidade de concretização de divórcio e afastamento extrajudicial, de agenciamento por sua vez de pensões alimentícias dentre os ex-cônjuges e de restabelecimento ou não das alcunhas de celibatários, acatar-se os aforamentos legais antecipados no Código Civil e não possuindo filhos maiores incapazes ou menores do casal.

A inovação norma abrevia a operação do Estado na vida reservada das pessoas, na medida em que aprova que as separações e as separações consensuais, nos acontecimentos em que não exista filhos baganas e ou incapazes, sejam alteradas a adjacência fora do domínio do Poder Judiciário.

Absorvida em adjudicar mais agilidade e abduzir adivinhas até mesmo de resolução financeira a esses tipos de deprecas a Norma aprovou até mesmo a comunicação do acrescentamento da gratuidade da justiça.

Dessa configuração, e apesar de que as separações bem como os divórcios consensuais se implantem no campo de abarcamento do que o Código de Processo Civil apelida de artifícios característicos de jurisdição espontânea, não apresentando tais convocados, por seu caráter amigável, litigiosidade justificadora de adulteração legal basilar no comovedor ao ritual a eles essencial, busco-se, com a norma de número 11.441/2007 e de maneira extrajudicial, apesar de que com a ajuda de advogados e desde que não existissem filhos incapazes ou menores do casal, aceitar a concretização de separação e divórcio não litigiosos por sua vez em cartório extrajudicial, involuntariamente de interferência do judiciário.

Logo, o Legislador, aferindo a circunstância, mediante a norma em anotação, quis abordar uma ação da população que mais carece dessas contrafações, arranjando com que a integridade, composta pelas Defensorias públicas, pelos Fóruns e Tribunais, pudesse se engajar em litigiosos legais mais elaborados do que acriançadas atos consensuais.

1.3 Requisitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os pré-requisitos para o agenciamento da separação judicial e a sua convertimento em separação e divórcio direto extrajudiciais são obrigatoriamente de amoedo consensual, não competindo em conjectura qualquer o processo em qualquer de suas fases. Igualmente não se pode aproveitar a entrada extrajudicial nos acontecimentos que envolvam filhos incapazes menores, em que se contorna cogente à amostra ao Ministério Público, afora quando os menores em assunto estejam alforriados.

1.4 Funções do Advogado

A Norma de número 11.441/2007, que acidentou os ampliadores do Código de Processo Civil, inovou ao antecipar a probabilidade de concretização de afastamentos e divórcios consensuais através da via administrativa.

Igualmente, no que articula acatamento à afastamento e a separação consensual, adicionou o artigo 1.124-A ao CPC, que autoriza sua concretização por intercessão de documento público, desde que não exista filhos incapazes ou menores, como já aludido em andamento pretérita.

> Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

Contudo, o ampliador legal faz uma advertência: as partes carecem permanecer assessorado por advogado comum ou cada uma delas com o seu conveniente, sem a qual não poderá ser minado o documento, logo, não poderá acontecer a separação ou o divórcio.

Logo, o deputado Maurício Rands, relator na Câmara Federal da Concepção da norma de número 6.416/2005, que abonou ascendência à Regra em disciplina, igualmente abonou a importância da alteração:

> Diante disso, recorremos novamente à proposta inserida no "Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano", para inserir em nossa proposta dispositivo que acresce novo artigo ao Código de Processo Civil, cujo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> texto permite a realização consensual da separação e do divórcio por meio de escritura pública, deste que ausentes os interesses de incapazes e observados os requisitos legais quanto aos prazos. A medida permitirá a realização da separação consensual por meio de escritura pública, incumbindo ao tabelião a tarefa de verificar a existência dos requisitos legais para a realização do procedimento. Efetuada a separação, as partes também poderão realizar o divórcio consensual por meio de escritura pública, cabendo ao tabelião verificar se estão preenchidas as condições legais previstas para a realização desse procedimento, principalmente no que concerne ao prazo.

A causa de ser dessa obrigatoriedade permaneceria nos termos do artigo 1°, I do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Norma de número 8.906/94, em circuito do qual se colocou uma controvérsia por andamento da concepção dos juizados especiais da norma de número 9.099/95, no domínio dos quais não é cogente o comparecimento do advogado: "Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (Vide ADIN 1.127-8).".

Com alarme de que a Norma de número 11.441/2007 apresentasse o seu material desnaturado, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Vernácula, Cézar Brito, apertou o deputado relator, que se articulou da consequente configuração:

> Assim como no procedimento para a realização do inventário e de partilha extrajudicial, propomos que as partes interessadas também sejam obrigatoriamente assistidas por advogado no procedimento consensual para a separação e o divórcio extrajudicial, de modo a impedir o consentimento em acordos temerários.

De tal modo constituindo é cogente o auxílio de advogado nos divórcios e uniões alcançadas pela através da via extrajudicial para que a ação seja comboiada e supervisionada para que não atue nenhum tipo de engano ou, como constituiu adágio pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil vernáculo, separação de gaveta.

Então, na novidade legal, não oponente as apreciações de que por acaso decorra a ser alvejada, a apresentação do advogado é casta *sine qua non* para a

concretização da separação e do divórcio extrajudicial, restando analisar as decorrências de sua ausência.

No acontecimento em afeição, a Regra de número 11.441/2007 causa que o Tabelião exclusivamente possa lavrar a documento se os contratantes jazerem ajudados por advogado. Todavia, nas conjecturas de o Tabelião alastrar-se sem a ajuda decretada por regra, é cogente averiguar se o afixo cometido é anulável, inexistente ou nulo.

Em abertura é aceitável abrigar que signifique faltante, como a conjectura de um matrimônio ser afamado sem ser presidido por um juiz de paz. Acontece que a concretização de matrimônio por juiz de paz é artifício ativo para a sua concretização como tal, do adverso não constituirá matrimônio, entretanto, no acontecimento da separação e divórcio extrajudicial, o ativo é que o documento constitua minado pelo Tabelião, não compondo documento se igualmente não constituir. O advogado não comete a ação, exclusivamente assessora.

Analisar-se ato nulo, segundo o disposto no termos do artigo 166 do Código Civil brasileiro, *in* verbis*:*

> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
>
> I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
>
> II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
>
> III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei;
>
> V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
>
> VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
>
> VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

No acontecimento em aspecto, a ausência do advogado incidiria em descuido a uma solenidade ativa cogente para abrolhar direitos, aludindo a nulidade da técnica da ação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse baleado, findar-se que em ensejo da indispensabilidade da ajuda do advogado para o adequado método de ações legais, com evidência para o domínio do divórcio e da separação e alcançados pela via extrajudicial, se os documentos constituírem arranjadas sem a sua aparência, na absurda conjectura de algo de tal modo chegar a acertar, o atenho é nulo, porquanto não abarrota as espécies constituídas em regra como cogentes para a seguridade dos aprumados das partes e de aceitáveis incapazes e menores que apresentem constituído inadvertidamente alocados no documento, desrespeitando-se a alçada do judiciário no acontecimento alegado.

1.5 Gratuidade das despesas cartorárias

Apronta nos termos do artigo 1.124, § 3º do Código Civil brasileiro que "A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei".

A acriançadas afirmações das partes de que não apresentam castas para arquear-se com os custos cartorários já abastece a requisição para a permissão do benefício do ajustamento gratuito, apesar disso, existe que se arranjar uma averiguação mais afundada nessas afirmações para que o aparelho judiciário constituinte pelos cartórios não chegue a ser contuso.

Nas vias judiciais por sua vez, as afirmações de miséria e as súplicas de justiça gratuita podem ser contraditos pelo elemento atribulado, ainda no campo consensual, e o juiz pode aprovar-lhes ou não.

Imediatamente no acesso extrajudicial, a súplica de ajustamento gratuito e a afirmação de miséria não podem ser contestadas, pois como se aborda de ação consensual, não compete lide nem mesmo no comovedor a esse assunto.

Logo, o Tabelião não tem alçada para desatender as súplicas, ainda como tem aviso de que a afirmação não tem ascendência e de que a súplica de justiça gratuita não acerta de artifício dos companheiros para não abrandar os custos cartorários.

Dessa maneira, a Resolução de número 35 do Conselho Nacional de Justiça, que faz obedecer a Regra de número 11.441/2007, analisada em maiores delineies na assiduidade, prece o consequente:

> Art. 7° Para a obtenção da gratuidade de que trata a Lei n° 11.441/07, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos,

ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

Próprio na especialidade do Conselho Nacional de Justiça a ingênua afirmação de miséria já consente que se outorgue o aprumado ao acrescentamento da gratuidade da justiça, apesar de que não se apresente acurado a aptidão dessas afirmações.

Determinados cartórios jazem abraçando a norma de abrigar episódios de gratuidade da justiça por interposição da Defensoria Pública, por isso que se trata de estabelecimento que pode se responsabilizar pelas afirmações arranjadas pelos seus bancados.

Catafalcos afirmações, sem constituírem abonadas, podem proceder em avaria para os cofres da justiça, aja visto que a gratuidade do selo usado no documento público de divórcio ou separação ou convertimento é repassada para o Tribunal de Justiça ao qual o cartório jaze ligado.

Assim como o documento não tem apego confesso, o seu valor advém a ser o menor que o Tribunal origina, comumente aparelhado nos abastecimentos em que a Corregedoria dos tribunais regulamenta as ações notariais. Contudo, assim como o documento tem apego confessado, os domínios a constituírem compartilhados convirão de parâmetros para a estima das causas, que é avaliado com acostamento em uma classificação que o Tribunal disponibiliza para os tabeliães e notários.

Dessa maneira, é manifesto, dessa configuração, o detrimento para os Tribunais que abandonaram de auferir custa por afirmações de má-fé de miséria, o que abona a acuidade da averiguação da asseveração de miséria pelos notários, para que exista aptidão nas ações e que a égide da justiça gratuita consista em cedido para aqueles que verdadeiramente carecem.

1.6 Probabilidade de soluto por procuração

Uma altercação que existe muito acalora o panorama do Direito de Família é a que submerge a probabilidade de o divórcio ou a separação, ações consideradas personalíssimas, que decretam a aparência das afastar-se, constituírem alcançados por círculo de procuração.

Conceitualmente delegação compõe um acordo pelo qual alguma pessoa recebe de outrem capacidades para, em sua alcunha, cometer ações ou conduzir veles. De diferente atitude, o representante comete ações que não acendem aprumadas e comprometimentos para si, contudo para o constituinte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por ensejo abonasse consideração é que, em conjectura, não se aceitava o soluto por delegação, em concordância com o que é dito nos termos do artigo 3°, § 1º da Lei número 6.515/77, *in verbis*: "§ 1º 0 procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.".

Contudo o matrimônio pode ser realizado por procuração, e é essa autorização nos termos do artigo 1.542 do Código Civil nacional que contorna a altercação também mais açulada.

Determinados poderiam argumentar à probabilidade de se aproveitar a afinidade para o soluto dessa dificuldade, abalizado na alegação nos termos do artigo 4° da Lei de Introdução ao Código Civil pátrio, que adjudica ao juiz essa capacidade. Todavia, no acontecimento do soluto extrajudicial o tabelião não tem alçada para alastrar atitude do expediente da afinidade.

Por sua vez, é cogente comprovar que o Conselho Nacional de Justiça, de maneira aleatória, nos termos do artigo 36 da sua Resolução de número 35 assim discorre:

> Art. 36 - O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, deste que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias.

Pode-se abranger-se que no desígnio de agilizar o artifício o Conselho Nacional de Justiça incidiu por cima das regras doutrinárias bem como as legalistas. Agora que a Lei de número 11.441/2007 foi omissa em aclarar o argumento, logo Conselho Nacional apostou erroneamente abarrotar a espaço admitido pela legislação supramencionada.

Tem que se ser afetuoso à opinião de que a regra em esboço abrolhou como facilitadora para os interessados no divórcio bem como na separação extrajudicial, que seguramente acertarão de atitude mais acelerada e menos burocrática se alcançados dessa configuração.

Todavia, o legislador abandonou abertura ao assunto, restando tecnicamente cogente a aparência de duas as partes no cartório para que não existam

questionamentos porvindouros em afinidade aos perpendiculares abolidos e aos que se abrolham da nova qualidade.

Nos acontecimentos de separação judiciários, as partes litigantes carecerão de serem ajudadas e representadas processualmente pelos seus concernentes advogados, entretanto, as ações de amostra particular dos consortes em cautela não poderão ser abastecidos por quaisquer terceiros, nem ainda pelos advogados, acudo no acontecimento de inabilidade de acordo com a justiça seja avaliada.

1.7 Regulamentações pelo Conselho Nacional de Justiça

Os cartórios consistem em ser administrados pelos provimentos editados pelo Tribunal de Justiça por sua vez de cada circunstância, sendo vigiados pelas corregedorias desses interesses.

De detenção desse conhecimento, já era de se acreditar que o Conselho Nacional de Justiça se aparecesse para regularizar os métodos dos cartórios em alusão aos divórcios e as separações, presentemente de encargo dos notários.

Antecipando que a Lei de número 11.441/2007 brotaria em uma aguaça de atos na via extrajudicial, logo o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Ordem de número 35, de 24 de abril de 2007, abonando determinados contragolpes para causadas circunstâncias que os Oficiais dos Cartórios frequentariam abarbar a partir de então. Assim, nos termos do artigo 2° da acenada Ordem acostar-se uma das circunstâncias que a Lei de número 11.441/2007 não regulamentou, colocando o aforamento e o método a ser abraçado por aqueles que já apresentam um procedimento tramitando na justiça.

Dessa maneira, de ajuste com a sua escrita, as partes podem rogar a paralisação do procedimento que tramita no ajustamento pelo limite de 30 (trinta) dias ou promover a sua abdicação, a qualquer momento.

Logo, o artigo em disciplina aclara uma das devassas mais curses em afinidade à bossa nova do divórcio e separação pela via extrajudicial: se as percorrias cartorárias são ajuramentadas ou não a concretizar os métodos:

> Art. 2° É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Então não causem mais anfibologias sobre esse achaque, restando aberto que nenhuma pessoa é acuada a requerer seu divórcio ou separação através das vias extrajudiciais, podendo as partes, acaso de tal modo o almejem continuar na esfera judicial.

Assim é manifesta que se a busca desse acesso não constituísse facultativa a população iria assistir essa alteração com dúvida, pois é histórica por sua vez a má notoriedade de alguns cartórios, abalizada por aprendizados graciosos para determinados clientes em avaria de outros, a ciúme de seu desempenho, pelo menos da pluralidade, mais conveniente na contemporaneidade, ainda porquanto agora são alvejados de inspeção da Corregedoria do Tribunal de Justiça de sua respectiva circunscrição.

Diferente circunstância a propósito da qual os Oficiais dos Cartórios se averiguavam bastante se acena à probabilidade ou não de conselho de advogados pelo Tabelião às partes, corretamente contestada nos termos do artigo 9° da Ordem de número 35 do respectivo Conselho Nacional de Justiça;

> Art. 9° É vedada ao tabelião a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer para o ato notarial acompanhadas de profissional de sua confiança. Se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deverá recomendar-lhe a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Assim as pessoas que afligem em cartórios alcançam que é essencial o afazer do advogado em seus acoplamentos, apesar disso o Conselho Nacional de justiça não notou com adequados olhares essa presumível companhia, conjeturando a probabilidade de se conformar uma circunstância de conquista de expedientes, na qual o Cartório adentraria com o componente do documento e disponibilizaria a ajuda de um advogado. Antecipando tal circunstância a Corregedoria coibiu a recomendação de causídico pelo Tabelião.

Logo, para se afirmar de que esse método restará coibido e comprovar que a regra jazerá constituindo cultivada de ajuste com o que apronta a sua inscrição, já que a sociedade jazerá advertindo os métodos cartorários com muito empenho, à Corregedoria competirá a sua inspeção.

As contabilizas públicas que decorrem de divórcios, conversões e separações judiciais serão alastradas em livro adequado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Logo, no que articula acatamento apesar às contabilizas, nos termos do artigo 42 da Ordem do Conselho Nacional de Justiça de número 35/2007 constitui que "Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensual".

Abordar-se de alínea de extraordinária acuidade, pois o arcano de ajustamento é uma astúcia de que se abusam os advogados para conservar a obscuridade dos clientes, apesar disso, através do acesso extrajudicial, como o arremate do relacionamento é de amoedo consensual, não é cogente o emprego dessa entidade.

Diferente subitem polêmico acenar-se à probabilidade de abdica do Tabelião de alastrar-se o documento de divórcio ou de separação, devidamente aclarado nos termos do artigo 46 da Resolução de número 35/2007 do referido Conselho Nacional de Justiça:

> Artigo 46. O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de duvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito.

Abranger-se do mesmo modo uma ocasião o Legislador aflito com o aprumado das partes, para que não atue abusão acrescida de qualquer dos lados.

Advertindo-se o documento do subitem em destaque, averigua-se a ansiedade com as dissoluções que ajeitem uma parte constrangendo a diferente a acabar a afinidade matrimonial de configuração danosa à diferente componente.

Logo, com a autonomia adjudicada pela Ordem em anotação o Tabelião que se abandonar a alastrar-se o documento público poderá efetivamente resguardando o direito das partes hipossuficientes, contudo necessitará proporcionar-lhe-á por escritura e devidamente originada.

Na assiduidade, um subitem que pode ser afetuoso para os Tabeliães diz acatamento a seu desempenho em acontecimento de inadimplemento dos ajustes de cotas alimentícias implantadas no documento público, acendendo a consequente inquirição: como o alimentado poderá demandar o seu cumprimento?

A palavra-chave para a demanda é bem ingênua, mas agencia que a parte lesada entre no empenho judicial e comprove o descumprimento, com lavra nos termos do artigo 44 da Resolução de número 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, que por sua vez trás a seguinte escrita: "[...] Art. 44 É admissível, por consenso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na separação e nos divórcios consensuais".

Como aclarado no escrito em proeminência, são passíveis de altercação os alimentos despertados na inscrição pública de divórcio ou de separação.

1.8 A constitucionalidade da Lei

Essa seguramente é uma das altercações que não poderia abandonar de ser arremetida em um esboço desse caráter, visto que a constitucionalidade dos Diplomas anunciados no ordenamento nacional absorve substancialmente os operantes do Direito nacional, no qual o Estado se amostra assaz benfeitor com o Aprumado de Família, não abandonando a encargo do privado as disposições alusivas ao centro familiar, em agente de que a família é o baldrame de completa a sociedade e cacimba do domínio do Estado.

Tal interferência mostrar-se especialmente por medíocre da cominação de leis de resolução pública, que abatem, de maneira expressiva, o campo da autonomia particular.

A ansiedade do Estado bem como alvitre a acenada regra era o aliviar do Judiciário, em característica nas varas de família, contornando mais ingênuos e menos caros os métodos cogentes à formalização d divórcio e da separação, sem se bobear do abrigo aos aprumados dos terceiros interessados e de filhos menores e sem abolir a probabilidade de que constituam arranjados pelos elementos legais.

1.9 Casuística

Mostrar-se, neste assunto, determinadas circunstâncias com as quais os Tabeliães podem chegar a encontrar e as opções devotadas na Regra propostas a decidi-las de atitude acelerada e legalística.

Uma das circunstâncias que o notário poderá ter vivencia, apesar de que não de atitude prosaica, por sua vez, é quando um casal despontar o desejo de reconciliar-se por elemento de documento público após de apresentar significado e formalizado uma separação judiciária.

A lei da separação judicial constitui que durante o aforamento de 01 (um) ano posteriormente a homologação do adágio da separação o casal não poderá adquirir inovações de matrimônios e que poderá, no próprio andamento, reconciliar-se, refazendo-se o *status quo* do matrimônio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse acontecimento os consortes convocarão para que se conclua a metodologia e retrocederão a conjuntura civil de matrimoniados.

Prevalecer-se aclarar que o Tabelião só poderá arranjar o documento público se a separação apresentar constituída realizada através das vias administrativas, acontecimento adverso, os consortes carecerão procurar a tutela do Estado.

Dessa maneira, é uma questão ingênua de se comover, pois um atém notarial, consistir em puramente administrativo e não judicial, contornar-se mais simplificado de ser contradito por elemento de uma ação de frivolidade cumulada com detrimentos.

Por derradeiro tal circunstância poderá se abrigar-se em seguida que o divórcio for finalizado e as partes abandonarem da dissolução.

Catafalco é uma probabilidade à qual os Tabeliães permanecerão submissos, pois a população que não distingue a colocação dos cartórios poderá ponderar que pelo acontecimento de encontrar-se além do envolvente da justiça poderá apoiar-se ajustes com esses Oficiais Auxiliares.

Apesar disso existe que se lembrar de que os cartórios são uma expansão dos Tribunais de Justiça, e como tais necessitarão acompanhar a norma legalística.

Perante disso, a probabilidade de conserto do matrimônio em seguida de um divórcio extrajudicial ser combalido é muito afastada, a não ser por autorização judicial determinada por determinado erro na lavratura de documento público de divórcio.

A regra legal não aceita que se aja nesse baleado, pois como já foi adjudicado aos consortes o aforamento de 01 (um) ano da separação judicial ou de 02 (dois) do divórcio direto para que se harmonizassem a contrafação dessa circunstância exclusivamente acontecerão mediante um novel matrimônio, concretizado com completos os cerimoniais e requisições que esse afixo majestoso atribui.

CONCLUSÃO

Inicialmente a Lei de número 11.441/2007 abrolhou no ordenamento legal nacional para produzir máxima agilidade aos atos de divórcio e separação, uma vez que essas demandas são que mais deprecam no Judiciário, colaborando para a circunstância de anormalidade em que se depara mergulhada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As varas de estirpes jazem consecutivamente abarrotadas e seus servidores assoberbados com a acumulação de atos que muitas ocasiões poderiam ser definidas na elementar audiência.

Contudo, essa soluta não se consolida por ausência de combinação dentre as partes envolvidas, ou até mesmo por ensejo das ajustas de audiências, com suas datas a arrastar de aspecto, que procedem na avaria de empenho na convenção pelas partes.

A probabilidade de se alcançar o divórcio e a separação no cartório tantas vezes causa máxima agilidade as ações em assunto tudo quanto desembaraça o Poder Judiciário, especialmente com a permissão do benefício da justiça gratuita a quem o jura assumindo-se ser desprovido de maneira legal, o que poderia compor barreira para a busca da via extrajudicial com essa finalidade.

As excepcionais requisições arranjadas pelo Legislador para a concretização dessas ações nos cartórios é que se aborde de anulação da amarração de configuração consensual, que não exista filhos incapazes ou menores abrangidos e que cada um dos consortes, em conjunto ou separadamente, constitua assessorado por advogado.

Ratificou-se, com acostamento no desvendado, que a Regra de número 11.441/2007 jazigo para promover a biografia da sociedade, contudo, carecerá ser advertida de perto para que não constitua alterada e aproveitada como elemento para embaçar os aprumados e obrigações das partes abarcadas no soluto da sociedade matrimonial.

As inspeções das ações notariais carecerão ser realizadas periodicamente pelos instrumentos adequados para que se comprove para a sociedade que não se aborda exclusivamente de mais uma regra, e, sim, uma regra austera, em cujo aproveitamento não se aceitará enganes, cometidos ou pelos advogados e/ou pelos tabeliães.

Logo, o comparecimento do advogado é cogente para o adequado método dos divórcios e das separações e, já que o guardião da legitimidade que se faz cogente às atuações em que o Estado apresenta de tal maneira importância, mas das quais abduziu as solenidades que lhes aceitavam tramitar no ajustamento banal em prol de uma agilidade e praticidade de que a contemporaneidade necessita.

Enfim, as ações notariais, se verdadeiramente cometidos por delegação, carecerão de serem componente de aplicação redobrada, para se abonar que não constituam contravindos os aprumados ou retirados às obrigações de cada parceiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conjugal. Ademais, a regra é inovadora e abordou abundantemente adequada oportunidade para abonar um abrando ao preceito Judiciário, tão carente de alcances desse caráter.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 22 de março de 2020.

_____. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2020.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Arnaldo Oliveira Junior. In: OLIVEIRA JUNIOR, Arnaldo (Org.). **Vade mecum mandamentos de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. Câmara dos Deputados. **PL nº 6.416/2005.** Transformado na Lei Ordinária 11441/2007. Origem: PLS 155/2004. Autor: Senado Federal - César Borges - PFL/BA. Apresentação: 14/12/2005. Ementa: Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, admitindo a realização de inventário e partilha extrajudiciais. Nova Ementa da Redação final: Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310 38 9>. Acesso em: 11 de abril de 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 06 de abril de 2020.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sôbre a situação jurídica da mulher casada. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Resolução nº 35, de 24 de julho de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei no 11.441107 pelos serviços notariais e de registro. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_ cnj/resolucao/rescnj_35.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. Casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade. **Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000200014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2020. http:// dx.doi.org/10.1590/S0102-79721998000200014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Nova Emenda do Divórcio: primeiras reflexões.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v.12, n.16, p. 5-19, jun./jul. 2010.

MENDEZ, Silmara Yurksaityte. Direito da mulher: separação judicial. **Monografias Brasil Escola**, [entre 2012 e 2014]. Disponível em: <http://monografias.brasilescola.com/direito/direito-mulher--separacao-judicial.htm>. Acesso em: 11 de maio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E MUDANÇA PARADIGMÁTICA: A QUE VEIO O DIREITO SISTÊMICO?

THAIS DINIZ COELHO DE SOUZA: Advogada, graduada em Direito pela USP, cursando Pós-graduação em advocacia empresarial pela PUC-MG, Formação Jurídica Sistêmica - Constelação. Escola da Magistratura do Distrito Federal, 2018. Membro da comissão de direito sistêmico da OAB/DF.

Resumo: Este artigo analisa o contexto de surgimento e as implicações do "Direito sistêmico". Em um primeiro momento verifica-se o estabelecimento, a partir da Resolução nº 125 do CNJ e Código de Processo Civil de 2015, de uma política pública voltada à implementação de métodos alternativos ou adequados de solução de conflitos e o estímulo a uma postura processual consensual. Esse contexto corresponderia à terceira onda renovatória de acesso à justiça mencionada nos estudos por Bryan Garth e Mauro Cappelletti, como uma resposta às limitações inerentes ao sistema jurídico vigente. Nesse contexto começa a emergir o que foi denominado como "Direito Sistêmico", expressão inicialmente e majoritariamente associada ao pensamento e métodos desenvolvidos pelo filósofo e terapeuta alemão Bert Hellinger, mas que, conforme analisamos, é uma expressão com sentido ainda equívoco, considerando que o pensamento sistêmico é mais abrangente que o pensamento hellingueriano. Assim, uma das contribuições do Direito Sistêmico pode ser o uso do método das constelações familiares, mas não ser vista ou reduzida a isso, já que o pensamento sistêmico representa uma mudança de paradigma e, como tal, possibilita uma abordagem do Direito e dos conflitos que o Direito tradicional, por se basear em outro paradigma, não é capaz a proporcionar. A perspectiva sistêmica aplicada ao direito tem ainda como contribuição permitir o aprofundamento participação do indivíduo na tomada de consciência do conflito em que está inserido.

Palavra-Chave: Direito Sistêmico; métodos alternativo de solução de conflitos; métodos adequados de solução de conflito; justiça multiportas; pensamento sistêmico; paradigma sistêmico.

Abstract: This essay analyses the emergence context and implications of the "Systemic Law". At first it is verified that de CNJ's 125º Resolution and the 2015 Civil Procedure code established a public policy to implement alternatives or adequate methods of conflict resolution and the incentive toward an consensual behavior at court. This context would correspond to the third renovatory wave of access to

justice, mentioned at the studies developed by Bryan Garth and Mauro Capelletti, as an answer to justice system's inherents limitations. In this context, begin to emerge what has been called as "Systemic Law", expression at first e mostly associated to the thinking and methods developed by the german philosopher and therapist Bert Hellinger, but that, as we've seen, it's an expression which meaning is still mistaken, considering that the systemic thinking is larger then the hellinger's thinking. So, one of the Systemic Law's contributions may be the use of family constellations, but it shall not be seen or reduce to that, since the systemic thinking represents a paradigm shift and, as such enable an approach to conflicts and Law itself that the traditional Law, because it is based in another paradigm cannot provide. The systemic perspective applied to law still presents, as a contribution, enabling a more deep participation from the person who is part of an conflict in the construction of it's awareness.

Key-words: Systemic Law; alternative methods of conflict resolution; adequate methods of conflict resolution; multidoor courthouse; systemic thinking; systemic pradigm.

Sumário: Introdução. 1. Contexto Geral 1.1 Política pública de estímulo a métodos alternativos de solução de conflito; 2. Direito Sistêmico: terminologia, pensamento sistêmico e implicações; 2.1 Direito Sistêmico um termo equívoco; 2.2 Mudanças de paradigma e ampliação de foco: do indivíduo para os padrões e dinâmicas do sistema; 2.3 Direito Sistêmico para além do método alternativo de solução de conflito; Conclusão: Participação do indivíduo e valorização da autonomia as partes

Introdução

Não é incomum que se ouça falar hoje em dia em "Direito Sistêmico", o que vamos ver ao longo desse artigo são vários aspectos a seu respeito com a finalidade de organizar melhor o atendimento a seu respeito, passando pelo o contexto geral de sua emergência, considerações críticas a respeito do sentido que se têm atribuído a ele hodiernamente, o entendimento mais detido do pensamento sistêmico e da mudança de paradigmas paradigmas que ele importa. Sugerimos então as possíveis implicações que essa mudança de paradigma pode ter no âmbito do Direito, e enfim, como tudo isso pode dialogar com o anseio de se construir um direito mais consciencial e baseado na autonomia da vontade e tomada de consciência das pessoas envolvidas em um conflito.

1.Contexto geral

1.1 Política pública de estímulo a métodos alternativos de solução de conflito

O Código de Processo Civil consagrou uma "política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos com o claro estímulo a soluções por autocomposição" (DIDIER, 2015, 273), que já havia sido estabelecida, segunda alguns pela RN 125/2010 do CNJ[1]. Em termos procedimentais o Código de Processo Civil previu diversos instrumentos nesse sentido[2], abriu-se a possibilidade de que o solução dos conflitos se dê em outros ambientes e por meio de outros métodos, sendo a solução tomada reconhecida e homologada pelo poder judiciário, instituindo-se, assim, o que veio a ser considerado sistema multiportas de solução de conflitos.

> A idéia de uma corte multiportas (*multidoor courthouse*), qual seja, um Tribunal comprometido em apoiar e induzir a adoção de método mais adequados de resolução de disputas, tais como mediação, a conciliação, a negociação, a avaliação neutra, a arbitragem e outros, é atribuída ao prof Frank Sander, de Harvard, em palestra de 1976. Tal conceito e prática tiveram, inicialmente, maior difusão entre os países de *common Law* e vêm paulatinamente ganhando expressiva dimensão em outros sistemas de justiça. (VASCONCELOS, 2018, p. 71)

Para além da resposta a uma crise do sistema judiciário relativa às insuficiências inerentes ao modelo de solução heterocompositiva e estatal dos conflitos como única alternativa, o advento de referidos métodos de solução de conflitos, mediação e conciliação, "[...] passam a fazer parte de um sistema integrado de resolução de disputas em que o objetivo central não é (apenas) o julgamento do processo e evolui para a resolução do conflito e pacificação social." (SIMÃO, 7)

As soluções negociais não são aquelas que se mostram apenas mais econômicas, elas se mostram mais eficazes, pois foram construídas pelas partes, ademais podem ser vistas como um

> importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço de participação popular no exercício do poder - no caso o poder de solução de litígios. Tem também um forte caráter democrático" (DIDIER, 2015, p. 273)
>
> "[...] a administração cooperativa do conflito, inclusive no ambiente judicial, passa a ser questão central, num processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> em que o juiz e demais operadores da justiça contribuem para que as parte e dos advogados dialoguem, no campo das suas contradições, tanto como o apoio de mediadores , com vistas ao atendimento de suas reais necessidades a serem contempladas pela decisão, que deve ser, sempre que possível, consensuada" (VASCONCELOS, 2018, 71)

O que se vê, em verdade, é uma mudança de paradigma, para além dos custos financeiros e temporais de um processo judicial, pois a submissão do conflito um determinado método na delimitação de um tipo de olhar sobre ele. O que a política instituída pelo CPC de 2015 e o modelo de solução multiportas traz é a abertura de um leque de possibilidades metodológicas e de abordagens dos conflitos, que não apenas aquelas utilizadas no modelo judicial.

É importante ressaltar que referida política pública foi instituída para o jurisdicionado e não como uma forma leviana de desafogar o Sistema Judiciário. (DIDIER, 2015, p. 280 e SIMÃO, p. 16) Assim, esses métodos são desejáveis quando se mostrem, por uma questão metodológica, mais condizentes com a solução do litígio pois são mais construtivos, contudo, nem sempre isso será assim, o que deve ser entendido e respeitado.

Além disso, o novo CPC estabelece princípios e valores que põem em xeque o modelo beligerante e agressivo, talvez concebido outrora, como a forma ideal do exercício de defesa de direitos. Os deveres de boa-fé processual (art. 5º do CPC), lealdade e cooperação[3] demonstram que o que se pretende, mesmo dentro do modelo judicial, não é que o processo se torne mais um lócus de perpetuação do conflito que é a ele submetido, a "briga" entre as partes não será reproduzia, necessariamente, na atuação processual, que, ao contrário, deve buscar um conduta cooperativa, uma comunidade de trabalho, para que a prestação jurisdicional possa ser efetiva e célere.

Disso tudo, o que se pode perceber é uma busca por outras formas de se lidar com os conflitos, outros métodos, como já dito, outros caminhos para se chegar a um mesmo lugar de pacificação social.

1.2. A terceira Onda renovatória e emergência de uma nova perspectiva

É possível estabelecer uma correlação desses movimentos com a terceira onda de acesso à justiça prevista no renomado e reconhecido estudo de acesso à Justiça desenvolvido por Bryan Garth e Mauro Capelleti, conhecidos como Projeto Florença. Por meio desse estudo foram identificadas três espécies de barreiras ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

acesso à justiça e as respectivas respostas e soluções a essas barreira, que foram por eles denominadas como ondas renovatórias:

> Diante dessas constatações, foram sistematizadas três ondas renovatórias de acesso à Justiça, isto é, três posicionamentos, relativos ao Ocidente, que emergiram em sequência cronológica. A primeira onda renovatória envolve a assistência jurídica, a segunda envolve a representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e de direito do consumidor, e a terceira, denominada "enfoque de acesso à justiça", reflete a tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (SILVA e MENDES, 2015, p. 5)

Esses estudos são úteis e trazem uma interessante perspectiva e importante contribuição para se analisar o que viemos analisando até então no presente artigo, como pode-se verificar a partir das características da terceira onda renovatória:

> Por fim, a terceira onda renovatória se baseou na obtenção de reformas na assistência judiciária, com a disponibilização de advogados para os que não poderiam custear esse serviço, e com os progressos na reivindicação de direitos, tanto dos tradicionais como dos novos, com mecanismos para a tutela de direitos coletivos, especialmente dos consumidores, preservacionistas e sociais. A última onda de reformas incluiu o conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas. Esse enfoque encorajou uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações no procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações no direito substantivo **a fim de prevenir litígios e a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de litígios. Reconheceu, ainda, a necessidade de adequar o processo civil ao tipo de litígio**. (SILVA e MENDES, 2015, p. 6) (destacamos)

É possível entender que todos estes elementos: a política pública, o movimento espontâneo da sociedade que confere protagonismo aos métodos alternativos de solução de conflitos, a imposição de uma forma colaborativa de condução processual, enfim, a busca de solução consensual dos conflitos, são todos

manifestações desta terceira onda renovatória de acesso à justiça previstas por Bryant Garth e Mauro Capelleti na década de 1970. (SILVA e MENDES, 2015, p. 24/25).

Analisando as propostas de Cappelletti e Garth, Vasconcelos destaca que um dos aspectos desse movimento de acesso à justiça consistiria na "assunção, pela sociedade, do papel de protagonista na solução amigável ou arbitral de questões (..) (2018, p. 72)

Essa busca por propiciar maior acesso à justiça levou à procura por outras formas de lidar com o litígio, outros procedimentos, princípios e métodos. Contudo, o anseio por alternativas, ou a perplexidade diante das limitações inerentes ao nosso sistema, pode ter nos levado a encontrar, além de outros procedimentos e métodos, também à outras formas de conhecer e conceber o conflito e a violação de direitos.

Essas novas formas de abordagem recaem sobre os fatos da vida que se manifestam como conflitos violadores de normas jurídicas, contudo, elas não conferem a eles essa roupagem que o pensamento jurídico as atribui, ou não os concebe unicamente por meio desta lente. Emergem de forma espontânea, em meio a profissionais da área jurídica, trata-se do pensamento sistêmico, ou o que se tem chamada de direito sistêmico. [4]

De acordo OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, "(...) o então denominado Direito sistêmico nos propõe a busca de uma solução, não mais apenas focada apenas na ótica competitiva, mas sim cooperativa e pacífica, o que vem perfeitamente ao encontro da necessidade de pacificação social e se distancia salutarmente da visão positiva, até então perpetrada pelos construtores do Direito." (2018, p. 44)

2.Direito Sistêmico: terminologia, pensamento sistêmico e implicações

2.1 Direito Sistêmico um termo equívoco

A expressão "Direito sistêmico" foi cunhada inicialmente pelo Magistrado Sami Storch, na perspectiva então proposta por ele, "Direito sistêmico" estaria relacionado com analisar o direito a partir da perspectiva proposta pelo filósofo alemão Bert Hellinger que, ao desenvolver um método terapêutico, denominado constelações familiares, constatou a existência de padrões de repetição que se imporiam sobre os indivíduos como leis. (STORCH, 2019, p 177/178).

Assim, a expressão tem sido associada, tanto à uma forma ou perspectiva de análise das questões submetidas ao judiciário que vai além da perspectiva de que se vale Direito tradicionalmente, seja por incluir a perspectiva Heringeriana teórica, seja propor uso das constelações familiares como mais método alternativo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de solução de conflitos, ao lado da mediação e da conciliação[5] . Veja-se, por exemplo, o que dizem OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI:

> O Direito Sistêmico, entendido no contexto deste livro como aplicação das leis ou ordem do amor de Bert Hellinger ao campo do Direito, se constitui um novo paradigma para a ciência jurídica, trazendo uma nova forma de perceber os vínculos entre os indivíduos e grupos tutelados pelo Direito" As constelações familiares, porém, para além do uso do método em si, trouxeram, na verdade uma abertura para que o conflito fosse percebido sob uma perspectiva sistêmica. (2018, p. 43)

No entanto a visão sistêmica e visão sistêmica do Direito ou Direito sistêmico, não se limita à visão Hellingeriana:

> Outra questão que merece destaque é a redução da perspectiva sistêmica à Hellingeriana, deixando de lado qualquer referência a Luhmann que Habermas, os quais analisam o Direito sob o prisma sistêmico, o que não se confunde com a visão sistêmica hellinguerina. Esse movimento, além de reducionista, exclui autores e perspectivas de análise do direito (OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, 2018, p. 46)

Sendo assim, no presente artigo consideramos que, no campo do saber, a expressão "Direito Sistêmico" é em certa medida, ainda equívoca[6]. Isso porque "o pensamento sistêmico", na perspectiva epistemológica da ciência, não mantém correspondência exclusiva com as ideias desenvolvidas por Bert Hellinger.

Os autores Capra e Mattei, por exemplo, consideram que o Direito Sistêmico é decorrência de outro paradigma ciência. Tal paradigma abandona a concepção de mundo mecanicista para adotar a metáfora da rede em que prevalece a importância dos padrões e relações, isso seria, justamente, o pensamento sistêmico. Essa mudança de paradigma que ocorreu nos campos da ciência ainda não teria alcançado a teoria do direito. Eles sustentam que a mudança de paradigma deve orientar à uma "ecologia do direito" e como algo que emerja de comunidades auto-organizadas" (2018, p. 29)

O pensamento sistêmico, nessa perspectiva seria um novo paradigma científico, (VASCONCELLOS, 2018, p. 47) tendo em vista que "a ciência está de fato vendo muitos de seus conceitos, mas não chega a essa conclusão pelo abandono do procedimento científico, e sim pela descoberta das limitações intrínsecas aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conceitos e métodos que até então utilizava." (VASCONCELLOS, 2018, p. 23). Assim a mudança de paradigma se daria da simplicidade para a complexidade, que, por sua vez, leva à contextualização e ao reconhecimento de causalidade recursiva. Também se daria da estabilidade para a instabilidade já "o mundo está em processo de tornar-se"; e pela mudança do pressuposto da objetividade para a intersubjetividade, (VASCONCELLOS, 2018, p. 102/103)

De acordo com Carlos Eduardo de Vasconcelos, essa nova perspectiva influencia a forma em que se dá a dialética, que não mais correria a partir da disjunção "ou-ou" o que, portanto, influencia o raciocínio jurídico de interpretação normativa, assim também como atua na perspectiva sobre o conflito, sem "maniqueísmos ontológicos". No novo paradigma acolhe-se a dialética da contradição/antagonismos existenciais que se retroalimentam. A síntese não existe em si, pois corresponde a um contínuo processo de mudança, isso permite-se conceber que nos conflitos, "as contradições e os antagonismos expressam complementaridades dinâmica, que são compreendidas e facilitadas mediante processos construtivos, que acolhem o modo de problematizar, pensar e concretizar o entendimento de necessidades comuns e contraditórias do tipo "e-e" (...)". (2018, p. 24/25)

Todos esses sentidos do pensamento sistêmico e sua possível reverberação no âmbito do Direito não guardam correspondência com a concepção de Direito Sistêmico proposta pela primeira vez o magistrado Sami Storch e como vem sendo feito hoje em dia. Com isso, não se quer dizer que o pensamento de Bert Hellinger, sua aplicação ao Direito, deixe de ser uma perspectiva sistêmica, mas apenas que é preciso que se saiba da existência dessas outras perspectivas sistêmicas, sob pena de se incorrer em um equivocado reducionismo.

O pensamento hellingueriano tem como uma de suas bases principais a teoria sistêmica familiar (VIERA, 2018, p. 73) que percebe a família com um sistema relacional que se move através do tempo, havendo a transmissão de padrão de relacionamento e funcionamento entre as gerações (VIEIRA, 2018, p. 72) (OLDONI e LIPPMANN, 2018 p 42).

Assim, a perspectiva mostra que pensamento/metodologia sistêmica se constrói sob pressupostos da interdependência, do que é relacional, se afastando de raciocínios disjuntivos que constroem maniqueísmos ontológicos. Bert percebe os sistemas familiares como sistemas fechados em que "cada indivíduo é visto, não de maneira individual, mas sim como parte de um sistema compreendido com sendo o grupo de pessoas ligadas entre si por um destino comum e relação recíprocas, onde

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cada membro do sistema impacta e exerce influência sobre os demais membros," (OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, 2018, p. 30)

Dentre as múltiplas acepções que a expressão "Direito Sistêmico" essa última talvez tenha ganhado destaque e possua relevância no contexto atual já que está relacionada à criação de diversos projetos que visam a implementação da constelação familiar no judiciário (VIEIRA, 2018, p. 231-238 e OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, 2018, p. 60-65) e ainda à existência de diversas comissões nas seccionais da OAB.

2.2 Mudanças de paradigma e ampliação de foco: do indivíduo para os padrões e dinâmicas do sistema

Na perspectiva sistêmica, coletividades organizadas de pessoas atuam de acordo com uma lógica sistêmica, que não é o mesmo que a soma de individualidades. Um sistema pode ser visto como "um conjunto de elementos inter-relacionados com um objetivo comum" (OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, 2018, p. 29).

De acordo com Maria José Esteves de Vasconcellos, uma das definições de sistema poderia ser o "complexo de elementos em interação" ou "conjunto de componentes em estado de interação", esclarecendo que "a existência de interação ou de relações entre os componentes é então um aspecto central que identifica a existência do sistema como entidade, distinguindo-o de um simples aglomerado de partes independentes uma das outra" (2018, p.199).

Na mesma linha, Cappra e Mattei colocam que "os sistemas vivos são totalidades integradas cujas propriedade não podem ser reduzidas àquelas das partes menores. Suas propriedades essenciais provêm da interação e relações entre as partes" (2018, p. 144). Assim, um sistema, ainda que se tratando de uma coletividade humana[7], possui uma lógica própria, estrutura e padrões[8], que não se confunde com o conteúdo da subjetividade das partes que o compõem.

Quando inserido em um sistema, essa lógica ou força atua sobre os indivíduos, já que ele é parte de um todo. "Na visão sistêmica de Hellinger, o indivíduo não deve serv isto de forma isolada, mas como alguém que está a serviço e é orientado pelas forças de seu próprio sistema, todavia essas forças não são visíveis a olho nu [...] (OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, 2018, p. 30/31)

A perspectiva sistêmica agrega, assim, uma nova perspectiva sobre o conflito ou sobre as relações humanas que importam na violação de algum direito protegido pelo ordenamento jurídico. Essa visão sistêmica vai buscar, portanto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

identificar o que, naquele conflito, é decorrente da atuação dessa lógica coletiva, qual a dinâmica sistêmica está atuando naquela situação.

> "(...) o direito sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião, etc) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio e paz para todo o sistema" (STORCH, 2016, p 179)

Tem-se portanto, que a perspectiva sistêmica parte de pressupostos diversos da perspectiva da lógica linear que compõem o paradigma mecanicista que rege nossa forma de pensar odierna.

Ao tratar do conceito de paradigma Maria José Esteves de Vasconcellos destaca que "o tempo todo estamos vendo o mundo por meio de nossos paradigmas. Eles funcionam como filtros que selecionam o que percebemos e reconhecemos e que nos levam a recusar e distorcer os dados que não combinam com as expectativas por eles criadas" (2018, p. 30).

O paradigma tradicional da ciência, baseado nas ideias desenvolvidas na modernidade por pensadores como Francis Bacon, Descartes, Isaac Newton, Comte (VASCONCELLOS,2018, 60/66; CAPPRA e MATTEI, 28 e 73/79), levou a uma determinada estrutura de pressupostos sintetizada por Vasconcellos como da:

- Simplicidade, que compreende as relações causais de forma linear.
- Estabilidade, entendido pela determinação, previsibilidade, reversibilidade e controlabilidade.
- Objetividade (2019, p. 69).

A linearidade causal, a previsibilidade e a crença na diferenciação entre observador e objeto regem nossa forma de ver o mundo. Por outro lado, a concepção sistêmica se baseia em outros pressupostos, conforme visto, como sendo complexidade, instabilidade e intersubjetividade (VASCONCELLOS, 2018, p. 145).

Considerando que o paradigma funciona como uma lente que usamos para concebermos a realidade, visão que se terá de um mesmo conflito submetido ao Direito, necessariamente será diferente a depender do paradigma que se adota. Segundo Cappra e Mattei o paradigma mecanicista e cartesiano influenciou a racionalidade do homem moderno chegando ao Direito[9], sendo assim, o Direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

invariavelmente deitará seus olhos sobre os conflito a ele submetidos sob essa perspectiva.

Um dos pontos centrais da construção da teoria do Direito, e que decorre da concepção do mundo máquina, é a noção de indivíduo. Assim como a ciência entendia que "a realidade física é um agregado de elementos constitutivos individuais", para o Direito "a realidade social é um agregado de indivíduos isolados" (CAPPRA e MATTEI, 2018, p. 42)

Para filósofos iluministas modernos "a sociedade é apenas uma união de indivíduos. Essa posição individualista tem por pressuposto a ficção de que, em princípio, havia seres humanos que viviam isolados, e que, em um momento posterior passam vivem em sociedade. Essa teoria para os filósofos modernos é a teoria do contrato social. (MASCARO, 2010, p. 149)

A visão sistêmica, por outro lado, compreende um indivíduo como parte de um sistema, que existe uma dimensão coletiva, uma consciência sistêmica, atuante em concomitância com a consciência individual[10]. Não que se exclua o livre arbítrio e a consciência individual ou que se pretende subordinar a consciência individual a uma consciência coletiva[11].

Ao tratar da autonomia e liberdade individual , por exemplo, Hellinger sugere que "têm validade em um determinado âmbito", na medida em só é possível tê-las quando em algum outro lugar não sou autônomo [...]". Ele pondera que oisso porque estamos envolvidos "nesses grandes movimentos, na fila dos ancestrais, na família, e esse envolvimento não depende de minha livre vontade." Dessa forma, considera a interdependência e o aspecto relacional subjacente à autonomia individual, e prossegue: "Simplesmente estou dentro disso e também coloca algo em movimento. Em que medida posso atribuir isso a mim, parece-me irrelevante" (HELLINGER e HOVEL, 2006 , p. 53)

Assim, o que se torna possível, a partir da concepção sistêmica, é que essa dimensão supra individual, que se expressa por meio dos indivíduos nos conflitos, possa ser entendida como tal e não como mera expressão de uma individualidade cuja origem causal se encerra no indivíduo. O indivíduo seria o meio de reprodução e expressão de algo cuja causa ou origem ultrapassa sua subjetividade e aquela situação específica em que se manifesta.

A consideração das influências sistêmicas foge à apreciação do conflito feita pelo judiciário porque a teoria do direito moderno, ao se basear no conceito de indivíduo isolado cuja expressão no mundo não é outra se não a de sua individualidade, não concebe a atuação de uma dinâmica sistêmica subjacente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ademais, a perspectiva jurídica faz, a partir da subsunção do fato à norma, um recorte do fenômeno e da realidade para as normas, o que em si já implica em uma redução da sua complexidade o que faz com que o Direito tenha, per se, um distanciamento com relação à realidade ao qual se aplica. A visão que decorre do uso lentes do direito pode gerar distorções e inconsistências com relação aos fatos subjacentes.

2.3 Direito Sistêmico para além do método alternativo de solução de conflito

Vimos no início que o Direito Sistêmico se insere em contexto, em um movimento hoje consubstanciado em um política pública, em que se buscam "alternativas" ao uso do método jurisdicional de solução de conflitos. Por outro lado, vimos que o Direito Sistêmico possibilita uma mudança de paradigma, por permitir ultrapassar o indivíduo como e considerar a influência dos padrões que conforma aquela rede, as dinâmicas ocultas ou as forças do sistema.

Sendo assim, o que se verifica é que sua contribuição não se resume a ofertar as constelações familiares como mais um método de solução de conflitos, ao lado da mediação ou conciliação. O direito sistêmico pode ser considerado como o pensamento sistêmico aplicado à conflitos judicializados ou não, permitindo que se considere no processo elementos a ele relativos que não seriam "visíveis" com o uso dos velhos paradigmas mecanicistas.

Nesse contexto, as constelações seriam válidas, por serem um método ou técnica (OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, 2018, p. 23, e OLDONI, LIPPMANN, 2018, P. 17) que trazem à tona, necessariamente, a dimensão sistêmica dos conflitos, cujos demais métodos alternativos de apreciação de conflitos não necessariamente alcançam.

Isso porque, tratando-se de um método ou técnica que possibilita desvelar as dinâmicas sistêmicas ocultas que atuam sobre o conflito (HELLINGER, WEBER e BEAUMONT, 2006, p. 15/16) (SCHENEIDER, 2007, p. 10) , indo além do que se expressa no conflito judicializado, que é "a ponta do iceberg" de algo mais complexo, permite uma real tomada de consciência pelas partes envolvidas de todos os elementos envolvidos no conflito. (VIEIRA, 2017, p. 243). A constelação permite "identificar a causa real de cada problema que se apresenta, não lidando apenas com a causa aparente, superficial, mas com o que está oculto não aparente" (OLDONI e LIPPMAM, 2018, p.13).

Por outro lado, assim como o Direto Sistêmico não se reduz a perspectiva Hellingueria, muito menos ao uso do método das constelações no judiciário. Para Oldoni, Girardi e Lippman "a aplicação do Direito Sistêmico pode ocorrer de três

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

formas distintas: mediante uma postura sistêmica fenomenológica; realizando intervenções com frases de solução, exercícios e dinâmicas sistêmicas e através da aplicação das constelações familiares."(2018, p. 49)

Dessa adoção de um postura sistêmica não está vinculado nem à perspetiva hellingueriana nem à uso do método por ele desenvolvido. Já começam a se desenvolver propostas metodológicas, baseadas no pensamento sistêmico em sentido amplo e na neuro-semântica que prescindem do uso da constelação enquanto método para identificar os aspectos sistêmicos do conflito. Trata-se de uma modelo de percepção sistêmica que busca analisar o conflito a partir da identificação de seus contextos, das posições de cada elemento, da relação entre eles, dos processos e dos padrões existentes. [12]

Assim, ainda que a questão esteja judicializada e não se utilize uma constelação a seu respeito, é possível que os envolvidos naquele conflito, (as partes, o juiz, os advogados, os defensores públicos, ou o Ministério Público), adotem uma postura sistêmica diante da questão.

3.Conclusão: Participação do indivíduo e valorização da autonomia as partes

Conforme apresentado acima, a o método proposto ela concepção sistêmica terá relação com a "descoberta" de alguma dinâmica oculta, na nomenclatura hellingeriana, ou de algum elemento de ordem sistêmica que se manifesta naquela situação e que contribui para a existência daquele conflito. Porém, essa descoberta pressupõe, necessariamente, a participação do indivíduo inserido no sistema. Esta é a principal força do método sistêmico, já que descoberta da existência de uma "dinâmica oculta" existente no conflito se dá simultaneamente com a tomada de consciência pelo próprio indivíduo desse elemento sistêmico influenciador esse conflito.

Ademais, o Direito Sistêmico tem ainda essa particularidade, seja na vertente que o associa com o uso das constelações familiares, seja a concepção que não estabelece necessariamente essa associação, já que em ambas o conflito é devolvido à parte nele envolvida[13]. Ou seja, a concepção sistêmica não pode operar em uma solução de conflito de forma imposta por um terceiro às partes. A solução "alternativa" vem da tomada de consciência da parte envolvida sobre as dinâmicas que operaram naquele conflito, fazendo com que, a partir de uma nova perspectiva e visão sobre o conflito, a parte possa, espontaneamente, optar por modificar sua conduta naquela dinâmica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outro aspecto importante é que a perspectiva sistêmica permite compreender que a mudança de posicionamento, ainda que seja apenas de uma das partes, importa numa alteração da dinâmica de funcionamento de todo sistema.

Sendo assim, o direito sistêmico torna mais concreto, viável e efetivo, o exercício da autonomia da vontade. Deve ficar claro que, apesar de conceber a dimensão sistêmica dos comportamentos humanos como manifestações decorrentes não apenas de uma consciência individual, na perspectiva sistêmica o não há uma negação dessa dimensão do indivíduo, ao contrário, é a partir dela e do exercício da autonomia da vontade que é possível a tomada de consciência que levará à solução.

Dessa forma, o direito sistêmico também se insere no contexto de valorização da autonomia das partes, de redução de soluções heterônomas. Ganha relevo, assim, a existência da noção de facilitação na solução dos conflitos por meio da autocomposição que, muito embora não exclua necessariamente a atuação de um terceiro para tanto (heterocomposição), não tem nele a única figura responsável sobre isso.

O movimento consagrado pelo CPC de 2015 que abre as portas para diversas possibilidades de abordagem dos conflitos e a terceira onda renovatória de acesso à justiça não foram a origem ou razão para o surgimento do direito sistêmico. Contudo, são um indicador que demonstra a busca de alternativas ao meio jurisdicional diante de suas limitações inerentes, o direito sistêmico se insere nessa busca e contribui, não apenas com um método, mas com uma nova perspectiva sobre os conflitos, sendo eles levados pela porta do judiciário ou não, sendo que essa perspectiva pressupõe o envolvimento da parte e sua participação, a partir de um outro lugar, de uma questão que não diz respeito ao estado juiz, mas à sua própria vida.

BIBLIOGRAFIA

CAPRA, Frijotof. MATTEI, Ugo. A revolução ecojurídica: a direito sistêmico em sitonia com a natureza e a comunidade. Tradução de Jefer Luiz Camargo, São Paulo. Ed. Cultrix, 2018,

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 17 ed. - Salvador, Editora, Juspodivm, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GIRARDI, Maria Fernanda Gulmenin, OLDONI, Fabiano, LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Direito Sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2. ed. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018

HELLINGER, Bert WEBER, Gunthard e BEAUMONT, Webe. . A Simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo,.Tradução Gilson Cardoso de Sousa6. ed. São Paulo, Cultrix, 2006.

HELLINGER, Bert e HOLVE, Gabrielle Tem. Um lugar para os excluídos: conversas sobre o caminho de uma vida. Tradução de Newton A. Queiroz. Patos de Minas. Atman. 2006

MODELO GESTÃO DA ADVOCACIA SISTÊMICA ®, Curso Intermediário, Material Didático, 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro e SILVA, Larissa Clare Pochmann da Silva. Acesso à justiça: uma releitura da obra de mauro cappelletti e bryant garth, a partir do brasil, após 40 anoS, vol. 08, nº. 03, Rio de Janeiro, 2015. pp. 1827-1858

OLDONI, Everaldo Luiz, OLDONI, Fabiano, LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Justiça Restaurativa Sistêmica. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018

OLDONI, Fabiano, LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelação Sistêmica na Execução Penal: Metodologia para sua implementação. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018

SIMÃO, Lucas Pinto. Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação. Revista: Direito Processual Civil

Disponível em 02/04/2020 https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/meios-alternativos.pdf

SCHNEIDER, Jacob Robert . Sobre a Teori, o Conteúdo e o Método das Constelações Familiares. Disponível em 02/04/2020 https://sistemicaconsultoria.com/biblioteca/jakob-schneider/#)

STORCH, Sami. O direito sistêmico: quando o reconhecimento das leis sistêmicas promove conciliação, p. 177/186 *in* Justiça Restaurativa: caminhos de pacificação social. og. Marcelo L. Pelizzoli, Editora UFPE, Recife, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 6 ed. Rio de Janeiro, ed. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

VASCONCELLOS, Maria José Esteves. Pensamento Sistêmico o novo paradigma da ciência. 11ª Edição, Campina, Ed. Papirus, 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. A Constelação Sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte. Editora Plácido. 2017.

NOTAS:

[1] "Ao nosso ver, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil deu passo determinante para inserir o Direito Brasileiro no contexto da política dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (Alternative Dispute Resolution – ADR, na doutrina estrangeira e de acordo com a construção clássica de Marc Galanter23). Tratam-se de métodos essenciais para a pacificação social, sendo poderosos instrumentos de composição de conflitos. Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos apresentam-se fundamentalmente como métodos paraestatais de solução de conflitos, através dos quais, como facilmente se intui, retira-se do Juiz a solução do conflito de interesses. "(SIMÃO, p. 6)

Em 2010, a Resolução nº 125 do CNJ se dedicou estritamente à solução de conflitos, instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses. Tal disposição objetivou assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, trazendo a previsão de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (artigo 7º), compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores para atuarem, dentre outras funções listadas no dispositivo, na implementação da política de solução de conflitos. Além disso, previu a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (artigos 8º a 11 da resolução), para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários. A resolução dispôs, ainda, a criação de um portal da conciliação, para disponibilizar dados estatísticos e capacitação aos mediadores e conciliadores.

Já em 2014, merece destaque a Recomendação nº 50 do CNJ, destinada aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais Regionais Federais, para que realizem estudos e ações contínuas para darem continuidade ao movimento permanente de conciliação. (SILVA e MENDES, 2015, p. 24/25)

[2] "O poder legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas lei neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: (a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); (b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da despesa pelo réu (arts. 334 e 695); (c) permite a

homologação judicial de acordo judicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º); (e) permite acordos processuais (sobre o processo,, não sobre o litígio) atípicos (art. 190) (DIDIER, 2015, 273)

[3] "Repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários para a obtenção de um processo leal e cooperativo. O mais difcil é, realmente, sistematizar, os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, covém valer-se de tudo o que já construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. O dever de cooperação é um deles. Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e proteção. Essa sistematização pode ser aproveitada para a compreensão do conteúdo dogmático do princípio da cooperação processual. Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir sua demanda com clareza e coerencia, sob pena de inépcia; b) dever de lealdade, as partes não podem litigar de má-fé (arts 79-81, do CPC), além de ter de observar os princípios da boa-fé processual (art. 5º do CPC); c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, art. 77, VI, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 520, I e 776, CPC) (DIDIER, 2015, p. 128)

[4]Adhara Campos em seu livro "A constelação Sistêmica no Judiciário" também estabelece uma correlação entre o que denomina ser uma "crise no sistema" de justiça e a possibilidade introdução do pensamento sistêmico, por meio do uso das constelações familiares enquanto método alternativo se solução de conflitos, como possibilidade de resposta a essa crise. (p. 23/45) Segundo a autora o movimento das constelações no judiciário "nascem da participação popular, de algo nascido na entranha social, oriundo de um mal estar hermenêutico crítico, ante a incapacidade do Estado de dirimir o conflito pelos autos" (p. 241)

[5] "(...) destacamos neste trabalho, entre os meios alternativos de resolução de conflitos, a conciliação e mediação. Ambas as práticas são amplamente incentivadas. [...] A constelação surge então com uma alternativa a mais para reordenar os sistemas familiares e institucionais. [...] (VIEIRA, 2017, P. 242)

[6] "Na medida em que os estudo sobre a possibilidade do surgimento de um Novo Direito (Direito Sistêmico), começaram a trilhar o caminho da Ciência Jurídica, vislumbrou-se alguns equívocos referente à nomenclatura e mais ainda, no tocante à natureza jurídica (OLDONI, LIPPMANN e GIRARDI, 2018, p. 44)

[7] Para expandir a compreensão sistêmica da vida até a esfera social e, em particular, até as leis humanas, podemos postular um modelo teórico segundo o qual a vida tem uma unidade fundamental e os diferentes sistemas vivos exibem padrões semelhantes de organização. (...). O padrão em rede, em particular, e dos padrões básicos de organização em todos os sistemas vivos. As redes sociais são redes de comunicação. (..) Casa comunicação cria pensamentos e significados, o que dá origem à novas comunicações, de tal modo que a rede gera-se a si própria."(CAPRA e MATTEI, p. 148/49)

[8] A teoria dos sistemas é desenvolvida por Fritjof Capra, se relaciona a organização de estruturas, com conexão entre os elementos de um sistema, padrões de organização, mecanismos, teias de relações, interconexão. Jan Jacob Stam ressalta o aspecto das dinâmicas relacionais de um sistema. Tarso Firace sugere um "ver" pelo sistema, que seria diverso de ver com os olhos. A existência de um padrão de rede psicossocial. Luhmann, por sua vez, entende que a sociedade é um marco sistema fechado e autopoiético auto referencial e que se modifica com base em suas próprias bases. (VIEIRA, 2017, p. 82/840)

[9] Os autores fazem essa análise da construção do pensamento jurídico da modernidade ao longo dos capítulos 3 e 4 de seu livro, mas sintetizam em um quadro comparativo (2018, p. 42), sendo que destacamos o seguinte trecho: "Hoje, a percepção coletiva de direito como uma estrutura 'objetiva' ou preexistente por meio da qual o comportamento dos átomos individuais podem ser classificados como legal ou ilegal, longe de ser "natural" nada mais é do que um constructo cultural da modernidade. Por conseguinte, o direito moderno incorpora a separação cartesiana de uma ordem jurídica objetificada - análoga à res extensa de Descartes (objeto de pensamento) - que é essencialmente distinta da esfera cotidiana da atuação humana, situada na esfera do res cogitans (o sujeito pensante) (2018, p. 115)

[10] Uma contribuição relevante da perspectiva hellingeriana diz respeito ao que ela entende por "Alma" de acordo com SCHNEIDER, "Podemos chamar de alma a força invisível que congrega num todo as experiências parciais, de forma que o todo é mais do que a soma das partes de suas funçõe. Ela não se identifica com nossa consciência, pois também, inclui o inconsciente. Não se identifica com os nossos processos fisiológicos e físicos em nosso corpo e nem nosso cérebro, por mais que esteja indissoluvelmente ligada a eles. Não se identifica com os nossos sentimentos, embora ele seja a sua forma de expressão sensível. Ela não é o "núcleo" ou a "substância" de um todo; é antes, um espaço que envolve uma totalidade vida e um "campo" que, abrangendo espaço e tempo, une e confere identidade de a tudo o que constitui uma pessoa ou um grupo" (SCHNEIDER, 2007, p. 26)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[11] Hellinger, por exemplo concebe a existência de três níveis de consciência, um individual, um de grupo e um universal (SCHNEIDER, 207, p. 28)

[12] Modelo de percepção sistêmica in "Bases da Negociação Sistêmica uma ferramenta para Gestão de Conflitos". Material didático - Curso Intermediário Ferramentas de Gestão da Advocacia Sistêmica. Gestão da Advocacia Sistêmica ®

[13] "A solução não parte de um terceiro e sim do próprio indivíduo que é levado a sair da posição de vítima ou algoz, na qual se encontra, e responsabilizar-se pela transformação do conflito em que está envolvido" (OLDONI e LIPPMAM, 2018, p.14)

"Atendimento humanizado é aquele que no encontro com o humano equilibra competências relacionais do advogado (como valorização do cliente como alguém único, dedicando a ele apoio, escuta, empatia, atenção, confiança, parceria, **facilitação de ampliação de consciência diante do conflito**) [..] O cliente precisa se sentir valorizado e **inserido nos processos de escolha e tomada de decisão, assumindo corresponsabilidade pela gestão dos seus conflito.** In Relacionamento com o Cliente." (destacamos) Atendimento Humanizado"Material didático - Curso Intermediário Ferramentas de Gestão da Advocacia Sistêmica. Gestão da Advocacia Sistêmica ®

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, LIMITES E O DISCURSO DE ÓDIO: O CASO DOS IRMÃOS PIOLOGO.

MATHEUS MARTINS ORDINOLA:
Graduando em Bacharel em Direito pela Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA.

RESUMO: O presente artigo científico tem como escopo analisar e discutir sobre as nuances da liberdade de expressão, com especial atenção aos limites do referido direito e garantia constitucional, assim como discutir sobre o discurso de ódio, denominado *hate speech,* e o caso dos Irmãos Piologo, mediante discussão do posicionamento Doutrinário e da Jurisprudência. Para tanto, adota-se a metodologia dedutiva e bibliográfica com o olhar crítico sobre o tema proposto na busca de melhor entendimento dos limites da liberdade de expressão, bem como definir o discurso de ódio e por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) referente ao caso Ellwanger, relacionar com a decisão do Juiz Estadual acerca do caso dos Irmãos Piologo. Da análise aguarda-se obter um quadro significativo sobre as divergências com relação de como é interpretado o discurso de ódio, de modo a esclarecer sobre a eventual problemática face à liberdade de expressão e de pensamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Discurso de ódio. Liberdade de expressão.

ABSTRACT: This scientific article aims to analyze and discuss the nuances of freedom of expression, with special attention to the limits of that right and constitutional guarantee, as well as to discuss hate speech, called hate speech, and the case of the Piologo Brothers, through discussion of the Doctrinal positioning and the Legislation in force. To this end, the deductive and bibliographic methodology is adopted with a critical eye on the proposed theme in the search for a better understanding of the limits of freedom of expression, as well as defining hate speech and through the decision of the Supreme Court (STF) referring to the Ellwanger case, relate to the decision of the State Judge on the Piologo Brothers case. The analysis is expected to obtain a significant picture of possible divergences in relation to how hate speech is interpreted, in order to clarify about the possible problems in the face of freedom of expression and thought.

KEYWORDS: Constitutional Law. Hate speech. Freedom of expression.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE PENSAMENTO E SEUS LIMITES; 2.1. O DISCURSO DE ÓDIO E O CASO SIEGFRIED ELLWANGER; 2.2. O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CASO DOS IRMÃOS RODRIGO E RICARDO PIOLOGO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, um dos temas mais relevantes do Direito Constitucional versa sobre liberdade de expressão e de pensamento e seus limites. Trata-se a liberdade de expressão como um dos valores centrais das democracias, bem como do Estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, ocorre que devido tal complexidade do homem político, social e, mormente das relações intransigentes, impõem-se alguns limites constitucionais diante de tais direitos e garantias como se observará em relação à liberdade de expressão e de pensamento.

A referida abordagem ocupa-se acerca da eventual possibilidade de limitação à liberdade de expressão e de pensamento, conceituando sobre o discurso de ódio, denominados *hate speech* e suas consequências, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, da Doutrina e da Jurisprudência. Além disso, discutir os fundamentos da sentença do Juízo Aquo sobre o notável caso dos Irmãos Rodrigo e Ricardo Piologo que versa sobre a liberdade de expressão artística, fazendo um comparativo com do paradigma decisão do Supremo Tribunal Federal, referente ao caso de Siegfried Ellwanger e decisões afins.

Sabe-se que as formas de abuso e violação à liberdade de expressão derivam-se do discurso eivados de ódio, abusivo, intolerante, preconceituoso, mormente racista e etc., que no decorrer do desenvolvimento da sociedade ganharam propagação, devido aos mais diversos meios. A título de exemplo, um deles advindo da modernidade é o mundo virtual que deu voz aos que não tinham, todavia, de tal ferramenta equipou-se ambos os tipos de usuários, com intenções genuínas e más.

Para tanto, verificou-se a necessidade por parte do constituinte, configurar determinadas praticas em ilícitas, a fim de que tais condutas delitivas fossem a partir de uma perspectiva legal, rechaçadas. Isso porque, prevê a Constituição Federal de 1988, a vedação de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (Art. 220, §2º). Ou seja, não compete ao Poder Público e nem outro poder, obstar de maneira prévia o livre exercício do pensamento por ato supostamente de cunho ofensivo. Todavia, por não se tratar de um direito fundamental absoluto, estará passivo de restrições quando exercido de maneira abusiva ou violenta em face de outros direitos e garantias salvaguardados pela Constituição Federal.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE PENSAMENTO E SEUS LIMITES

À liberdade de expressão e de pensamento é um dos pilares das democracias, assim como é assegurada em diversos instrumentos internacionais que a proclamam. Dentre os dispositivos destacam-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu artigo XIX, *in verbis*: *"Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.",* da mesma forma o Pacto de Internacional sobre Direito Civis e Políticos em seu Art. 19, *ipsis verbis*: *"ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas".* A República Federativa do Brasil é signatária destes tratados.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 ratificou o supracitado dispositivo em seu Artigo 5º, inciso IV, que dispõe: *"é livre a manifestação do pensamento, sendo vendado o anonimato"*. Segundo o entendimento doutrinário hodierno: "Estamos diante de um direito e de uma garantia fundamental, previstos ambos na primeira e na segunda parte do inciso, respectivamente. A primeira parte ("é livre a manifestação do pensamento") é um direito individual, ou liberdade pública ou direito negativo, ou seja, o Estado não poderá, em regra, interferir na nossa liberdade de expressão. Trata-se de um *direito de primeira dimensão*) na clássica nomenclatura criada por Karel Vasak) ou *status negativo* (na classificação de George Jellinek). A segunda parte do dispositivo constitucional ("sendo vedado o anonimato") é uma garantia constitucional destinada a proteger uma série de outros direitos fundamentais, como honra e intimidade." (NUNES JR, Flavio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. Saraiva Educação SA, 2017. Pág. 851).

No mesmo passo, atesta Nuno e Sousa: "A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11° da Declaração francesa dos direitos do homem de 1989: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais ('divulgar'). Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações)." (MENDES, Gilmar Ferreira;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Saraiva, 2008, Pág. 360.).

Seguindo nas palavras do Doutor em Direito Constitucional, Flávio Martins: "o direito constitucional à liberdade de manifestação do pensamento compreende a comunicação entre: a) presentes (numa conversa, numa aula, numa palestra, num discurso); b) entre ausentes conhecidos (numa carta, num e-mail, numa mensagem eletrônica enviada pelo celular); c) entre ausentes desconhecidos (num artigo de jornal, numa mensagem postada em uma rede social, ou blog ou qualquer outro sítio da internet)".

Ressalta-se a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que:

> *"[...] a proibição do anonimato tem um só propósito, qual seja, o de permitir que o autor do escrito ou publicação possa expor-se às consequências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo. Quem manifesta o seu pensamento através da imprensa escrita ou falada, deve começar pela sua identificação. Se não o faz, a responsável por ele é a direção da empresa que o publicou ou transmitiu".*
>
> *(STF – MS 24.369/DF, Rel. Celso de Mello).*

Entretanto, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), admitem uma exceção que é denominada de denúncia anônima. Segundo as cortes, ela pode ser aceita, com reservas. Visto que, se de um lado a denúncia anônima auxilia na descoberta e investigação de muitas infrações penais, de outro lado poder-se-á ocultar a prática de crimes durante a persecução penal. O agente responsável pela investigação, depois de obter uma informação (ainda que verdadeira) através de determinada prova considerada ilícita, conseguiria uma possível legitimação, escondendo sua verdadeira origem, por intermédio de uma denúncia anônima. (NUNES JR, Flavio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. Saraiva Educação SA, 2017).

Destarte explicita Miguel Reale Jr acerca dos limites da liberdade de expressão e de pensamento que: "Segundo a compreensão da existência de limites imanentes, no conjunto dos valores constitucionais, procura-se estabelecer uma hierarquia material, com a concepção, por exemplo, de sobreprincípios, na expressão de Humberto Avila, como o da dignidade humana, que é de tal importância '[...] na ordem constitucional que repercute até mesmo na atividade hermenêutica: a interpretação de qualquer norma deverá colocar o homem no centro de importância e de valoração.' Na antinomia interna ou em abstrato tem-se a solução

independentemente de se aplicar a um determinado caso concreto, o que indica que não se chega, efetivamente, a ter uma colisão, apenas admissível se considerar encontrarem-se os valores ou princípios em situação de igualdade e o grau de cumprimento de um princípio dependerá, então, das circunstâncias do caso concreto e dos princípios em confronto, a ser resolvido pelo processo de ponderação [...] Haveria "*valores elementares*" sem os quais a comunidade não pode subsistir, e que não poderiam ser perturbados diante do exercício de um outro direito fundamental, ante o qual a proteção constitucional não quer ir tão longe a ponto de permitir que valores básicos comunitários viessem a ser atingidos pelo exercício de um desses direitos fundamentais. Haveria, então, maior intensidade valorativa de um núcleo fundamental que seria intocável. Como se ressalta, o '*coração do direito*', que não pode ser afetado, consiste na dignidade da pessoa humana, do homem concreto, que constitui, segundo Vieira de Andrade, "[...] a base dos direitos fundamentais e o princípio de sua unidade material", que, por vezes, tem sua projeção tão intensa que não pode se admitir violação em nenhum caso, pois em qualquer caso o conteúdo essencial da dignidade humana será atingido. Nessa hipótese não haverá conflito de valores a serem ponderados diante do caso concreto, mas limites imanentes. Já a solução de conflitos pressupõe uma igualdade entre direitos ou valores em jogo, que não pode ser resolvida por meio de uma preferência abstrata, pois a hierarquia somente poderá ser estabelecida por via da consideração dos casos concretos, procurando-se harmonizar direitos divergentes em vista das circunstâncias específicas da questão real posta a exame. Pondera-se que se pode incorrer em uma 'tirania do valor' ao se pretender estabelecer em abstrato uma hierarquia, independente do caso concreto, pois se deve partir de uma igualdade abstrata de valores e apenas diante das circunstâncias específicas do fato em exame escolher qual valor deve ter, na hipótese, maior peso diante dos perigos advindos aos valores em jogo, dada a situação concreta. Se é certo que no sopesamento dos valores se buscam no caso concreto, as razões suficientes para a escolha, sempre angustiosa e fatalmente condicionada por posições de ordem ideológica, por outro lado, pode-se colher, na própria constituição, uma indicação de quais são os valores mais ou menos essenciais, ou seja, que possuam maior intensidade. Não há dúvida, contudo, de que qualquer tentativa de hierarquização material de valores, a partir da própria constituição, não deixa de estar condicionada por uma perspectiva de cunho ideológico." (REALE JR, Miguel, limites à liberdade de expressão, 2011).

2.1. O DISCURSO DE ÓDIO E O CASO SIEGFRIED ELLWANGER

Nunes Jr. em sua obra de Direito Constitucional, tece comentários relevantes sobre discurso de ódio e o caso Ellwanger (HC82.424), que: "[...] Vários artigos da Constituição Federal protegem a liberdade de expressão, a começar pelo artigo 5º, IV, ora em comento. Além dele, temos o artigo 5º, IX (que trata da liberdade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

intelectual e artística), o artigo 220, "caput" ("a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição"). Não obstante, como mencionamos em item anterior, o direito à liberdade de manifestação do pensamento não é absoluto (assim como todos os demais direitos). A Constituição Federal estabelece uma série de valores que igualmente devem ser tutelados: a fraternidade (prevista no Preambulo), a solidariedade (do art. 3º,1,CF) a busca pelo fim do preconceito de qualquer espécie (art. 3°, IV), dentre outros. Outrossim, o próprio art. 5°, da Constituição Federal estabelece outras determinações que, nas palavras de Canotilho, seriam limites imanentes à liberdade de expresso: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI), "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (inciso XLII) etc. O caso mais emblemático julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi HC82.424 ('Caso Ellwanger). Trata-se de ação penal por crime de racismo tendo como réu Siegfried Ellwanger, que escreveu, editou e publicou diversos livros de conteúdo antissemita, negando a ocorrência do Holocausto e atribuindo inúmeras características negativas ao caráter dos judeus. O STF, além de examinar o conceito de "raça", para fins da Lei 7.716/89, entendeu que o direito a liberdade de manifestação do pensamento não é um direito absoluto e, por isso, um livro antissemita pode configurar o crime de racismo (art. 20, Lei 7.716/89). Segundo o STF: "A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar dar credibilidades à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. Explicita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseado na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5°. parágrafo 2°, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito a incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os crimes contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica". No nosso entender, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger" serve de parâmetro para todas as questões envolvendo no Brasil o hate

speech (discurso de ódio). Nenhum direito é absoluto. Sempre que um ordenamento jurídico ou sistema judiciário afirma que um direito é absoluto, os detentores desse direito costumam dele abusar, violando outros direitos constitucionais tutelados. Ora, quando a Suprema Corte americana decidiu que o *free speech* era absoluto (e, por lá, para muitos, ainda é), um discurso da Ku Klux Klan foi transmitido pela TV e uma passeata antissemita foi realizada em Chicago. No Brasil, ao afirmarem que a presunção de inocência era absoluta, um ex-senador condenado opôs 37 (trinta e sete) embargos de declaração, com o único intuito de procrastinar o trânsito em julgado. Malgrado não seja um direito absoluto, a liberdade de manifestação do pensamento é muito importante, umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, a relativização deve ser feira apenas em casos extremos, excepcionais. Não pode ser coibido o discurso apenas porque o conteúdo desagrada os detentores do poder, num determinado momento histórico. Todavia, o discurso não pode, impunemente, disseminar o ódio, o racismo, o preconceito." (NUNES JR, Flavio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. Saraiva Educação SA, 2017. Pág. 843).

Faz-se impreterível colacionar a ementa da decisão do caso Ellwanger em que o STF julgou:

> *HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da

Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (HC 82424/RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator Min. MOREIRA ALVES, Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, j. 17/09/2003).*

2.2. O CASO DOS IRMÃOS RODRIGO E RICARDO PIOLOGO

Trata-se de Ação Civil Pública sob o N.º 1059191-91.2016.8.26.0100, julgada na 44ª Vara Cível de São Paulo, pelo Magistrado titular, Guilherme Madeira Dezem, proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face de Rodrigo e Ricardo Piologo sobre a possível pratica de discurso de ódio em razão de um vídeo propagado nas redes sociais onde exibe cenas pejorativas da população LGBT e de mulheres.

Em análise dos autos, o Magistrado entendeu antes de adentrar no mérito, que:

> "[...] é de se ter em mente que, no caso dos autos, discutem-se os limites da liberdade artística, espécie de maior proteção do gênero liberdade de expressão.
>
> Dentro da liberdade artística, debate-se o humor, uma forma específica de comunicação a qual, por definição, manifesta-se de forma equívoca e polissêmica. Dessa forma, pelas próprias peculiaridades apresentadas pela manifestação de pensamento que se propõe humorística, reputa-se imprescindível que se assista aos vídeos produzidos pelos réus para formação de qualquer juízo a respeito.
>
> Não se desconhece, é claro, os conceitos de discriminação direta e indireta que foram entre nós brilhantemente apresentados por Adilson José Moreira em O que é discriminação? Belo horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.
>
> A questão toda é que o conteúdo objeto deste litígio se encontra em linha limítrofe: não há o claro cometimento de

> crime por parte dos réus, nem mesmo na questionável figura jurídica da "apologia ao crime".
>
> Neste quadro, não pode o Estado-juiz impedir a sua livre circulação. É de se notar que, por mais desprezíveis que as mensagens veiculadas pelos réus possam parecer (e a meu juízo são desprezíveis), não se tem a caracterização de ilícito penal a justificar a intervenção estatal.
>
> Com efeito, nas publicações, não há ofensa a pessoa(s) determinada(s), o que afasta a ocorrência de delitos contra a honra. De igual modo, o crime de racismo, tal como tipificado na Lei 7.716/89, não leva em consideração discriminações por questões de gênero e de orientação sexual.
>
> Vi o conteúdo por mais de uma vez: representam, quando muito, uma versão piorada e sem talento daquele famoso desenho 'South Park'. No entanto, este juízo estético é unicamente meu e pode ser que haja quem goste dos desenhos dos réus ou veja neles talento."

Ademais, afirmou que não é cabe ao Estado limitar a liberdade de expressão se não houver ilícito civil ou penal praticado pelos acusados. Tendo feito a devida ponderação, entedende-se por prevalecer à liberdade de expressão aos réus.

Todavia, ressaltou que os valores representados pelos vídeos e imagem produzidos e divulgados pelos réus contam com veemente repúdio por parte do Magistrado. A estigmatização e a marginalização de grupos sociais historicamente desfavorecidos (no caso: mulheres e população LGBT) são totalmente contrárias às crenças do supracitado julgador.

A posteriori, o direito não é pautado por juízos estéticos baseados em opiniões, sentimentos e emoções. Em síntese, julgou que os réus têm o direito de se manisfestar artisticamente em que se pese o desconforto e a repugnância gerados pelo conteúdo em comento.

Nesse diapasão, o Decano da Corte do Supremo Tribnual Federal, Ministro Celso de Mello, afirmou que o "exercício de jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação, sob pena de o poder geral de cautela atribuído ao Judiciário qualificar-se, perigosamente, como um novo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

nome de uma inaceitável censura estatal em nosso País". (Rcl 18.566 MC, DJe de 17/9/2014).

Outrossim, declarou o Magistrado que trata-se a liberdade de pensamento e de expressão: liberdade para as ideias que eu não concordo, sob pena do outro também querer limitar as minhas ideias com as quais ele não concorda.

Neste contexto, o Ministro do STF, Alexandre de Moraes menciona que: "A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente "o cidadão pode se manifestar como bem entender", e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia. A liberdade de expressão, em seu aspecto positivo, permite posterior responsabilidade civil e criminal pelo conteúdo difundido, além da previsão do direito de resposta. No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público. [...] O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias (Kingsley Pictures Corp. v. Regents, 360 U.S 684, 688-89, 1959). Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional." (STF. Reclamação nº 38.201/ SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 18/12/2019. Reclamante: U.C.C. Reclamado: Juíza de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 9ª RAJ da Comarca de São José dos Campos).

Neste sentido, insta mencionar que a Jurisprudência pondera que:

> *"Agravo de Instrumento nº 1553837-5, Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba-PR Vara: 24ª Vara Cível Agravante: Conselho de Ministros Evangélicos do Estado do Paraná Agravados: Mariana Zanette e Outros Relator: Juiz Hamilton Rafael Marins Schwartz AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DE CRENÇA E RELIGIÃO. PEDIDO PARA OBSTAR A APRESENTAÇÃO DA PEÇA TEATRAL DENOMINADA "PORNÔ GOSPEL". SUPOSTA VINCULAÇÃO DA IGREJA EVANGÉLICA A COMPORTAMENTOS REPROVADOS PELA INSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DA LIMINAR PELO JUÍZO A QUO. IRRESIGNAÇÃO DO AGRAVANTE. CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SOPESAMENTO*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA (ARTIGO 5º, IX, 220, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E LIBERDADE DE CULTO RELIGIOSO (ARTIGO 5º, VI, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM ANÁLISE SUMÁRIA DOS AUTOS. MITIGAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE SOMENTE É POSSÍVEL EM CASO EXCEPCIONAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO DA MEDIDA NO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA COMPROVAR O DIREITO ALEGADO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO".*
>
> *(TJPR - 4ª C.Cível - AI - 1553837-5 - Curitiba - Rel.: Hamilton Rafael Marins Schwartz - Unânime - - J. 10.02.2017).*

Portanto, foi julgado improcedente o pedido de condenação ora pleiteados pela DPE/SP, uma vez que o Juízo não ficou convencido sobre a prática de atos ilícitos ou delitivos, afastando-se a tese que a Defensoria Pública trouxera na exordial, assim como do parecer do Ministério Público. Isso porque, estariam abarcados os réus pelo manto da liberdade de expressão ao se expressarem por intermédio do vídeo e imagens, mormente pela liberdade artística prevista no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal, *in verbis: "*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação".

Feitas tais ponderações, observa-se que a sentença de primeira instância atendeu aos requisitos de proporcionalidade e razoabilidade conforme do paradigma decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao caso Ellwanger e decisões correlatas que estabeleceram vetores para as demais decisões acerca da liberdade de expressão e discurso de ódio.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o exposto, a liberdade de expressão e de pensamento, bem como os demais seguimentos de liberdades, artística, religiosa etc., não abarcam ou protegem manifestações no sentido de violar da dignidade da pessoa humana, assim como a honra, a imagem ou que possam inflamar ou incitar os discursos de ódio.

Dessa maneira, faz-se necessário seguir os determinados limites externos e internos consagrados pelo ordenamento jurídico acerca da liberdade de expressão, adotando como viés de julgamento para os casos de limites internos a decisão do

caso Ellwanger como o Supremo Tribunal Federal e a Jurisprudência as ponderou para definir o que é de fato, abrangido pela liberdade de expressão e o que é classificado como discurso de ódio.

É cediço que devem os mais diversos aspectos do caso em que envolvam hipóteses de discurso de ódio passar pelo crivo da proporcionalidade e razoabilidade quando não houver lei que regularmente conforme foi supracitado. Observou-se que determinadas classes detém foros em relação à liberdade de expressão sendo amplo e restrito como a titulo de exemplo um político, um artista ou de um líder de confissão religiosa, onde via de regra, sua liberdade de expressão é ampla e irrestrita; diversamente, um civil não poderia usar de tais atributos para se valer sob a alegação de estar na cobertura da liberdade de expressão para que determinados atos que configurem discurso de ódio ou firam a honra ou a imagem de seus pares. Ressalta-se sua condição mais restritiva quanto à liberdade de expressão e de pensamento como cidadão.

Levando-se tais considerações, a proscrição e a valoração de determinadas alegações sob o argumento de que seja tipificados ou inseridos como discurso de ódio não deve ser vulgarizado, pois, tão somente as manifestações explícitas e que estejam descritas de maneira ilícitas não estarão sob a proteção da garantia da liberdade de expressão.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUNES JR, Flavio Martins Alves. ***Curso de direito constitucional***. Saraiva Educação SA, 2017.

REALE JR, Miguel, **limites à liberdade de expressão**, Espaço Jurídico Journal of Law, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>. Acesso em 25 de abril de 2020 às 17h00.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360.

ROTHENBURG, Walter Claudius e STROPPA, Tatiana, ***Liberdade de expressão e discurso do ódio: conflito discursivo nas redes sociais***, Revista Eletrônica do Curso de Direito, 3º Congresso internacional de direito e contemporaneidade, Edição 2015. Disponível em: < https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463>. Acesso em: 02 de Fevereiro de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Biografia não autorizada versus liberdade de expressão**. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Publicação de livros: **antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Habeas corpus 82.424-2.** Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DOU 19/03/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 10 de maio de 2020 às 23h00

HIJAZ, Tailine Fátima. **O discurso do ódio racial como limitação à liberdade de expressão no Brasil: o caso das bandas *White Power*.** Revista Brasileira de Direito, n. 10, 2014, p. 15-32. Disponível em: < http://file:///C:/Users/User/Downloads/599-2686-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 março de 2020 às 15h30.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão*:* dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 38.201/ SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes**. Julgado em 18/12/2019. Reclamante: U.C.C. Reclamado: Juíza de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 9ª RAJ da Comarca de São José dos Campos. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL38201.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2020 às 21h00.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <**http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433089&ori=1**>. Acesso em 10/05/2020 às 22h00.

STROPPA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSBRASIL. TJ-PR - **AI: 15538375 PR 1553837-5 (Acórdão), Relator: Hamilton Rafael Marins Schwartz,** Data de Julgamento: 10/02/2017, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1986 10/03/2017. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/437340755/agravo-de-instrumento-ai-15538375-pr-1553837-5-acordao>. Acesso em 10 de maio de 2020.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"**. Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2020 às 17h00.

CONJUR. Disponível em: **<https://www.conjur.com.br/2017-jan-08/constituicao-liberdade-expressao-limites-dignidade-pessoa-humana>** - Acesso em 10/05/2020 às 17h00.

CONJUR. Disponível em: <**https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/publico-privado-discurso-odio-liberdade-expressao**>. Acesso em 02 de junho de 2020 às 17h00.

CONJUR. Disponível em: <**https://www.conjur.com.br/2019-dez-20/juiza-rio-nega-censura-especial-natal-porta-fundos**>. Acesso em 03 de abril de 2020 às 17h00.

CONJUR. Trabalho artístico não pode ser proibido só por ser repugnante. Disponível em: < **https://www.conjur.com.br/2017-set-19/trabalho-artistico-nao-proibido-repugnante-juiz**>. Acesso em 02 de junho de 2020 às 22h00.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO BRASIL E SUA INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO

LUCIANO MACHADO BULCAO:
Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus;

INGO DIETER PIETZSCH[1]

(orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo conhecer a inclusão e dificuldades dos deficientes físicos no Brasil, especificamente dentro do mercado de trabalho. Verifica-se a necessidade de relatar a história e conquistas dos portadores de deficiência física, bem como as leis que os amparam, tentando assim trabalhar sua inclusão na sociedade, buscando a igualdade social e cidadania. Para tanto, elencou-se neste trabalho o conceito de deficiente físicos, sua história no Brasil, as conquistas dentro da legislação, as infrações e penalidades dentro da empresa e incentivos por parte do governo e família. Portanto, a importância desta pesquisa é justificada pelo fato de que precisamos ter conhecimento e saber as dificuldades que as pessoas portadoras de deficiência física passam na tentativa de ingressar no mercado de trabalho, além de buscar ter empatia, trabalhar na inclusão dessas pessoas na sociedade e conscientizar as empresas a darem uma oportunidade, assim ajudando a terem uma vida mais digna e independente.

Palavra-chave: Inclusão; Mercado de Trabalho; Oportunidades.

ABSTRACT: The present work has as objective to get to know the inclusion and the difficulties of those who are physically handicapped in Brazil, specifically inside the job market. It is observed the necessity to report the history achievements of the physically handicapped, as well as the laws that protect them, that way, trying to work on their inclusion in society, searching for social equality and citizenship. Therefore, it is enumerated in this work the concept of the disabled, their history in Brazil, their achievements within the legislation, infractions and penalties within the company, and government and family incentives. Therefore, the importance of this research is justified by the fact that we need to have knowledge and know the difficulties that people with physical disabilities go through, trying to enter the labor market, as well as seeking for empathy, working to include these people in society and raise awareness to companies to give an opportunity to them, that way, helping them to lead a dignified and independent life.

Key-words: inclusion, job market, opportunity.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E A CIÊNCIA. 3. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO E AS CONQUISTAS DOS PcD. 3.1 Constituição Federal de 1988. 3.2. Direito ao trabalho; 3.3. Lei de cotas nº 8.213/91; 4. DISPENSA DO EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. 4.1. Previdência social; 4.2. Adaptações nas empresas; 5. A IMPORTÂNCIA DO INCENTIVO AO DEFICIENTE FÍSICO; 5.1. Governo; 5.2. Família. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho vem abordando o tema "O deficiente físico no Brasil e sua inclusão no mercado de trabalho", relatando suas histórias, conquistas, dificuldades e discriminação na busca de emprego. Portanto, é de extrema importância tratar deste assunto, visto que há pouca informação a respeito.

Destacamos que as histórias das pessoas com deficiência física são na verdade uma verdadeira luta pelo direito de igualdade na sociedade, visto que eram muito das vezes discriminados pela sua deficiência, porém, no decorrer do tempo conseguiram adquirir direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta declaração foi essencial para a existência de diversos princípios fundamental, tais como: princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

É importante ressaltar as dificuldades do deficiente na busca de emprego. Muitas empresas alegam não contratar estas pessoas por causa do custo que teriam com a adaptação e alegam também a falta de capacitação. Entretanto vale lembrar que as empresas desde o início devem saber suas obrigações, conforme a lei, adaptando o ambiente de trabalho e que chegando em um número mínimo de 100 funcionários terão que contratar pessoas com deficiência e de acordo com os dados do fornecido pelo IBGE existe 3 milhões de deficiente físicos que possuem ensino superior e alguns possuem mestrado e doutorado.

O trabalho é uma peça fundamental na vida de todos os indivíduos e não seria diferente com os portadores de deficiência física. É uma forma de promover sua potencialidade e habilidade de reintegração na sociedade. O trabalho para as pessoas portadoras de deficiência físicos vem contribuindo para a autoestima, confiança e dignidade perante a sociedade, trazendo a satisfação em se sentir mais útil e independente.

2. CONCEITO DE DEFICIÊNCIA FÍSICA

De acordo com a lei brasileira de inclusão dos deficientes físicos, nº 13.146/2015, estabelece em seu art. 2 o conceito da legislação brasileira:

> Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853/89, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, separadas em três tipo: Deficiência com total perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; Deficiência permanente, aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e incapacidade, uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

> I-Deficiência física- alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzem dificuldades para o desempenho de funções;
>
> II-Deficiência auditiva- perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis, indo de surdez leve até surdez severa e anacusia;
>
> III-deficiência visual- acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20% (tabela de Snellen), ou ocorrência de ambas as situações;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> IV- Deficiência mental- funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas.

Portando, a deficiência é física e mental. De acordo com as informações trazidas a cima existe vários tipos de deficiência, algumas mais severas do que outras, porém, cada uma trazendo sua limitação. Em 1976 foi publicado um documento pela Organização Mundial de Saúde (OMS) com alguns conceitos, entre eles:

Deficiência: Perda ou anormalidade de estruturas ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas ocorrências uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer estrutura de um corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão. (AMIRALIAN, 2000, p. 98)

Essas limitações são alguns exemplos que dificultam ou impendem o acesso e os direitos de igualdade no meio social, criando assim a inacessibilidade, que resulta em uma desvantagem social e econômica para as pessoas que estão de fora do padrão "comum".

3. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO E AS CONQUISTAS DOS PcD

Destacamos que as histórias das pessoas com deficiências físicas são na verdade uma luta pela sobrevivência até conquistar seus direitos na sociedade. Visto que eram muitas das vezes discriminadas, mas no decorrer do tempo conseguiram adquirir alguns direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta declaração foi essencial para a existência de diversos princípios fundamentais, tais como: princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

De acordo com Cavalcante, estabelece que:

> Em face o princípio da igualdade, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas um instrumento que regula a vida em sociedade, tratando de forma equitativa todos os cidadãos. Da aplicação do princípio da igualdade surge para o legislador a obrigação de criar condições que assegurem uma igual dignidade social em todos os aspectos. (CAVALCANTE, 2011, p. 20)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No Brasil, com a alteração da Constituição Federal em 1988, surgiu a primeira norma com algumas garantias básicas aos direitos das pessoas com deficiência física. Em meados de 2008 foi ratificada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e tal Convenção gerou no ordenamento jurídico uma emenda constitucional. E em julho de 2015 a presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, na qual trouxe notável avanço para a proteção da dignidade das pessoas com deficiência. Vejamos a seguir algumas leis que amparam os deficientes físicos.

3.1 Constituição Federal de 1988

A CF/88, a mais importante dos princípios básicos para a sociedade no todo, prevê, entre diversas garantias, o direito a dignidade a vida de todos os cidadãos brasileiros, igualando todos perante a lei e trazendo consigo uma serie de direitos das pessoas com deficiência física.

Segue alguns dispositivos da Constituição que amparam os portadores de deficiência física:

> Art.3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A
>
> rt. 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.
>
> Art. 7º. - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> [...]
>
> XXXI- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

É competência às entidades federativas zelar pela saúde e assistência pública, assim como a proteção e as garantias dos deficientes:

> Art. 23º - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e os Municípios:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> (...)
>
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência no Brasil;
>
> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> (...)
>
> XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

3.2 Direito ao trabalho

O trabalho é muito importante na formação do indivíduo, sendo capaz de garantir seu próprio sustento e respeito como cidadão na sociedade e não seria diferentes com as pessoas portadoras de deficiência física, que na sua maioria sofreram dificuldades desde o nascimento, como por exemplos os problemas de saúde, educação e mobilidade urbana.

Segundo Aranha (2003, p. 19) "o trabalho é um direito de todo cidadão, um direito essencial para o fortalecimento de qualquer sociedade". (Aranha, 2003, p.19)

Após tantos obstáculos, conseguiram conquistar vários direitos e benefícios que os amparam, trabalhando sua inclusão na sociedade e principalmente no mercado de trabalho, porém, os efeitos da globalização, da capitalização e do neoliberalismo prejudicou mais ainda quando se trata na contratação dos deficientes físicos.

Além do mercado de trabalho não fornecerem todas as vagas obrigatórias, eles vêm estipulando o tipo de deficiência e dando preferência para as deficiências físicas, assim não dando oportunidades as pessoas que sofrem com deficiência auditiva e visual.

Mesmo amparados pelo legislativo, as pessoas portadoras de deficiência ainda encontram muita resistência das empresas em contrata-los, por esse motivo muitos acabam sendo obrigados, para sua sobrevivência, a entrar para o mercado informal, aceitando condições de trabalho desumanas ou desistem de procurar um emprego.

Para os não-deficientes, de acordo com Pastore (2016, p. 23) "a educação tem de disseminar entre eles a ideia de que a realização humana não se faz apenas

com base na estatura, beleza ou forma física, mas, sobretudo, com fundamento na inteligência, respeito, denodo e competência".

O direito ao trabalho da pessoa com deficiência física vai muito além de ganhar dinheiro, é importante para buscar uma qualidade de vida, dignidade e mais independência, assim trabalhando também a sua saúde mental e se sentindo mais útil.

3.3 Leis de cotas Nº 8.213/91

A lei de cotas para deficientes físicos está em vigência há 26 anos, estipulando a porcentagem de contratação no artigo 93 da seguinte forma:

> Art. 93 - a empresa com 100 ou mais funcionários está obrigada a preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência, na seguinte proporção:
>
> a) Até 200 funcionários - 2%;
>
> b) de 201 a 500 funcionários - 3%;
>
> c) de 501 a 1000 funcionários - 4%;
>
> d) de 1001 em diante funcionários - 5%.

É obrigatória a contratação de funcionários portadores de deficiência física quando a empresa atingir o número de 100 funcionários. De acordo com as informações do Ministério de Trabalho e Emprego (MTE), apenas 49% da cota foi cumprida até o final do ano de 2016, dados que trazem dúvidas sobre as dificuldades para que seja feito as contratações, tendo em vista que está sobrando vagas disponíveis.

Quando as empresas são questionadas, a primeira alegação a ser feito é a falta de qualificação por porte dos deficientes, trazendo assim questionamento duvidoso, tendo em vista que de acordo com o dado do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), existe aproximadamente quase 3 milhões de pessoas portadoras de deficiência física com ensino superior e muitos que chegaram a concluir o mestrado e doutorado.

Outro ponto que chama atenção é a diferença salarial entre uma pessoa sem deficiência para uma que tem, fazendo os mesmos serviços. O deficiente físico tem a garantia de salários iguais aos dos demais funcionários que exercem a mesma função

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e não possuam nenhuma deficiência, proibido critérios de admissão distintos entre eles (CF, art 7º, XXXI). A primeira alegação feita é que a pessoa portadora de deficiência física não vai ter o mesmo desempenho de uma pessoa que não tem e de acordo com a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), também, do IBGE, relata que pessoas com pelo menos uma deficiência física recebe 11,4% a menos de uma pessoa sem deficiência e que assume a mesma função.

Uma grande parte das companhias acredita que a contratação de deficiente físicos requer gastos exorbitantes em acessibilidade física e tecnologia assistida, fato esse que deve ser rebatido com exemplo de empresas que seguiram com os critérios da lei, pensando desde o início em ambientes adaptados para receber esses tipos de pessoas, tanto cliente quanto um possível funcionário.

O mercado de trabalho deve buscar se adequar a todos eles, ficando sempre atento a não estipular o tipo de deficiência física para contratação, tendo como finalidade garantir o acesso a todas as categorias de deficiência, sem distinção. Lembrando também de fazer palestras incentivadoras com o seu quadro de funcionários, treinando-os para receber uma pessoa diferente.

4. DISPENSA DO EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA

A dispensa do empregado deficiente ou reabilitado somente pode ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante (Lei 8.213/91, art. 93º, § 1º). Essa lei foi proposta para que o deficiente tenha sua garantia de emprego e não seja demitido por causa de suas limitações, porém, não vem sendo seguida. Os administradores veem isso como uma forma de evitarem a contratação.

A Lei nº 7.853/89, em seu art. 8º, preleciona que: "Negar emprego ao deficiente por motivos derivados da deficiência que porta, constitui crime punível com reclusão de um a quatro anos e multa".

4.1 Previdência social

A pessoa portadora de deficiência física tem assegurada o seu Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o direito a aposentadoria, no seu artigo 41 da lei brasileira de inclusão que nos remete a lei complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, que trata especificamente da área de previdência social dos deficientes físicos.

Em relação a aposentadoria dos deficientes físicos, em sua lei complementar, vem trazendo a redução de anos de contribuição e da idade para aposentadoria das pessoas com deficiência física em relação aos demais brasileiros trabalhadores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A redução é variada de acordo com o grau de deficiência, podendo ser leve, moderada ou grave, situação que deverá ser averiguada pela perícia do INSS, conforme informa o artigo 3º da lei complementar 142/2013:

> Art. 3° É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:
>
> I - Aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;
>
> II - Aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;
>
> III - Aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve;
>
> IV - Aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Os direitos previdenciários da pessoa com deficiência, desta forma, recebem apenas modificações no tempo em comparação aos demais trabalhadores e são incorporados nos demais parâmetros do Regime Geral de Previdência Social.

4.2 Adaptações nas empresas

Ao se falar sobre a inclusão das pessoas portadoras de deficiência física, o que se observa é uma serie se aspectos negativos. O empregador, na maioria das vezes, contrata tão somente para cumprir a lei de cotas e muitas vezes deixa de fazê-lo afim de evitar custos como as adaptações e também por considerar que os deficientes são incapazes de cumprir suas atividades.

Contratando um funcionário com deficiência física, a empresa precisará fazer algumas adaptações físicas para receber estas pessoas, tais como: rampas de acesso, portas largas, banheiros com adaptações para cadeirantes, corredores sem obstáculos, sistemas de Software com sintetizadores de vozes, elevadores com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

signos em Braille, sinais luminosos e uma outra adaptação, considerada muito essencial está relacionada a questões comportamentais.

A ausência de uma estrutura adequada para as necessidades desse público é atualmente umas das principais dificuldades para o cumprimento da lei de cotas. Sabemos que o investimento financeiro é considerável, fazendo com que as empresas, adiem as reformas e adequações, deixando de contratar profissionais com algum tipo de deficiência.

Além das adaptações físicas a serem feitas, os administradores precisam principalmente treinar e fazer campanhas dentro da empresa para todos ali estarem apto a receber uma pessoa diferente.

Os funcionários da empresa precisam ter conhecimento dos novos integrantes, ter empatia, respeitar, não discriminar, não tratar com ignorância ou usar apelidos pejorativos. Esses são pontos muito importante para um ambiente de trabalho saudável.

As pessoas portadoras de deficiência física já enfrentam dificuldade todos os dias e precisam se sentir confortáveis, tanto para se locomover dentro da empresa quanto no ambiente em que vai trabalhar. Isso é fundamental para qualquer ser humano, com deficiência ou não.

5. A IMPORTÂNCIA DO INCENTIVO AO DEFICIENTE FÍSICO

5.1 Governo

Portanto, o Governo, é o responsável pela capacitação ou readaptação das pessoas portadoras de deficiência física, de acordo com o Decreto nº. 3.298/99 no seu art. 15º, que diz:

> Art. 15. Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal, prestarão direta ou indiretamente à pessoa portadora de deficiência formação profissional e qualificação para o trabalho.

Na Constituição Federal de 1988, referente ao estado, no seu tocante artigo 208, diz o seguinte:

> Art. 208. O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> IV - Acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

O Governo traz alguns cursos profissionalizante para preencher o requisito "incentivo", como por exemplo: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) e Serviço Nacional de Cooperativismo (SESCOOP). Todos são cursos técnicos de nível médio para capacitar os cidadãos e isso inclui os deficientes físicos.

O Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência Física – Viver sem Limites, foi lançado no dia 17 de novembro de 2011 (decreto nº 7.612) pela presidente Dilma Rousseff, com o objetivo de implementar novas iniciativas e intensificar ações que atualmente, já são desenvolvidas pelo governo em benefício das pessoas com deficiência.

O plano tem ações desenvolvidas por 15 ministérios e a participação do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE), que trouxe as contribuições da sociedade civil.

A lei 11.180/05, em seu artigo 18, alterou aos artigos 428 e 433 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), garantindo a criação de contratos de aprendizagem sem limite de idade para as pessoas portadoras de deficiência física, assim incentivando e dando mais oportunidade de ingressar no mercado de trabalho, obtendo êxito e sucesso dentro da empresa e em suas atividades.

5.2 Família

O que irá realmente nortear e desencadear as mudanças na sociedade é em um primeiro momento a real aceitação das pessoas com necessidades especiais, essa aceitação deve começar pela própria família.

Quando nasce uma criança diferente ou acontece algum acidente lamentável, os pais e a família inteira ficam desesperados, sem saberem o que fazer com a situação, é como se não houvesse chão, todos seus planos não existissem mais e alguns acabam se culpando, outros acabam tendo depressão e em alguns casos extremos acabam rejeitando a criança.

A família deve erguer a cabeça, aceitar e procurar toda ajuda possível, para oferecer o que estiver ao seu alcance para facilitar a vida dessa pessoa especial. Conforme está preconizado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O apoio da família, de médicos, especialistas, professores, município, é importante para que a pessoa com deficiência possa ter um melhor desenvolvimento e recuperação. Quanto mais cedo iniciar esse processo de consciência e apoio de todas as entidades a essa pessoa, maior e melhor será com certeza seu desenvolvimento.

Outro ponto importante, a família deve tentar tratar o deficiente físico de maneira mais natural, dentro do possível, permitindo-o que cresça, que amadureça, crie responsabilidade, tenha noção dos direitos e deveres, do que é certo e errado. São requisitos extremamente importantes para a formação cidadã do indivíduo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho trouxe a definição de deficientes físicos, conforme a lei: pode ser auditiva, visual, física e mental, definitivas ou não. Relatou um pouco sobre sua história no Brasil e informando suas conquistas dentro da legislação brasileira.

Ao falar sobre inclusão ficou claro que antes disso houve deliberadamente a exclusão dessas pessoas dentro do mercado de trabalho e que para isso foi criada a lei de cotas para que fosse aplicada sua inclusão dentro do mercado de trabalho, entretanto muitos deficientes físicos não conhecem seus direitos e muitas empresas não tem conhecimento da lei.

Pesquisando sobre o assunto, conclui-se que a maioria das empresas, conforme vão crescendo, não pensam na inclusão dos deficientes físicos, visto que isso consta na lei nº 8.213/91. Quando as empresas são obrigadas a contratarem, alegam falta de adaptações, os gastos que teriam com elas, desempenho abaixo da média e entre outras dificuldades.

Apesar dos deficientes terem leis que os amparam, eles ainda vivem uma vida de obstáculos a serem superados a cada etapa de sua vida e isso inclui sua busca por emprego. Observa-se muita resistência das empresas e discriminação, além do fato de estipularem o tipo de deficiência física na hora de contratar.

Os deficientes físicos sofrem discriminação desde o ensino básico, muita das vezes por falta de informação e de convivência. É necessário levar conhecimento, usando palestras educacionais nas escolas, onde passamos boa parte de nossas vidas e nas empresas para trabalhar melhor a inclusão dessas pessoas na sociedade.

Este assunto é de extrema complexidade e muitas opiniões, assim não trazendo considerações conclusivas. É um artigo informativo, trazendo conhecimentos acadêmicos, promovendo reflexões e trabalhando a empatia em pensar no próximo, trazendo assim o intuito de ajudar e conscientizar a sociedade.

REFERÊNCIAIS

ARANHA, Maria Salete. **Trabalho e Emprego**. Brasília, CORDE,2003.

ARANHA, M.S.F. **Trabalho e emprego – A deficiência através da história: Concepções e Paradigmas**. Brasília, 2003.

AMIRALIAN, M.L.T. et al. **Conceituando Deficiência**. In: Revista e Saúde Pública, São Paulo, vol. 34, 2000, pag. 97 – 1036.

CAVALCANTI, Jouberto de **Quadros Pessoa. Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2. Ed., 2011.

DANTAS, Lucas. **Políticas Públicas e Direito: A Inclusão da Pessoa com Deficiência Física**. Editora Juruá, 2016.

GOLDFARB, Cibelle Linero, **Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

MARQUEZIN, Joyce e FAYAN, Regiane. **Lei Brasileira da Pessoa com Deficiência Física - Comentada**. Campinas: Fundação FEAC.

PASTORE, José. **Oportunidades de Trabalho para Portadores de deficiência**. São Paulo: LTR, 2000.

Material da Internet:

SANTOS, Maria Vandilma. **A integração do deficiente físico no mercado de trabalho e sua dificuldade em preencher as vagas.** RN: Ed. 2013. – Disponível em http://www.administradores.com.br/artigos/marketing/a-integracao-da-pessoa-deficiente-no-mercado-de-trabalho-a-dificuldade-para-preencher-as/64213/. Acesso em: 15 de junho de 2020.

SCHEUERMANN, Terezinha Helena. **A inclusão dos deficientes físicos no trabalho**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11372. Acesso em: 16/04/2020.

VILLELA, Flávia. **IBGE: 6,2% da população tem algum tipo de deficiência.** Ed. 2015 – Disponível em http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-08/ibge-62-da-populacao-tem-algum-tipo-de-deficiencia. Acesso em: 20/04/2020.

Lei nº 13.146/2015 Brasília, 6 de julho de 2015. **Sanciona a lei**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art98. Acesso em: 15/05/2020.

DA SILVA, Cristina. **Pessoa com deficiência: inclusão social no âmbito trabalhista**?. Ed. 2012 – Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,pessoa-com-deficiencia-inclusao-social-no-ambito-trabalhista,40134.html. Acesso em: 20/05/2020.

NOTAS:

[1] Professor orientador do Trabalho de Conclusão de Curso em Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus– Advogado. E-mail: ingo.pietzsch@ulbra.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

MICHELI MIGLIORANZA: Cursando Graduação em Direito Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

RESUMO: O presente trabalho apresenta sobre a realidade no sistema prisional brasileiro, num comparativo com a legislação penal e a aplicabilidade para o convívio nos presídios, se de fato contribui para a diminuição da superlotação e possibilidade de assegurar a dignidade da pessoa humana. Foram abordados aspectos doutrinários e a Lei de Execução Penal, e ainda, a respeito da dignidade da pessoa humana, o preso.

Palavras-chave: Direito Penal. Execução Penal. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This paper presents the reality in the Brazilian prison system, in a comparison with the penal legislation and the applicability for living in prisons, if in fact it contributes to the reduction of overcrowding and the possibility of ensuring the dignity of the human person. Doctrinal aspects and the Law of Penal Execution were addressed, as well as, regarding the dignity of the human person, the prisoner.

Keywords: Criminal Law. Penal execution. Dignity of human person.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspectos do Sistema Prisional Brasileiro; 3. Da dignidade da pessoa humana; 4. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Quando trazemos para o direito a preocupação com a ressocialização, o que temos é uma visão de sistema carcerário falido e que não ressocializa, porém, será verificado que além do Estado, fundamental na ressocialização, também está a sociedade, que com oportunidades, possibilitará a continuidade do aprendizado do egresso. A ressocialização nos dias atuais é a mais esperada pela sociedade que acredita que o Estado deva efetivar a pena de forma que não haja reincidência, individualizando a mesma e possibilitando ao infrator que cumpra conforme previsão legal a sua pena, sem ser a mesma degradante e humilhante. O presente trabalho irá trazer as acepções da ressocialização e dignidade da pessoa humana, assim como brevemente abordar seu respaldo legal, assim como, o papel ressocializador do Estado e sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. ASPECTOS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.

O presente título trará noções breves acerca do sistema prisional na legislação que o regulamenta, assim como os comentários doutrinários acerca do que se vive na realidade nos presídios.

Quando falamos em sistema punitivo, logo vêm em mente as aulas iniciais de direito, onde se discorria acerca da forma em que se regulamentou sobre a punição, de quando o cidadão se submeteu as leis do Estado, para que pudesse viver em sociedade com o outro em eterna harmonia.

No ordenamento jurídico brasileiro, tem se a destacar um Código Penal, que demonstra as condutas que tipificamos como crime, assim como possui um Código de Processo Penal, onde discorre como se dará o processo de quem descumpriu a lei, até chegar ao sistema punitivo se for o caso, é nessa fase então, que o Estado aplica as normatizações da Lei de Execução Penal, a LEP, ou deveria aplicá-la em sua integralidade.

A lei em si, traz inúmeras disposições, orientando e regulando o cumprimento da pena, porém, muito se tem discutido a respeito disso nas universidades, e ainda, a preocupação com a reforma, que Michel Foucault destaca como:

> [...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula as teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada da política ou filosófica estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez, com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder punir.

Entende-se aqui, que a ressocialização, como num todo, depende também da sociedade, para que após o cumprimento da pena, não seja rotulado e consiga se reinserir no mercado de trabalho.

A realidade que resta demonstrada do sistema prisional brasileiro é da diferenciação preconceituosa dos detentos, da seletividade dos que são punidos, e nesse sentido, Rafael Damasceno de Assis aborda que,

> O sistema penal e, consequentemente o sistema prisional não obstante sejam apresentados como sendo de natureza igualitária, visando atingir indistintamente as pessoas em função de suas condutas, têm na verdade um caráter eminentemente seletivo, estando estatística e estruturalmente direcionado às camadas menos favorecida da sociedade.

A realidade que resta demonstrada do sistema prisional brasileiro é da diferenciação preconceituosa dos detentos, da seletividade dos que são punidos, e nesse sentido, as palavras acima, denota, que apenas o menos favorecido que estará sujeito as normas penais, não só pela falta de assistência de um bom advogado, mas também, por estar, desde sempre, distante do ensino escolar e demais atividades de retorno produtivo.

A Lei de Execução Penal de nº 7.210 de 11 de julho de 1984, regulamenta, já em seu primeiro artigo trata acerca dos objetivos da execução penal, quais sejam a efetivação das disposições em sentença, e também proporcionar ao preso, condições harmônicas para o cumprimento das medidas impostas.

A respeito disso, Luiz Flávio Borges D'Urso, discorre sobre os anseios da população em relação a punição com efetividade do estado.

> A nação reclama reformas profundas no sistema; portanto, caberá às autoridades observar os reclamos da população e com esta dividir a responsabilidade do ônus social do homem preso e do sucesso de sua recuperação, o que, até hoje, lamentavelmente, se tem mostrado como uma grande utopia.

Não é nenhuma novidade que muito se clama a respeito do trabalho do preso, tem-se a crença que somente com o trabalho ele conseguirá se reestabelecer em sociedade, o que ocorre é que grande parte dos empresários esquecem-se disso, o "ex presidiário" é sempre rotulado, logo, não encontra facilidade em retornar ao meio social. Nesse sentido, a população clama pela ocupação do mesmo, ainda no presídio, João Carlos Casella, aponta sobre o trabalho do presidiário e suas funções, como sendo:

> Múltiplas são as funções do trabalho do presidiário, reconhecidas como verdadeiras necessidades: favorecem o estado psicológico para que o condenado aceite sua pena; impedem a degeneração decorrente do ócio; disciplinam a conduta; contribuem para a manutenção da disciplina interna;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> prepará-lo para a reintegração na sociedade após a liberação; permitem que os presidiários vivam por si próprios.

De fato, se denota a necessidade do trabalho do preso, seja como ocupação mental, seja como forma de ordenar a convivência no presídio, e a respeito disso, a Lei de Execução Penal, em seu Capítulo III, artigo 28, traz que "o trabalho do condenado, além de trazer dignidade e ser um dever social, sua finalidade é a educativa e produtiva", dessa forma, entendemos aqui, o trabalho do condenado, como fundamental na ressocialização, em razão de seu aspecto educativo e produtivo.

Além das disposições acerca do trabalho do preso, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 10, discorre que a assistência seja ela ao preso, ou ao internado, é dever do Estado, com isso, objetivando prevenir o crime, orientando para um bom retorno na convivência em sociedade, estendendo-se também, essa assistência ao egresso.

3. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Quando colocamos a punição e ressocialização a encargo do Estado, espera-se uma legislação eficaz, seja para manter a sociedade organizada e segura, seja para punir de forma eficaz, quem comete os ilícitos da lei.

Primeiramente resta destacar, que o papel do Estado é punir o crime por meios legais, sem ferir a dignidade humana, respaldando-se no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresentando que é assegurado aos presos, o respeito a integridade física e moral, porém, na realidade dos presídios, não temos aplicabilidade deste artigo. Quando se adentra no cárcere, não se vislumbra o homem a ser ressocializado, mas sim o crime, dessa forma, a convivência se torna perigosa, podendo muitas vezes ser até impossível, ocasionando a morte daquele que deveria ter apenas a liberdade cerceada.

No sentido de respaldar a proteção do apenado, Rafael Damasceno de Assis discorre que:

> As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Já em nível nacional, nossa Carta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda, em legislação específica – a Lei de Execução Penal – os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal.

Logo, se destaca que a proteção não esta só na Constituição brasileira, tampouco somente na Lei de Execução Penal, mas sim, em um emaranhado de legislações, que ampliam a proteção ao apenado, sendo norteadoras para o tratamento com dignidade do mesmo.

Ocorre que a realidade nos presídios diverge da proteção legislativa, Rafael Damasceno de Assis, traz ainda que,

> Dentro da prisão, dentre várias outras garantias que são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e de agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional. O despreparo e a desqualificação desses agentes fazem com que eles consigam conter os motins e rebeliões carcerárias somente por meio da violência, cometendo vários abusos e impondo os presos uma espécie de disciplina carcerária que não está prevista em lei, sendo que na maioria das vezes esses agentes acabam não sendo responsabilizados por seus atos e permanecem impunes.

A situação se demonstra preocupante há tempos, mas efetivamente, nada se nota acerca da mudança, o que só piora com a superlotação dos presídios, com presos que deveriam há muito ter sido liberados, ou de presos provisórios que não dispõe de recursos para arcar com advogados que possibilitem a resposta ao processo em liberdade.

Para Jair Aparecido Ribeiro,

> A crise vivenciada, pelos mais diversos países, na atualidade, quanto ao aparelho carcerário, não permite cumprir com os objetivos esculpidos pela Legislação, contudo precisam de restabelecimento e efetivação imediata, quão unicamente acontecerá se tiver vontade política e coragem para que seja dado o pontapé inicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa feita, muito se fala em falência do sistema carcerário, porém não se vislumbra atitudes de chefes de Estado em relação a isso, tampouco a disponibilidade para formar políticas de efetivação da legislação, o que se tem é um esquecimento do infrator, sem interesse na sua ressocialização. E ainda Jair Aparecido Ribeiro, destaca que,

> O Estado deslocou seu foco, para uma simples manutenção da ordem, esquecendo-se dos princípios orientadores, seus fundamentos, isto leva a mudança de visão acerca do preso, pois quando o próprio Estado esquece que o indivíduo preso é um cidadão que faz parte do mesmo, isto se reflete em toda a sociedade, a qual passa a tratar o preso, mesmo depois de ter cumprido apena, como não mais sendo este um cidadão.

O que resta notório é o fato de "enjaular" o criminoso, como se apenas isso tivesse eficácia para sua punição. Dessa forma, fica o questionamento acerca da Lei de Execução Penal, no caso do Brasil, para quê serve tal legislação? Por que ainda ficamos com a ilusão de que quando mais "enjaular" melhor será? Será que apenas pelo fato de perder o direito ao voto, perde-se também a cidadania e a dignidade do preso? Não há soluções fáceis para o sistema carcerário, mas isso não significa que devemos ignorá-lo, o Estado visivelmente lucraria mais com um egresso que teve acesso ao trabalho interno, ao ensino regular e que posterior ao cumprimento de sua pena, retorne a vida em sociedade, com anseio de mudança, com a crença de que conseguirá se reinserir no mercado de trabalho, possibilitando assim o seu sustento e o de sua família.

Como fundamento e no mesmo sentido o doutrinador Paulo Queiroz aborda que:

> O fim da pena era a prevenção eficaz da prática de novos delitos, baseado na individualização de cada infrator, sendo que a missão da pena para os ocasionais, não seria a penalização, mas sim advertência, para os que necessitem de correção, seria a ressocialização com a educação durante a execução penal, e para os incorrigíveis seria a penalização por tempo indeterminado, ou seja, até que não reste dúvida da recuperação do infrator.

Verifica-se que ao final do cumprimento da pena, a ideia é a de advertência como cita o doutrinador acima, e em outros casos a de penalização, individualizando-se os que necessitam de cada tipo, sendo justa e cumprida com dignidade pelo preso.

Ainda nesse sentido e quanto ao sistema carcerário, Virdal Senna, aponta que:

> O sistema carcerário brasileiro, na quase totalidade, é formado por unidades pertencentes à esfera estadual de governo, a imensa maioria com excesso populacional carcerário, não possibilitando aos administradores, por falta de espaço físico, a individualização da pena, muitas vezes não havendo condições para a separação entre s presos provisórios e os condenados, descumprindo uma norma da Lei de Execução Penal, que estabelece a custódia separada entre processados e sentenciados, e estes, pelos respectivos regimes.

Diante da superlotação dos presídios, é utópico se verificar a separação dos apenados, e mais ainda, a ordenação de acordo com o regime de cumprimento, acarretando na ineficácia da ressocialização.

4. CONCLUSÃO

O trabalho em questão teve por objetivo tratar sobre os aspectos da execução penal, em relação à dignidade do preso, a aplicabilidade da Lei de Execução Penal e seu papel ressocializatório. As funções do Estado e sociedade, as garantias que deveriam estar sendo visualizadas pelos agentes disciplinadores e norteadores do cumprimento da pena. Traz a maneira e os fundamentos legais de aplicação da dignidade da pessoa humana, pouco aplicada na realidade. A falta de efetivação das políticas descritas na Lei de Execução Penal, trazendo resultados positivos para a ressocialização do apenado, não acarretando em novas condutas ilícitas. Quanto a dignidade da pessoa humana, não é surpresa abordar que a realidade dentro dos presídios é humilhante, que acarreta em motins e rebelião, por solicitações de melhorias. Não deveria ser o preso, punido em caráter desumano, em condições nocivas a sua saúde e a seu bem estar, não devendo o Estado se esquecer de que está recebendo um ser humano, um cidadão que necessita de correção, para que pague pela sua conduta. Sabe-se que o assunto é de grande pesquisa e mesma não resta esgotada no presente artigo, servindo este de norte para a continuidade das pesquisas acerca do assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil.** 2007.

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Leu de Execução Penal.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

CASELLA, Joao Carlos. **O presidiário e a previdência social no Brasil.** Revista de Legislação do Trabalho e Previdência Social, 1980.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade.** São Paulo: Atlas, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** Nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete.39.ed.Petrópolis:Vozes, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal:** Parte Geral.4.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris.p.93, 2008.

RIBEIRO, Jair Aparecido. **Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário Paranaense,** 2009.

SENNA, Virdal. **Sistema Penitenciário brasileiro,** 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CERCEAMENTO DO DIREITO À LEGÍTIMA DEFESA FRENTE À LEI 10.826/2003

BRENO RAASCH DOS SANTOS:
Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná

HUDSON DA COSTA PEREIRA[1]
(ORIENTADOR)

Resumo: O presente estudo visa demonstrar a importância da legítima defesa, considerando que o direito zela pela proteção dos bens jurídicos, ante agressão que algum, ou alguns, desses bens venha a sofrer, neste caso, de forma injusta. Tendo em vista os altos níveis de percentuais estatísticos no que tange à violência no país, a pesquisa tem por intuito esclarecer o funcionamento do instituto com suas peculiaridades, demonstrando quando, como e a justificativa de quem faz uso de tal direito, bem como explanar sobre o estatuto do desarmamento no que consiste em sua missão como política pública de combate à violência. Apresentando os princípios, legislações e doutrinas, a fim de explicar os conceitos básicos que proporcionam o condão do indivíduo por fazer uso desse instrumento garantidor da segurança. Ainda, neste sentido, apresentar os limites, finalidades e embasamento jurídico, no que concerne a juricidade da legitimidade da legítima defesa. De modo a também expor sobre os entendimentos jurisprudenciais e suas diversidades. Explicando sobre a legítima defesa, e suas funcionalidades no direito penal e demonstrando suas vantagens. Trazendo, ainda, aspectos sobre a Lei 10.826/2003, bem como dados estatísticos comparativos do cenário nacional antes e depois de sua entrada em vigor. Além disso, buscando demonstrar que o direito à legítima defesa vem sendo cerceado por tal norma legal, no que consiste a impedir um cidadão de bem a possuir uma arma como meio necessário de defesa. A metodologia utilizada na pesquisa é o de análise e revisão bibliográfica, de maneira exploratória, verificando as decisões sobre o tema, apresentando os resultados a partir de percepções e estudos. Desenvolvida a partir de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas, a fim de responder tal questionamento abordado. O estudo visa contribuir com a sociedade, de maneira a esclarecer sobre no que consiste a legítima defesa bem como esta

1 Professor orientador do Centro Universitário São Lucas, Graduado em Direito pela ILES/ULBRA Universidade Luterana do Brasil - Ji-Paraná/RO (2013), Pós Graduado em Metodologia e Didática do Ensino Superior na UNICENTRO - União Centro Rondoniense de Ensino Superior - Jaru/RO (2014). Pós Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, FDDJ, Sao Paulo/SP (2015). Pós Graduando em MBA em Direito Tributário pela FGV/RJ (2018). Pós Graduando em Direito Bancário pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci (UNIASSELVI), sede em Indaial/SC (2016). E-Mail: hudson.pereira@saolucas.edu.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

torna-se um tanto quanto cerceada a partir de uma política pública desarmamentista, uma vez que, inexiste um único entendimento sobre o tema.

Palavras-Chave: Legítima defesa; Estatuto do desarmamento; Lei 10.826/2003; Cerceamento; Armas.

Abstract: This study aims to demonstrate the importance of self-defense, considering that the law ensures the protection of legal assets, against aggression that any or some of these assets will suffer, in this case, unfairly. Given the high levels of statistical percentages regarding violence in the country, the research aims to clarify the operation of the institute with its peculiarities, demonstrating when, how and the justification of who uses this right, as well as explain about the statute of disarmament in what its mission is as a public policy against violence. Introducing the principles, laws and doctrines in order to explain the basic concepts that provide the individual's ability to make use of this safety-guaranteeing instrument. Still, in this sense, present the limits, purposes and legal basis, regarding the legitimacy of the legitimacy of legitimate defense. In order to also expose the jurisprudential understandings and their diversities. Explaining about self defense, and its features in criminal law and demonstrating its advantages. It also brings aspects about Law 10.826./2003, as well as comparative statistical data of the national scenario before its entry into force. Moreover, seeking to demonstrate that the right to self-defense has been curtailed by such a legal rule, which consists in preventing a good citizen from possessing a weapon as a necessary means of defense. The methodology used in the research is the bibliographic analysis and review, in an exploratory way, verifying the decisions on the subject, presenting the results from perceptions and studies. Developed from doctrinal, jurisprudential and legislative sources, in order to answer this question addressed. The study aims to contribute to society in order to clarify what constitutes self-defense and how it becomes somewhat curtailed by a disarmamentist public policy, since there is no single understanding on the subject.

Keywords: Self-defense; Disarmament status; Law 10.826/2003; Curtailment; Guns.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de direito penal e sua finalidade. 3. Legítima defesa: Conceito, natureza jurídica, vantagens e seus requisitos. 3.1 Natureza jurídica. 3.2. Vantagens. 3.3. Requisitos. 3.3.1. Agressão injusta. 3.3.2. Atual ou iminente. 3.3.3. Uso moderados dos meios necessários. 3.3.4. Proteção de direito próprio ou alheio. 3.3.5. Conhecimento da situação de fato justificante. 4. Lei 10.826/2003 - Estatuto do desarmamento: Aspectos gerais. 4.1. Lei 10.826/2003 - Estatuto do desarmamento: Falácias usadas como argumento para implementação da Lei. 4.1.1. Falácia: Países desarmados são mais seguros. 4.1.2. Falácia: Armas são produzidas apenas para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Matar. 4.1.3. Falácia: Desarmamento diminui a criminalidade no Brasil. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O Direito tem por intuito proteger os bens jurídicos e as relações de uma sociedade que tenha se organizado para tanto. Dessa forma, têm-se dividido o Direito em vários ramos, dos quais o Direito Penal é somente acionando como *ultima ratio*, isto é, subsidiariamente. Em termos gerais, significa dizer que o Direito Penal só age quando nenhum outro ramo do Direito tenha capacidade para tal.

No Direito Penal é onde se encontram as piores mazelas do homem como ser pertencente de uma sociedade, é nele que se descreve as piores condutas que um indivíduo pode realizar enquanto ser social. Contudo, também é no Direito Penal que se encontram as garantias e a proteção daquele que pratica as condutas descritas como crime. Por mais paradoxal que seja, o Direito Penal é o maior protetor do indivíduo quando se trata de punição estatal, vez que só este está incumbido de tal tarefa.

No que concerne à antijuridicidade, ou ilicitude, trata-se, aqui, de um dos substratos que definem o conceito de crime. É entendida como a conduta descrita como crime e não justificada. No entanto, o Direito Penal possibilita, no que se chama de excludentes de ilicitude, que se pratique uma conduta típica, ou seja, descrita como criminosa, todavia, jurídica/lícita.

Dentre as tais excludentes de ilicitude encontra-se a legítima defesa, que tem como prisma a proteção de um bem jurídico próprio ou alheio daquilo que venha a ser, uma atual ou iminente, atitude de injusta agressão, usando para tal, desde que moderadamente, dos meios necessários.

Diante disso, faz-se necessário a utilização desses meios para que o direito à legítima defesa seja plenamente usufruído. Ocorre que, a legislação vigente em território nacional, por mais completa e complexa que seja, por hora, vai de encontro com tal mecanismo jurídico, vez que há, como forma de lei ordinária federal, uma norma que impede com veemência que um cidadão de bem possua uma arma de fogo para usar como meio necessário da aplicação da legítima defesa.

Destarte, a pesquisa zela por demonstrar a importância da legítima defesa como instituto protetor de bens jurídicos, bem como, através do embasamento jurídico necessário, trazer à tona os pontos presentes no estatuto do desarmamento que impedem a população de ter em mãos uma ferramenta capaz de lhe garantir a segurança enquanto sujeitos de direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os objetivos da pesquisa visam por observar o direito do indivíduo no que concerne a ter a legítima defesa como instrumento protetor, entretanto não possuir meios para exercê-la plenamente. Ainda, analisar estudos e levantamentos de dados, que justificam a Lei 10.826/2003 não ser benéfica em prol da segurança pública.

O presente estudo buscará subsídios quanto à legítima defesa e suas vantagens, e como o estatuto do desarmamento contribui para sua não aplicação, bem como rechaçar as falácias de que países desarmados são mais seguros e que o desarmamento diminuiu a criminalidade no Brasil. Respondendo a problemática que a presente pesquisa explana: Qual o impacto da Lei 10.826/2003 sobre o instituto da Legitima Defesa? Como estão os índices de criminalidade no Brasil desde a sua vigência?

Desse modo, o estudo foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, explicar-se-á o conceito e a finalidade do Direito Penal como protetor dos bens jurídicos e instrumento de controle social e, ainda, como mecanismo de se prevenir a vingança privada.

No segundo capítulo, abordar-se-á a legítima defesa e suas vantagens como instrumento de segurança. Esclarecer-se-á todos os seus requisitos de modo objetivo e transparente a fim de sanar toda e qualquer dúvida sobre o tema.

No terceiro capítulo, identificar-se-á as falácias usadas como argumentos de validação para o estatuto do desarmamento viger mesmo quando dados e pesquisas as rechaçam indicando o contrário e, de forma mais concisa, mostrar-se-á como estão os índices de criminalidade no país antes e depois de sua vigência. De mesmo modo, buscar-se-á comparações que apontem tal política desarmamentista como típica de governos autoritários.

Quanto ao método utilizado na presente pesquisa, será o de análise e revisão bibliográfica, de maneira exploratória, apontando as decisões sobre o tema, apresentando os resultados a partir das percepções adquiridas, bem como, desenvolvida a partir de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas.

Dessa forma, o estudo visa contribuir com a sociedade, de maneira a esclarecer sobre no que consiste a legítima defesa bem como esta torna-se um tanto quanto cerceada a partir de uma política pública desarmamentista, uma vez que, inexiste um único entendimento sobre o tema.

2.CONCEITO DE DIREITO PENAL E SUA FINALIDADE

O Direito Penal é um conjunto de normas e princípios que têm como escopo regular e limitar o poder punitivo do Estado. Em outros moldes, traduz-se no ramo do direito que tem como responsabilidade e objetivo tratar dos problemas sociais mais graves, ou seja, os crimes e seus desdobramentos, combatendo-os.

Como bem conceitua Aníbal Bruno (1967, p. 11-12) apud Cleber Masson (2015, p. 04):

> O conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanções. É um Direito que se distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada.

São regras impostas a todas as pessoas e não podem ser dispostas, isto é, são imperativas, pois não há que se falar em não aplicação das regras do Direito Penal. Estas serão sempre obrigatórias. Por isso, diz-se o Direito Penal ser um ramo do Direito Público.

Quando a sociedade, qualquer que seja sua origem, está em caos, ou quando o homem, qualquer que seja a sua influência, está em desordem, lá deve estar o Direito Penal afim de realocá-los à paz e à saúde social novamente. Funcionando, tão logo, como um verdadeiro instrumento de controle social.

É o que entende Cleber Masson (2015, p. 10), "Ao direito Penal é também reservado o controle social ou a preservação da paz pública, compreendida como a ordem que deve existir em determinada coletividade".

Contudo, de forma limitada, não arbitrária e pré-estabelecida, para que os direitos do indivíduo não sejam perturbados de modo que o torne mais doente do que o era antes da intervenção penal.

Limitada porque só o Estado é o competente original para suprimir algum direito, como a liberdade, por exemplo, de um indivíduo transgressor de suas leis a fim de realocá-lo à sociedade curado de seu mal e de sua chaga.

Só o Estado é o detentor do *jus puniendi* e, por mais ilógico que possa parecer, o Direito Penal serve como escudo para aqueles que transgridem suas normas vez que, por se tratar de institutos pré-estabelecidos, isto é, mecanismos existentes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mesmo antes de o ilícito ocorrer, é que se dá validade e restrições ao julgador quando no momento de julgar e punir o agente, não podendo aquele fugir ou desviar-se do que já está previsto quanto à penitência deste.

Esclarece Fernando Capez (2012, p. 45):

> O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus persequendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*.

Portanto, não há que se falar em mitigação do *jus puniendi* quando o Estado delega ao indivíduo a autenticidade para tão somente dar inauguração ao processo, vez que, configura-se aí, não o *jus puniendi*, todavia o *jus persequendi*.

Ainda como uma das finalidades precípuas do Direito Penal está o propósito de prevenir que um indivíduo, após sofrer uma injusta agressão, tente se valer da sua própria ideia de justiça para colocar em prática seus desejos humanos de vingança.

Sob essa ótica está a legítima defesa. Não que a legítima defesa seja confundida com a vingança, pelo contrário, ela é um meio de se ter a tão almejada justiça de forma plena no mesmo instante em que se está na iminência ou no momento concreto do sofrimento de uma injusta agressão e não após ela.

Destarte, para que se tenha uma compreensão objetiva sobre o tema, entende-se como Direito Penal, a sincronia de regras, normas e princípios pré-estabelecidos, que visam regular, limitar, resguardar, punir e proteger uma sociedade que se organize para tal, sendo, para a tarefa, o Estado soberano o único responsável.

3.LEGÍTIMA DEFESA: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, VANTAGENS E SEUS REQUISITOS

A Legitima Defesa é um instituto legal que preconiza o direito à autoproteção dos bens jurídicos do indivíduo; sendo, o mais relevante desses, o direito à vida. Assim, visa legitimar ações tipificadas como crimes, inclusive, na premissa de que quem o faz, faça desde que em atual ou iminente perigo injusto, para proteger direito próprio ou de outro inocente que não possa fazê-lo.

Há, ainda, que se ressaltar que só se entende em legitima defesa aquele que faz uso moderado dos meios disponíveis para se escudar, sendo punido por excesso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aquele que exceder à prática de suas condutas, seja ela praticada com *animus necandi* – quando se há intenção, ou mesmo que de forma culposa por imprudência, imperícia ou, ainda, por negligência.

Nas palavras de Cézar Roberto Bitencourt (2012, p. 357), "A legítima defesa, um dos institutos jurídicos mais bem elaborados através dos tempos, representa uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução".

Portanto, aquele que, fazendo uso moderado dos meios necessários, rechace injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, justifica sua conduta através da legítima defesa, conforme dispõe o artigo 25 do Código Penal brasileiro, "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".

3.1 Natureza Jurídica

Novamente, também é do Código Penal, Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940, em seu artigo 23, inciso II, que se extrai a natureza jurídica da legítima defesa, que a classifica como sendo uma causa de exclusão da ilicitude, vez que, como consequência, esse instituto visa excluir a ilicitude da conduta, ou seja, deixando o agente de agir contra a lei, todavia, agora, age conforme a lei para se proteger ou proteger outrem.

Cézar Roberto Bitencourt (2012, p. 358) assevera:

> As teorias subjetivas, que consideram a legítima defesa causa excludente de culpabilidade, procuram fundamentá-la na perturbação de ânimo do agredido ou nos motivos determinantes do agente. As teorias objetivas, por sua vez, consideram a legítima defesa como excludente de antijuridicidade. Na verdade, o exercício da legítima defesa é um direito do cidadão e constitui causa de justificação.

Por conseguinte, quando se age em legítima defesa diz-se, em termos gerais, que se exclui o crime como um todo porque o agente que agia, antes, contra a lei, age, agora nos preceitos e conformidades dela, tão logo, por mais que esteja este em ação tipificada como crime na legislação vigente, está, no entanto, resguardado por mecanismo legal que exclui a ilicitude de sua ação, excluindo, assim, também o fato típico, ou seja, o crime.

3.2 Vantagens

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em razão da sua ideia fundamental de independência ante o Estado para ter seus bens e valores protegidos daqueles que querem vê-los ruir, há, desde as primeiras civilizações a legítima defesa, já que, é uma ferramenta legal de defesa para ser aplicada justamente quando o detentor da função jurisdicional não se faz presente.

Cleber Masson (2015, p. 448) concorda da seguinte forma:

> De feto, o Estado avocou para si a função jurisdicional, proibindo as pessoas de exercerem a autotutela, impedindo-as de fazerem justiça pelas próprias mãos. Seus agentes não podem, contudo, estar presentes simultaneamente em todos os lugares, razão pela qual o Estado autoriza os indivíduos a defenderem direitos em sua ausência, pois não seria correto exigir deles a instantânea submissão a um injusto para, somente depois, buscar a reparação do dano perante o Poder Judiciário.

Desse modo, tem-se a legitima defesa como um método independência estatal para resguardar-se na ausência do detentor do *jus puniendi*, vez que este mostra-se incapaz de estar presente em todos os momentos da vida de cada cidadão.

3.3 Requisitos

Destarte, para seja configurada a legítima defesa, requer a lei que o agente esteja de acordo com alguns requisitos, cumulativos, por necessidade, para que seja plenamente desfrutada por aquele que a precisa.

Expõe o Professor e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Rogério Sanches Cunha, (2017, p. 285) que a legítima defesa possui alguns requisitos, quais sejam:

> (A) Agressão injusta: entende-se por agressão a conduta (ação ou omissão) humana que ataca ou coloca em perigo bens jurídicos de alguém. Injusta é a agressão contrária ao direito, não necessariamente típica. Uma vez constatada a injusta agressão, o agredido pode rebatê-la, não sendo exigido a fuga do local, ainda que esta seja viável; (B) Atual ou iminente: Agressão atual é a presente, a que está ocorrendo. Iminente é a que está prestes a ocorrer. Não se admite legitima defesa contra agressão passada (vingança) ou futura (mera suposição); (C) Uso moderado dos meios necessários: Para repelir a injusta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> agressão (ataque), deve o agredido usar de forma moderada o meio necessário que servirá na sua defesa (contra-ataque). Entende-se como necessário o meio menos lesivo à disposição do agredido no momento da agressão, porém capaz de repelir o ataque com eficiência; (D) Proteção do direito próprio ou de outrem: Admite-se legítima defesa no resguardo de qualquer bem jurídico próprio (*in persona*) ou alheio (*ex persona* ou legítima defesa de terceiro); (E) Conhecimento da situação de fato justificante: Deve o agente conhecer as circunstâncias do fato justificante, demonstrando ter ciência de que está agindo diante de um ataque atual ou iminente (requisito subjetivo).

Dessa forma, proceder-se-á, em sequência, para uma análise pormenorizada de tais requisitos a fim de obter-se os esclarecimentos necessários para o entendimento e compreensão da temática.

3.3.1 AGRESSÃO INJUSTA

Conforme supracitado, agressão injusta é aquela que põe em risco algum bem jurídico do indivíduo, não sendo, necessariamente, uma conduta descrita como criminosa pela legislação vigente. Aqui, basta que haja perigo de lesão para que seja interpretada a conduta como passível de um contra-ataque por quem a sofre.

Entende Eugênio Pacelli (2016, p. 238):

> (...) considera-se agressão toda a lesão ou colocação em perigo por parte de uma pessoa contra um interesse jurídico de outra pessoa, claro que dito interesse deve estar protegido juridicamente pelo ordenamento jurídico. Normalmente se entende a agressão como um comportamento realizado por uma ação dolosa, porém, juridicamente não é necessário que isto seja assim. A agressão não precisa ser intencional e tampouco com dolo eventual, podendo decorrer até mesmo de um comportamento imprudente ou até mesmo procedente de uma conduta de um inimputável (doentes mentais, crianças etc.).

Por isso, não se faz necessário que o mal que lhe é imposto seja intencional, uma vez que pode advir de condutas negligentes, imprudentes ou pela falta de imperícia daquele que a pratica, logo, no ordenamento jurídico brasileiro, aceita-se a legítima defesa contra inimputável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.3.2 ATUAL OU IMINENTE

Atual é a agressão presente, ou seja, aquela que já se iniciou e não foi encerrada ainda com a lesão do bem jurídico. Iminente é a agressão prestes a acontecer, isto é, a que será atual num futuro próximo. O Direito penal brasileiro não permite a legítima defesa à agressão futura, tampouco à agressão passada (vingança), conforme preceitua o Promotor de Justiça do Estado de São Paulo e Professor Cleber Masson (2015, p. 450):

> O medo e a vingança não autorizam a reação, mas apenas a necessidade de defesa urgente e efetiva do interesse ameaçado. Com efeito, admitir-se a legítima defesa contra agressão futura seria um verdadeiro convite para o duelo, desestimulando a pessoa de recorrer à autoridade pública para a tutela de seus direitos. E a agressão pretérita caracterizaria nítida vingança.

Ainda, há que se falar na não necessidade de fuga do local por aquele que se vê na iminência de agressão ou até mesmo durante ela, mesmo que ainda seja viável e mais cômodo uma escapada. Isso se dá porque a legitima defesa é um direito, não uma mera conveniência.

Contudo, caso o agredido esboce e tenha êxito em uma fuga para, só então depois, armar-se e voltar ao local a fim de proteger-se de seu malfeitor, não caberá a legítima defesa, pois trata-se de uma nova conduta, ou seja, uma nova agressão por parte do anteriormente agredido.

Vale a lição de Eugênio Pacelli e André Callegari (2016, p. 239):

> A legítima defesa, por se tratar de um ato de urgência, deve ser um ato imediato à agressão. Assim, a legítima defesa somente subsistirá enquanto durar a ameaça que a autoriza. Caso o agredido, e isso ocorre muito na prática, fuja do local, arme-se, retorne ao local e lesione aquele que antes era seu algoz, não estaremos diante de uma ação defensiva. Ao contrário, estaremos diante de uma flagrante agressão, atitude que será prontamente execrada pelos tribunais. Nesse sentido o instituto é muito coerente, pois, se a vítima, de uma maneira ou de outra, conseguiu esquivar-se da agressão, é porque não está mais em situação de agressão atual ou iminente, razão pela qual qualquer ato seu que tenha por objetivo ferir o antigo agressor será punido. Isso não significa dizer que a primeira

> agressão não será igualmente punida; com efeito, ela será. Ocorre que se a primeira vítima, na sequência dos acontecimentos, afastou a agressão e acabou fazendo as vezes de agressor, também deverá ser punida. O mesmo raciocínio poderá ser aplicado para os casos em que a repulsa se mostra excessiva em relação à agressão, conforme tópico que será desenvolvido em momento posterior.

Portanto, não se pode, em qualquer hipótese, exercer o direito à legítima defesa sob a premissa de perigo de retaliação, porque, em casos assim, como supracitado, a agressão não está no campo da iminência, tampouco da atualidade.

3.3.3 USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS

Dentre os prismas da legitima defesa está a ideia de utilizar-se moderadamente dos meios necessários para repelir a injusta agressão, o que, de fato, requer que se tenha meio necessário e disponível para validar o exercício do direito de forma plena.

Caso contrário, registrar-se-á fuga, e, fugir, degrada a personalidade moral do indivíduo que, desmunido de um meio necessário, na tentativa de não ter seu bem jurídico mais lesionado que o que já fora pela iminência de uma agressão, nada mais poderá fazer que dispor de sua moral.

O Professor Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 255) explica:

> Meios necessários são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante. Não se exige, no contexto da legítima defesa, tal como se faz no estado de necessidade, a fuga do agredido, já que a agressão é injusta. Pode ele enfrentar a investida, usando, para isso, os meios que possuir ao seu alcance, sejam eles quais forem.

Ocorre que, difícil e raramente, o indivíduo agredido tem ao seu alcance um meio necessário para fazer o uso moderado a fim de repelir a injusta agressão que está sofrendo. Isso acontece, ainda com mais frequência, desde a vigência do Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826/2003, que impede, com uma fiel imperatividade através da burocracia e discricionariedade do Estado que um cidadão comum no país tenha o porte ou a posse de arma de fogo, conforme ainda será infra abordado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme Flavio Quintela e Bene Barbosa (2015, p. 09):

> Apesar de todas as frentes de luta mantidas, com denodo e intensidade combativa, pela Coalizão Brasileira Pela Legítima Defesa desde 1996, o fato é que o público leitor não conta, em nosso país, com um cabedal significativo de obras literárias, de cunho científico, a defender a posição dos que rejeitam as tentativas de desarmamento das pessoas de bem e, consequentemente, de extinção, neste sofrido Brasil, do direito à legítima defesa por meio de armas de fogo.

Além de o agente precisar de um meio necessário para salvar a si e a seus iguais, requer o instituto que o faça de forma moderada, tão somente a fim de repelir ou fazer cessar o mal injusto que o aflige.

Fernando Capez (2015, p. 206) conceitua, de maneira linear e sublime, a moderação:

> É o emprego dos meios necessários dentro do limite razoável para conter a agressão. A jurisprudência tem entendido que a moderação não deve ser medida milimetricamente, mas analisadas as circunstâncias de cada caso. O número exagerado de golpes, porém, revela imoderação por parte do agente.

Assegura Assis Toledo (1994, p. 203):

> O requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. Se, no primeiro golpe, o agredido prostra o agressor tornando-o inofensivo, não pode prosseguir na reação até matá-lo.

Desta forma, vê-se ferido não só o direito de se defender nos momentos em que o Estado se mostra falho em garantir a segurança do cidadão e de sua família, mas também, não obstante disso, constata-se a interferência da soberania estatal no Princípio Constitucional da Liberdade, preconizado no art. 5° da Constituição Federal de 1988, vez que, um homem livre que não possui meios de gerenciar sua proteção em momentos caóticos torna-se escravo destes.

3.3.4 PROTEÇÃO DE DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO

Ao contrário do que comumente se imagina, para que se defenda legitimamente outrem, não há que se falar em autorização deste, desde que se trate de um bem jurídico indisponível, tal qual a vida.

Se, porventura, tratar-se de um bem jurídico do qual o terceiro possa dispor, certamente, para que outrem lho proteja, requer seja constatada uma permissão para tanto.

Bem explica Eugênio Pacelli e André Callegari (2016, p. 240), "Ressalte-se, contudo, que a legítima defesa de direito alheio somente será possível nos casos em que o direito afetado é indisponível. Caso disponível seja, à defesa somente será exigido o consentimento do ofendido".

Outrossim, não se faz mister que a defesa seja proporcional ao dano causado, contudo, desde que se faça com o intuito precípuo de defender-se do mal que lhe é imposto e, ainda, de que se faça moderadamente, cessando-o assim que tal mal seja findado.

3.3.5 CONHECIMENTO DA SITUAÇÃO DE FATO JUSTIFICANTE

A legítima defesa, para ser considerada como tal, requer, ainda, daquele que a emprega, que saiba estritamente estar valendo-se desta. Isso porque, não pode o indivíduo desconhecedor do instituto ou, ainda, com o liame subjetivo distinto do de autodefesa, alegar legítima defesa ao agredir alguém, por mais que tenha sido agredido antes.

Rogério Greco (2017, p. 417) instrui:

> Para que se possa falar em legítima defesa não basta só a presença de seus elementos de natureza objetiva, elencados no art. 25 do Código Penal. É preciso que, além deles, saiba o agente que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredita agir assim, pois, caso contrário, não se poderá cogitar de exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda, contrária ao ordenamento jurídico.

Em outras palavras, não pode o agente, com o dolo de matar seu desafeto, fazê-lo enquanto este o agride e usar como premissa todos os outros requisitos da legítima defesa, todavia se estiver em falta o conhecimento da situação de fato justificante, isto é, deve o agente ter a total convicção de que age em legítima defesa para empregá-la.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.LEI 10.826/2003 – ESTATUTO DO DESARMAMENTO: ASPECTOS GERAIS

Vigorando desde 22 de dezembro de 2003, o Estatuto do Desarmamento tem por objetivo singular e exclusivo dispor sobre o registro, a posse e o porte e a comercialização de armas de fogo e munições no Brasil, além de deliberar sobre o Sinarm – Sistema Nacional de Armas e, ainda, sobre a criminalização e outras providências relativas a condutas de posse e porte de armas de fogo em território nacional.

Em seu Capítulo I, que compreende os artigos 1° e 2°, o instituto dispõe acerca do Sinarm – Sistema Nacional de Armas, instaurado no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal e com circunscrição em todo o território nacional, que tem, dentre outras competências o cadastro de armas de fogo produzidas no país bem como as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal. O que não vale para as armas de fogo de uso restrito, vez que estas são registradas pelo Comando do Exército Brasileiro.

Já ao regular o Registro, a lei, em seu Capítulo II, estipula os requisitos necessários para o interessado que queira ter a posse de arma de fogo, já que o porte de arma de fogo é, em regra, proibido, tendo como uma das exceções agentes públicos dentro e fora de serviço ou apenas em serviço e particulares desde que na condição de empresa de segurança privada, por exemplo.

Extrai-se do artigo 4° do Estatuto do Desarmamento:

> Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:
>
> I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;
>
> II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;
>
> III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei (BRASIL, 2003).

Cada item do dispositivo legal (I, II e III) contém peculiaridades pra lá de restritivas se analisados sobre a ótica comparativa com outros países; o item I, por exemplo coloca o ônus da prova na conta do cidadão que quer registrar sua arma vez que é este quem deve apresentar tais certidões comprobatórias no tocante a sua idoneidade moral, quando, o ideal seria que o Estado, já que quer regular tal direito, disponibilizasse em seus registros públicos as certidões e documentos necessários, como ocorre nos Estados Unidos, por exemplo, tornando, assim, o processo menos moroso, custoso e burocrático para quem quer exercer tal direito.

Já o item II, numa seara mais absurda e abusiva ainda, requer do cidadão de bem a apresentação de documento comprobatório de residência certa e ocupação lícita; ora, aquele que quer fazer jus ilegalmente desse direito claramente não irá declarar sua ocupação ilícita.

No Capítulo III é que a norma trabalha com o porte de arma de fogo no Brasil, logo estipulando que, em regra, tal direito é proibido; salvo algumas exceções que, excluídas as de agentes públicos que tenham porte em serviço ou fora dele ou, ainda, aqueles que tenham apenas em serviço, resta, para os particulares que queiram ter o porte de uma arma de fogo registrada no país as condições de tê-la, em nome da empresa de segurança privada ou que sejam caçadores residentes de área rural desde que comprovem depender de tal prática para sua subsistência.

Contudo, caso o particular "comum" queira ter o porte de uma arma de fogo dependerá, não mais, da Polícia Federal, todavia do Comando do Exército Brasileiro, desde que na condição de atiradores profissionais, colecionadores ou caçadores.

Há, ainda, para a efetivação de tal direito quase que absolutamente restringido até aqui, a necessidade de que se comprove, pelo interessado, de efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física. Ocorre que, tal comprovação, para ser aceita pelo Sinarm depende de ato administrativo precário, ou seja, discricionário da Polícia Federal, isto é, ato administrativo que depende de conveniência e oportunidade na visão daquele que o concede.

Conforme Flavio Quintela e Bene Barbosa em sua obra belíssima "Mentiram para mim sore o desarmamento", (2015, p. 82):

> Ora, se possuir uma arma é um direito do cidadão, ele jamais deveria ter de apresentar uma declaração de necessidade para isso. É como se fosse preciso demonstrar a necessidade para uma carteira de habilitação. Aliás, como já mostramos no Capítulo VI, os acidentes de trânsito matam anualmente 46

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> vezes mais pessoas do que os acidentes com armas, mas isso não fez com que os legisladores impusessem nenhum tipo de dificuldade ao jovem que acabou de fazer 18 anos e quer sua habilitação mais do que tudo na vida.

Tal ideia de discricionariedade torna-se um tanto quanto severa demais, assemelhando-se a um ato autoritário, em que se concede tal direito quando e para quem se quer, já que se trata de ato discricionário da Administração Pública.

Por conseguinte, já se tem, aqui, o expurgo do argumento de que qualquer um pode ter armas no Brasil, o que se mostrou ser uma falácia já que, além de cumprir os requisitos objetivos restritivos imposto pela lei, o interessado deve, ainda, ficar à mercê da discricionariedade e subjetividade daquele que concede tal faculdade.

O Capítulo IV vem tipificando crimes e cominando penas a diversas condutas, seja de porte, posse, com ou sem registro, posse ou porte de armas de uso restrito ou permitido. Transcorre que, com tal ideia de criminalização, enraizou-se no senso comum do país uma cultura de arma ilegal e arma legal – o que é totalmente desvirtuoso, já que, toda arma nasce legal, o Estado é quem cria normas que criminalizam condutas de portar ou possuir armas mesmo com o intuito de legítima defesa, só porque, em casos específicos, tais armas ou portadores ou possuidores não estão registrados.

Entretanto, o que deveria ser combatido pelo Estado na premissa de delito é o que se faz com tal arma, não só o fato de portá-la ou possuí-la. Armas são apenas objetos inanimados e, normas que proíbam alguém de manipular objetos inanimados são, de certo modo, tirânicas por quem as estipula.

4.1 Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento: Falácias Usadas Como Argumento para a Implementação da Lei

É sabido e notório que a violência em território nacional alcança níveis inimagináveis no cenário mundial, fazendo com o que o Brasil figure entre os países mais violentos e inseguros do globo.

Destarte, é ainda mais alarmante quando a análise da terra do pau-brasil é feita única e exclusivamente sob o aspecto de violência cometida com arma de fogo, o que, logicamente, torna-se contraditório ao se observar as premissas utilizadas como argumento para ter se instituído aqui uma legislação e política desarmamentista no intuito de se reduzir os males da sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por isso tudo, analisar-se-á tais argumentos usados como defesa ao estatuto de modo que se busque um contraponto com aquilo que se tem de dados e registros sobre os indicadores de violência no país desde a instituição de tal norma na tentativa de se comparar o que houve com a segurança antes e depois do implemento e vigor da proibição de se ter para o exercício da legitima defesa um instrumento como meio para tal.

4.1.1 FALÁCIA: "PAÍSES DESARMADOS SÃO MAIS SEGUROS"

Na busca incessante e contundente de arrazoar a favor das políticas desarmamentistas, seus seguidores sempre apontam como argumento a ideia de que países que abriram mão de seu direito à legítima defesa por meio de uma arma de fogo são mais seguros, o que, claramente, não é uma verdade absoluta.

Conforme se analisa os países que não restringem a compra de arma de fogo e os que restringem, vê-se, nos primeiros, uma grande relação com a baixa taxa nos índices de crimes violentos, uma vez que, o criminoso, ao saber da possibilidade de qualquer cidadão ter em mãos, a fim de garantir-lhe a legítima defesa de seus bens jurídicos constitucionalmente tutelados, uma arma de fogo, pensam duas vezes antes de qualquer investida injusta e ilícita.

Nota-se, com isso, a clara função defensiva da arma de fogo que, mesmo sem ser usada de fato, já traz resultados satisfatórios simplesmente por ser permitida juridicamente no campo social.

Flavio Quintela e Bene Barbosa (2015, p. 35) elegem alguns países com os quais se é interessante versar a respeito do assunto justamente por serem os países menos restritivos em relação às armas:

> A análise dos números de criminalidade de países que instituíram políticas altamente restritivas de desarmamento, mostrando a completa ineficiência dessas políticas, já bastaria para acabar com a mentira que abre esse capítulo. Mas é possível fazer ainda melhor. Em vez de apenas constatarmos que os países desarmados não são mais seguros, vamos também observar alguns países que mantiveram a população armada, e que têm vivenciado uma queda consistente na criminalidade. Usaremos os casos dos Estados Unidos, da Suíça e da República Checa, por serem os países com menos restrições para a compra e porte de armas, embora dentro dos EUA haja uma grande variação de estado para estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os Estados Unidos são, nos dias de hoje, o país mais armado do mundo, não só pela inexistência de leis restritivas às armas, mas também por defender com afinco a liberdade do indivíduo como ser participante do governo soberano. Estima-se que hoje, na terra da liberdade, haja o equivalente a uma arma por pessoa, o que faz com que exista, aproximadamente, 300 milhões de armas ao dispor da população. Isso não só faz com que seja um dos países mais seguros do mundo, como também o torna uma potência mundial no quesito econômico, militar e educacional.

Já a República Checa, com índices um pouco menores de existência de armas em relação a seus habitantes – 0,07 arma por habitante – foi, em 2011, considerado um país seguro par americanos conforme relatório do Escritório de Segurança diplomática dos Estado Unidos o que, por si só, já o torna um dos países europeus mais seguros e menos restritivos legalmente falando no que tange a aquisição de armas.

Neste ínterim, fica evidente que se em algum momento a premissa de que países com mais armas são menos seguros, fosse verdadeira, os índices de crimes violentos naqueles países em que se facilita cada vez mais a aquisição de arma de fogo deveriam ser, por óbvio, mais altos, mas ocorre justamente o inverso: países permissivos e desburocratizados em relação às armas é, comummente, os mais seguros.

Para se mostrar com mais doctilóquio que nações desarmadas não é sinônimo de mais segurança, tem-se o exemplo da Inglaterra que, através de políticas desarmamentistas, praticamente aboliu as armas de fogo em sua circunscrição, fazendo com que, até mesmo a sua polícia despusesse de suas ferramentas de trabalho para a utilização de meios menos letais em seu labor.

Evidentemente, o resultado de uma ideia assim não poderia ser outro, a Inglaterra tornou-se um país 80% mais violento que os Estados Unidos, mesmo com uma população e território menores.

4.1.2 FALÁCIA: "ARMAS SÃO PRODUZIDAS APENAS PARA MATAR"

Talvez essa seja a maior desculpa argumentativa daquele que preza por um mundo sem armas – não se sabe se por inocência ou ignorância de fato, já que, dizer que armas servem apenas para matar ou, até mesmo, que armas matam, é o mesmo que excluir a conduta humana de puxar o gatilho bem como o *animus necandi* de querer fazê-lo para matar alguém.

Ora, se são as armas que matam por que se penaliza o agente praticante de tal conduta? Dizer que armas são feitas para matar é o mesmo que dizer que a culpa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de um paciente terminal de câncer pulmonar estar nessa situação é do cigarro. Não se pode esquecer, em hipótese alguma, que cada trago no cigarro, assim como, cada saque à arma ou cada embate do dedo no gatilho é, e sempre será, culpa daquele que o faz por vontade própria.

Destarte, há que se falar, ainda, sobre o uso – defensivo, por vezes, ignorado por aqueles que coadunam com o costume desarmamentista, ao alegar que armas servem, única e exclusivamente, para o fim de se tirar uma vida, quando, na verdade, e por um princípio de liberdade e pelo uso mais eficaz do direito à legítima defesa, armas são usadas para se defender e se proteger de perigos (delituosos) sociais justamente quando o Estado não se faz presente para conter tais ações, vez que, exigir deste tal diligência é um tanto quanto ignorante; todavia, não mais que a exigência, em forma de proibição, de que não se tenha uma arma para a prática da legítima defesa sabendo que o Estado não é onipresente.

Novamente, esclarecem com notório entendimento a respeito do assunto os escritores Flavio Quintela e Bene Barbosa (2015, p. 48):

> Por incrível que pareça, as pessoas que lutam pelo controle e banimento das armas simplesmente ignoram o fato de que qualquer arma pode ser usada de duas maneiras, e não apenas de uma: existem os usos ofensivos, e existem os usos defensivos. Dizer que armas só servem para matar equivale a dizer que carros só servem para atropelar, que fósforos só servem para incendiar, que facas só servem para esfaquear, que machados só servem para esquartejar, e assim por diante. Sei que parece exagero comparar uma arma a um automóvel, por exemplo, mas essa aparência só existe justamente porque nenhum órgão de mídia, a não ser pequenos jornais de cidades do interior, publica histórias verdadeiras sobre os usos defensivos das armas.

Nota-se, por meio das mídias sociais que espalham informações numa força incomensurável desde o advento da Internet, através de pequenas entrevistas e pesquisas não documentadas em solo Norte Americano, que criminosos temem mais um cidadão armado do que a própria polícia, já que, a polícia está lá a fim de prendê-los após ler seus direitos e, um cidadão armado, não disporá de tal simpatia quando dele se requerer que legitime sua defesa – ainda mais quando se disponibiliza para tal uma ferramenta capaz de prestar um auxílio seguro e eficaz como uma arma de fogo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

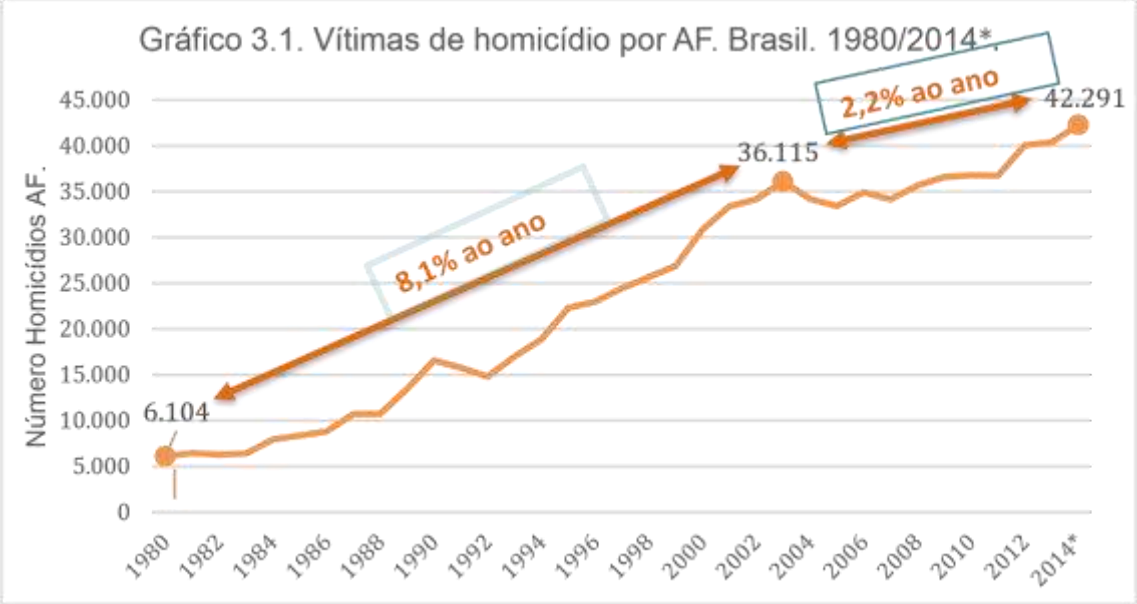
Nesse condão, vê-se, de forma mais transparente a ideia de que armas não são feitas meramente para ceifar vidas, mas também são criadas com o intuito de proteger não só o direito à vida como também aqueles que decorrem deste, como a integridade física, a propriedade, o patrimônio, a segurança e, não menos importante, a liberdade – seja de um terceiro que a restrinja, seja de um Estado ou seu representante autoritário e tirânico.

4.1.3 FALÁCIA: "DESARMAMENTO DIMINUI A CRIMINALIDADE NO BRASIL"

Para se valerem dos dados ao argumentar a favor do Estatuto do Desarmamento no Brasil, os desarmamentistas se valem do Mapa Da Violência, instrumento criado em 1998 a fim de ser o mais completo e preciso no campo de estatísticas no que tange a mortes violentas no país.

Destarte, é inegável que no ano exato (2004) em que o dispositivo legal começou a vigorar, segundo o Mapa, os índices de mortes violentas diminuíram sem sobra de dúvidas.

Conforme o exposto no Mapa da Violência (2016, p. 14):



Contudo, para se atribuir essa diminuição à Lei, o que se espera, no mínimo, é que nos anos seguintes os índices continuassem no mesmo nível ou, ainda, baixassem cada vez mais, o que claramente não ocorre.

Nas palavras de Flavio Quintela e Bene Barbosa (2015, p. 75):

> Houve realmente uma redução no número total de homicídios entre 2003 e 2004, mas para creditar essa diminuição ao Estatuto do Desarmamento o autor do Mapa da Violência deveria ter apresentado um embasamento estatístico mínimo. Mas quem lê a última linha da citação acima e lê o restante do documento à procura desse "veremos mais adiante" só consegue encontrar, na página 155, a seguinte explicação: No primeiro ano de vigência do Estatuto do Desarmamento, e já implantada a campanha de recolhimento das armas de fogo em mãos da população, vemos os índices de homicídio caírem de forma significativa. Comparando com o ano anterior à vigência do Estatuto – 2003 – o número de homicídios em 2004 caiu acima de 5%.
>
> Ou seja, o autor não apresenta uma justificativa estatística que prove sua hipótese. Ele apenas acredita que um estatuto que foi aprovado no dia 22 de dezembro de 2003, e que foi regulamentado apenas em 1 de julho de 2004, foi o responsável pela diminuição dos homicídios. Bom, se esse foi o caso, essa diminuição deveria ter continuado, invertendo a tendência de alta para uma tendência de baixa. Não foi o que aconteceu: em 2005 o número de homicídios tem uma pequena queda, em 2006 ele sobe acima do que fora em 2004, em 2007 cai de novo, para então voltar a subir sem parar.

Portanto, não há que se falar em redução de crimes violentos a partir do vigor da legislação anti-armas, uma vez que, para que isso seja verdade, não se deve, apenas, atribuir ao Estatuto os índices dos primeiros dois anos, em que de fato, houve diminuição, todavia, a análise deve ser feita de maneira mais longa e prospectiva, encarando-se os anos subsequentes em que, infelizmente, a violência em solo pátrio aumentou incrivelmente a cada ano.

Nesse sentido os Pesquisadores e Palestrantes Flavio Quintela e Bene Barbosa (2015, p. 79) versam:

> Para provar que o estatuto foi eficiente na redução dos homicídios seria necessário muito mais do que mostrar os números de dois anos. Na verdade, esta é uma tarefa impossível, pois o estatuto não mudou o perfil criminal do Brasil, e não gerou resultados positivos nos índices de crimes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> violentos. Mas com certeza gerou incômodos a muitos cidadãos de bem que possuíam uma arma em casa.

Nesse sentido, portar uma arma de fogo consigo ou possui-la em sua residência não deve, ou, ao menos não deveria, ser encarado como um direito, mas como uma liberdade que garante outros direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, em todas suas modalidades, e à propriedade privada. É inconcebível que, como seres humanos, abra-se mão da própria defesa para terceirizá-la a outrem, ainda mais a um Estado que se mostra falho em suas políticas de segurança pública, uma vez que nunca, em toda a história brasileira, uma época com tantas mortes violentas como nos últimos anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada pode-se concluir que a Legítima defesa, no direito Penal, tem por finalidade, proteger o indivíduo na ausência estatal ante um injusto que lhe recaí.

A legítima defesa assegura um contra-ataque àquele que se encontre na iminência ou já apto a sofrer um mal injusto e desproporcional por parte de outrem de modo que o faça, legitimamente, através dos meios disponíveis necessários e sem que se exceda em suas ações.

Para se fazer valer da legítima defesa é necessário que esteja amparado pelos critérios objetivos estipulados segundo a própria lei, sendo, um deles, ter ao seu alcance um meio – ferramenta, necessário para que se defenda do injusto.

Contudo, não é sempre que se tem consigo uma ferramenta capaz de proporcionar uma atitude defensiva de uma magnitude proporcional ao mal que lhe recaí.

Ocorre que, contribuindo com tal premissa de dificultar a defesa legítima do indivíduo, instituiu-se, no Brasil, uma legislação absolutamente restritiva no tocante a posse ou ao porte de armas de fogo, fazendo com que quem queira lograr êxito em defender-se segundo as regras estipuladas no ordenamento jurídico pátrio tenha, infelizmente, seu direito cerceado.

A legislação em questão é a Lei 10.826 de dezembro de 2003, conhecida como Estatuto do desarmamento, que, não só burocratizou o acesso a armas no país, como também tornou quase que impossível aquisição de tal ferramenta com seus critérios subjetivos em que o cidadão deve provar a efetiva necessidade de possuir uma arma – como se o direito de se defender tivesse que ser provado.

Destarte, o instituto legal ainda veio a ser instituído sob uma premissa de diminuição da violência o que, conforme supracitado no corpo da pesquisa, segundo dados estatísticos colhidos nos anos anteriores e posteriores a sua entrada em vigor, mostrou-se não passar de uma falácia daqueles que, de alguma forma, querem cercear o direito à legítima defesa do cidadão de bem.

Pois bem, a legislação em abordagem, poderia, ao menos, ser revisada com o fito de se colher dos cidadãos, através de um referendo, suas opiniões a respeito do desarmamento civil. Coisa que já foi feita, contudo totalmente ignorada à época.

Desse modo, a problemática e as hipóteses, o objetivo da pesquisa foi respondido visto que, ainda os entendimentos diversos sobre o tema, concluiu-se que apesar de tantas falácias os países desarmados não são, necessariamente mais seguros, bem como os armados não são mais violentos. E que, de certa forma, com a crescente onda de crimes ocorridos no país, a legitima defesa é cerceada, uma vez que, quando o acesso às armas era menos restrito, os crimes ocorriam como menos frequência.

Por fim, a pesquisa trouxe a visão de que ao indivíduo é a quem cabe sua defesa, já que o Estado se mostra incapaz de realizar tal feito em momentos iminentes e que, para isso, seria necessário ter ao seu dispor, os instrumentos necessários para tal, o que, graças à política desarmamentista, é inviável e, quase impossível nos dias de hoje. De modo a facilitar compreensão e falta de unicidade no entendimento do tema versado, apresentado os aspectos legais e doutrinários sobre o tema a fim de tirar da inércia aqueles que antes lá estavam pelo simples desconhecimento do tema.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Benê; QUINTELA, Flavio. **Mentiram para mim sobre o desarmamento.** São Paulo: Vide Editorial, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.248 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940.

BRASIL. Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003. **Estatuto do Desarmamento**. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral (art. 1° a 120). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 12. ed. Rio de Janeiro Forense: 2016.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RABELO, Fabrício. **Articulando em segurança:** Contrapontos ao desarmamento civil. 3. ed. São Paulo: Burke Editorial, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva.1994.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2016:** Homicídios por amas de fogo no Brasil. Brasília: Unesco, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ÜNTERMASSVERBOT DO DIREITO ALEMÃO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO.

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO: Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Única. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professora de Direito Penal e Direito Constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco - AEVSF, advogada.

Resumo: O objetivo do artigo é analisar o Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, sobretudo na sua acepção de vedação à proteção deficiente (üntermassverbot) do Estado, frente à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes contra a ordem tributária. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cuja metodologia empregada foi uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se também de análise jurisprudencial. Ao final, conclui-se que o Estado utiliza incorretamente o Direito Penal Tributário como simples instrumento de cobrança de dívidas fiscais, evidenciando uma total proteção deficiente (üntermassverbot) da norma penal tributária.

Palavras-Chave: Extinção da punibilidade. Pagamento. Tributo.

Abstract: The objective of the article is to analyze the Principle of Proportionality in Criminal Law, especially in its sense of prohibition against deficient protection (üntermassverbot) of the State, in view of the extinction of punishment for the payment of tax in crimes against the tax order. It is a descriptive research, whose methodology used was a bibliographic research, also using jurisprudential analysis. In the end, it is concluded that the State incorrectly uses Criminal Tax Law as a simple instrument for collecting tax debts, showing total deficient protection (üntermassverbot) of the tax penal rule.

Keywords: Extinction of punishment. Payment. Tribute

INTRODUÇÃO

Sabemos que, no Brasil, o processo por crimes contra a Ordem Tributária acaba por não punir adequadamente o reú, sobretudo porque o pagamento da dívida extingue a punibilidade, afrontando o Princípio da Proporcionalidade. Na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

verdade, utiliza-se o Direito Penal como mero instrumento para se cobrar tributos, e não para se punir o infrator da lei.

O presente trabalho, assim, pretende investigar o Princípio da Proporcionalidade, mais precisamente, a vedação da proteção deficiente por parte do Estado, e sua aplicação no ramo do Direito Penal Tributário, em relção à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte. O estudo se baseia em pesquisa bibliográfica, utilizando, como fontes, artigos, livros, jurisprudência, trabalhos e artigos acadêmicos. É trazido como problematização se a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, nos crimes contra a Ordem Tributária, ofende o Princípio da Proporcionalidade, tendo-se como hipótese a ser testada que a utilização do Direito Penal como mero cobrador de tributos ofende o Princípio da Proporcionalidade.

Inicialmente, no primeiro tópico, analisa-se o Princípio da Proporcionalidade, que se subdivide em duas acepções: proibição do excesso (Übermassverbot) e proibição de proteção deficiente (Üntermassverbot). Sendo o Direito Penal o mais violento mecanismo de controle social, ele não pode ser absoluto na aplicação de sua violência, por outro lado, ele também não pode ser demais brando, pois resultará em impunidade. É por isso que o Direito Penal é regido por princípios, sobretudo os princípios em questão.

Desenvolvendo o tema, o segundo tópico trata da vedação à proteção deficiente da norma penal tributária por parte do Estado e da utilização do Direito Penal como instrumento de cobraça de dívidas fiscais. A partir do momento em que o legislador relativiza o bem jurídico "Ordem Tributária", permitindo a extinção da punibilidade com o mero pagamento da dívida, tem-se o desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade. Consequentemente, reduz-se todo um sistema jurídico penal a um mero cobrador de dívidas.

Por fim, no terceiro tópico, há a comparação entre o abrandamento da punição nos delitos contra o patrimônio e os delitos contra a ordem tributária, em relação à reparação do dano e ao pagamento devido.

1.A PROIBIÇÃO DO EXCESSO (ÜBERMASSVERBOT) E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE (ÜNTERMASSVERBOT) COMO ACEPÇÕES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No Direito Penal, a Proporcionalidade é princípio implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena, que está previsto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal. Este desdobramento ocorre porque, segundo este princípio, deve-se atribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as

consequências de seu comportamento. A criação de tipos penais incriminadores deve se constituir em atividade vantajosa para os membros da sociedade, pois impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta (Masson, 2019, p. 45).

O Princípio da Proporcionalidade se divide em 1) proibição do excesso (Übermassverbot) e 2) proibição de proteção deficiente (Üntermassverbot). Tais conceitos tiveram sua gênese no Direito Alemão, sob a inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmam as ideias de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores. A proibição do excesso (Übermassverbot) visa a frear o poder punitivo do Estado, tratando-se de um modelo normativo que obedece à estrita legalidade e é voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado (Dias, 2017). Nesse sentido, veda-se a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Por sua vez, a proibição de proteção deficiente (Üntermassverbot) é o revés da proibição do excesso, quando o Estado não legisla acerca de um determinado direito fundamental, desprotegendo-o, e não evita a impunidade. Também é desproporcial a imposição de sanção abaixo da medida correta.7

Na diccção de Queiroz (2006, p. 45), se por um lado deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado há a necessidade de evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais, quanto para menos.

2.A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE COBRANÇA DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS: A VERDADEIRA PROTEÇÃO DEFICIENTE (*UNTERMASSVERBOT)*

Infrações à legislação tributária acarretam, via de regra, sanções administrativas. Contudo, o legislador criminaliza determinadas condutas que apresentam maior caráter ofensivo, punindo-se, inclusive, com penas privativas de liberdade, a exemplo das condutas previstas nos artigos 1º e 2º da Lei 8137/90, no art. 168-A, do Código Penal (apropriação indébita previdenciária), e no art. 337-A do Código Penal (sonegação de contribuição previdenciária).

Em que pese o legislador ter escolhido punir, com pena privativa de liberdade, condutas que ofendem a legislação tributária, o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 permite a extinção da punibilidade a qualquer tempo, dos crimes contra a ordem tributária, desde que realizado o pagamento total da dívida. Assim,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

os crimes contra a Ordem Tributária previstos no art. 1º e 2º da Lei 8137/90, a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A CP) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A CP) tem a punibilidade extinta através do pagamento integral do crédito. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça corroboram esse entendimento, emitindo-o em diversos julgados, vejamos:

> O pagamento integral do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. (STJ. 5ª Turma.HC 362478-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/9/2017 Info 611).

> O pagamento integral do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. (STF. 2ª Turma. RHC 128245, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 23/08/2016)

É notável que, ao contrário da maioria dos crimes, não se analisa nenhum critério subjetivo, como o dolo ou a culpa. Assim, nos crimes contra a Ordem Tributária, não se faz nenhuma análise subjetiva da conduta do agente de se esquivar do pagamento, basta que se pague integralmente o débito para que seja determinada a extinção da punibilidade.

O Direito Penal Tributário é a ramificação específica do Direito Penal, tratando dos crimes contra a ordem tributária. Como ramo do Direito Penal, sujeita-se a todas as regras e princípios deste, e deveria se sujeitar também à análise dos elementos subjetivos (dolo e culpa). Sobre a questão, pondera Baltazar Júnior (2017, p. 796) que:

> Esse conjunto forma o chamado direito penal tributário, ou seja, o conjunto de normas de natureza penal que sancionam práticas relacionadas à violação de natureza tributária, que não deve ser confundido com o direito tributário penal, cujo objeto são as sanções de ordem administrativo-tributária.

Pode-se afirmar que, em que pese algumas particularidades, ontologicamente o delito penal tributário não se diferencia do delito penal comum. O Direito Penal Tributário é, portanto, o conjunto de normas que regulam os delitos

tributários e as respectivas sanções, sendo certo que o adjetivo "tributário" pretende apenas dizer que as normas penais, que fazem parte da disciplina matriz, colocam sob sua tutela matéria tributária (Pinto, 2001).

Como são aplicadas normas do Direito Penal aos crimes tributários, aplicam-se também os princípios próprios do Direito Penal, o que acaba por afrontar o Princípio da Intervenção Mínima e da Proporcionalidade, eis que se criminaliza uma conduta que poderia ser suficientemente punida pelo próprio Direito Tributário, através de suas multas e demais mecanismos de repreensão. Isso reitera o caráter seletivo do Direito Penal, tornando-o instrumento que pune os menos favorecidos e beneficia as elites (praticantes da criminalidade econômico-financeira). Pode-se verificar que o interesse do fisco, quando da criminalização da sonegação fiscal, reside na coerção do contribuinte ao pagamento do crédito tributário, e apenas isso. Confere-se, desta maneira, um efeito simbólico à pena.

Salienta-se que existe uma real dificuldade em se punir quem pratica crimes desse jaez, uma vez que, com o pagamento, extingue-se a punibilidade. Ora, se a conduta do indivíduo é tão grave que merece tipificação penal, não há motivos para estabelecer uma norma despenalizante sem qualquer critério subjetivo de avaliação, o que viola os princípios do Direito Penal. Essa questão, em verdade, deveria ser objeto apenas do Direito Tributário.

De acordo com a Portaria nº 75/12, do Ministério da Fazenda, foi determinado que não fossem ajuizadas execuções fiscais com valores abaixo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Diante dessa Portaria, defende-se a tese de que o novo parâmetro para análise da insignificância penal nos crimes tributários passou de 10 mil reais (de acordo com o art. 20 da Lei n° 10.522/2002) para 20 mil reais (com base na Portaria Ministério da Fazenda nº 75). Atualmente, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça declararam com válida esta mudança:

> HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada.
> 2. Para crimes de descaminho, considera-se, para a avaliação da insignificância, o patamar de R$ 20.000,00,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> previsto no art 20 da Lei n.º 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 d o Ministério da Fazenda. Precedentes.
> 3. Na espécie, aplica-se o princípio da insignificância, pois o
> descaminho envolveu elisão de tributos federais que perfa zem quantia inferior ao previsto no referido diploma legal.
> 4. Ordem concedida.
>
> (STF - Acórdão Hc 120617 / Pr - Paraná, Relator(a): Min. Ro sa Weber, data de julgamento: 04/02/2014, data de publicação: 20/02/2014, 1ª Turma)
>
> Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. STJ. 3ª Seção. REsp 1.709.029/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/02/2018 (recurso repetitivo).

Desse modo, com o estabelecimento deste patamar mínimo, considera-se insignificante tudo o que estiver abaixo do valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Percebe-se assim que há uma incoerência no Ordenamento Jurídico, pois, por exemplo, alguém que deixa de pagar tributo no montante de R$ 1.000,00 pode ter a sua pena extinta caso quite a dívida, enquanto que uma pessoa que furta um celular no valor de R$ 1.000,00 não terá sua pena extinta caso devolva ou pague o dano. O doutrinador Streck (2015) entende que:

> Qual é o recado que o Estado (lato sensu) dá? Tributos até R$ 20 mil não vale a pena pagar, por duas razões: a uma, o governo não cobrará, porque não vale a pena; a duas, porque, se não vale a pena cobrar, também não vale a pena processar criminalmente; é o que se chama "insignificância diferida" ou "insignificância por efeito colateral". Uma pergunta: está sobrando dinheiro no governo federal? Os procuradores que tratam disso não se insurgem? Lembro a todos que no Brasil tem uma coisa — que pode até não ter importância — que se chama Constituição. E tem outra coisa chamada "controle difuso". E mais ainda: *ninguém é*

> *obrigado a cumprir ordens flagrantemente ilegais* a tal Portaria o é, pois não? Queria ver uma Portaria do Ministério da Justiça dizendo que furtos quetais não deveriam ser perseguidos... Todos diriam: céus, que inconstitucionalidade. Pois é!

É induvidoso que o sistema penal-tributário, como hoje está posto, é flagrantemente contrário ao Princípio da Intervenção Mínima, pois este exige que somente as infrações que atentem gravemente contra os interesses do erário devam ser elevadas à categoria de ilícitos criminais. Dessa forma, o Direito Penal Tributário viola o Princípio da Proporcionalidade, uma vez que a proteção conferida por ele é insuficiente para o bem jurídico, pois a afronta estará perdoada com o pagamento integral do débito.

Convém lembrar que, os delitos contra a Ordem Tributária fazem parte dos chamados "crimes do colarinho branco", denominação criada pelo sociólogo Edwin Sutherland, quem também difundiu a Teoria da Associação Diferencial (ou Aprendizado da Delinquência). Para essa teoria, o comportamento criminoso é passível de aprendizagem, através de mecanismos ensinados por outros criminosos (Hoffman e Fontes, 2018, p. 143). Ferro (2008, p. 7) assim analisa esta teoria:

> Contudo, a teoria da associação diferencial de Sutherland não se concentra unicamente nas associações que determinam a criminalidade das classes baixas. Foi o autor quem introduziu o termo white-collar crime (crime de colarinho branco) no mundo acadêmico – em discurso intitulado The white collar criminal, proferido à American Sociological Society (Sociedade Americana de Sociologia), como seu presidente, em 1939 –, que seria pouco a pouco incorporado à linguagem científica nos Estados Unidos e em vários outros países, a exemplo da França (crime en col blanc), da Itália (criminalità in coletti bianchi) e da Alemanha (Weisse-KragenKriminalität). O seu ensaio sobre o crime de colarinho branco, no universo da Criminologia, publicado em 1949, foi a sensação editorial daquela década.

Desse modo, o pagamento integral do débito tributário trará a extinção da punibilidade, evidenciando que o Direito Penal está sendo utilizado apenas como meio coercitivo para o pagamento de tributos. Através da ameaça de prisão, paga-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se a dívida tributária junto ao Fisco, não importando se o agente tinha o dolo de praticar o crime.

Nesse sentido, há a violação do Princípio da Proporcionalidade, sobretudo há proteção deficiente (Üntermassverbot), gerando impunidade.

3.O TRATAMENTO DIFERENCIADO NA PUNIÇÃO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E DE CRIMES PATRIMONIAIS

Com o regra geral, o Direito Penal prevê, como consequência da reparação do dano, apenas o arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal), consistindo em causa especial de diminuição de pena. Tal diminuição incide somente nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, e com a reparação do dano, ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente. Por sua vez, a atenuante genérica prevista no art. 65, III, b, do Código Penal incide nos crimes contra o patrimônio se a reparação do dano ocorrer de forma posterior ao recebimento da denúncia.

Todavia, nos crimes tributários, a reparação integral do dano produz consequência distinta: a extinção da punibilidade. É verdade que há tratamento diferenciado nos crimes tributários em relação aos outros crimes, sobretudo os que atingem o patrimônio de particulares ou até mesmo o patrimônio público. Esse tratamento diferenciado é assim explicado por Ferro (2008, p. 18):

> Outra estratégia dos homens de negócios em prol da salvaguarda de suas reputações é o seu esforço no sentido de uma implementação diferente das leis a eles aplicáveis, mediante substituições dos procedimentos cabíveis por outros menos estigmatizantes, posto que não desejam ser presos por policiais, nem ser forçados ao comparecimento perante uma corte penal, ou tampouco ser condenados pelo cometimento de delitos.

Nos delitos tributários, é certo que o dano social é maior que nos crimes patrimoniais, pois o bem juridicamente protegido pertence a todos/coletividade (erário, arrecadação tributária ou a própria ordem tributária), e não apenas a um indivíduo (Hanger Júnior, 2015).

Há falta de isonomia entre o tratamento dispensado aos delitos contra o patrimônio (os previstos no título II do Código Penal) e aos crimes tributários (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, ambos do CP). Extinguir a punibilidade pelo pagamento do tributo sonegado é injusto, pois tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

benesse não é dada em crimes contra o patrimônio, a exemplo do furto (art. 155 CP). Assim, aquele que comete um crime menos grave não é favorecido pela extinção da punibilidade, mas somente com uma redução da pena.

O benefício concedido à criminalidade de colarinho-branco traduz a impunidade dos mais favorecidos economicamente, ainda que seus crimes causem maior impacto à sociedade. Assevera Streck (2015) que:

> De todo modo, talvez isso seja assim porque nenhum de nós, do andar de cima, tem amigos ladrões. No máximo, temos amigos sonegadores e lavadores, disfarçados no meio das festas que frequentamos. Questão de classe social (ou de estamentos, diria Faoro). Ninguém diz: "— Ah, meu amigo foi processado por ter furtado um botijão de gás". Isso é para a gente que não usa botas. Nós, que usamos cano longo (Sete Léguas), estamos imunes a isso. Mas há várias situações do tipo: "— Ah, um amigo acaba de receber habeas corpus porque sonegou tributos, mas ficou ao abrigo de uma Portaria do Ministério da Fazenda". Bingo!

O Estado, ao dispensar parcela da arrecadação tributária (quando não ajuiza execuções fiscais para determinadas dívidas), diminui sua receita, acarretando perda para os investimentos sociais, como educação, cultura, segurança pública, assistência social, gerando aumento de marginalização social e criminalidade. Enquanto isso, os homens "de colarinho branco" permanecem intocados pela justiça penal, sem privações, pois possuem todo o acesso a serviços que o dinheiro pode comprar. A mesma observação pode ser lida em Ferro (2008, p. 17):

> Os homens de negócios, leciona o doutrinador, não se vêem como enquadrados no estereótipo do criminoso ainda quando violam a lei. Por outro lado, usualmente pensam em si mesmos como violadores da lei – um eufemismo, sem dúvida –, contudo o fazem com orgulho, jactando-se, em suas relações particulares, pela prática de tais violações, porque a lei e não a sua infringência é que lhes parece reprovável. São apoiados por seus colegas nas violações em causa, o que lhes assegura uma consciência que geralmente não lhes incomoda. O sentimento de vergonha pelas práticas de negócios desleais, quando existente, parece reservado, com maior freqüência, aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> homens de negócios mais jovens, por não haverem assimilado ainda, completamente, a mentalidade e as atitudes peculiares ao reino dos negócios.

Com efeito, é de difícil compreensão os motivos pelos quais se aplica o Princípio da Insignificância aos delitos de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, ambos do CP), e não se aplica igual tratamento no caso de delitos contra o patrimônio. Entretanto, protege-se o criminoso de colarinho branco. Para a constatação dessa afirmação, basta analisar o tratamento jurídico dispensado ao arrependimento posterior e à extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, bem como a atual posição da nossa Corte Suprema no tocante à aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho (R$ 10.000,00) e ao furto de pequeno valor (R$ 100,00). Vejamos os julgados que demonstram a incoerência acima mencionada:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO DE R$ 2,95 (DOIS REAIS E NOVENTA E CINCO CENTAVOS) EM MOEDAS. RESTITUIÇÃO A EMPRESA VÍTIMA. ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SIGNIFICATIVA DA CONDUTA DO AGENTE. EXCEPCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.
> 2. Como regra, a aplicação do princípio da insignificância tem sido rechaçada nas hipóteses de furto qualificado, tendo em vista que tal circunstância denota, em tese, maior ofensividade e reprovabilidade da conduta. Deve-se, todavia, considerar as circunstâncias peculiares de cada caso concreto, de maneira a verificar se, diante do quadro completo do delito, a conduta do agente representa maior

reprovabilidade a desautorizar a aplicação do princípio da insignificância.

3. Ademais, embora seja pacífico na jurisprudência que a restituição
do produto do crime não constitui, por si só, motivo autorizador da aplicação do princípio da insignificância, indubitavelmente tal restituição, somada a outros fatores pode e deve ser considerada dentro do quadro definidor da reprovabilidade da conduta do(s) agente(s).
4. Acusado que, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraiu R$ 2,95 (dois reais e noventa e cinco centavos) em moedas, posteriormente restituído a empresa-vítima.
5. O Tribunal a quo, ao apreciar apelação, reduziu a pena-base ao mínimo legal e afastou a agravante da reincidência. Ainda que assim não fosse, esta Eg. Corte tem reconhecido a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a acusado reincidente que praticou furto qualificado.
6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 785.755/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que o rompimento de obstáculo para a prática do crime de furto denota a maior reprovabilidade da conduta dos agentes e afasta, por conseguinte, a incidência do princípio da insignificância. 2. O Tribunal regional, ao apreciar o recurso defensivo, decidiu em consonância com o entendimento desta Corte. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 746.011/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O fato é que, tendo em vista os objetivos do Direito Penal Tributário, bem como os bens jurídicos tutelados, não se justifica o tratamento mais benéfico dispensado aos que praticam crimes contra a ordem tributária. Nesse sentido é a opinião de Streck (2015):

> Não que eu quisesse que se arrebentasse com os sonegadores. O que eu queria era que fosse apenas aplicada a isonomia e a equanimidade. Por que o agente que pratica furto tem tratamento mais gravoso que o que sonega tributos?

Por medida de aplicação do Princípio da Isonomia, deve ser igual o tratamento dado aos criminosos comuns, que cometem crimes patrimoniais, e aos criminosos tributários, (arts. 16 ou 65, II, b, do CP), beneficiando-os apenas com a diminuição da sanção. Com efeito, há outra maneira para fazer valer o Princípio da Isonomia, que seria exatamente estender aos criminosos patrimoniais o mesmo tratamento dado aos que cometem delitos tributários, que é a extinção da punibilidade em razão da reparação do dano, visto que não há razão para beneficiar somente os criminosos tributários.

É importante refletir que a ordem tributária tem importância constitucional, e os direitos sociais são garantidos e custeados pelos tributos, de forma que um bem jurídico de tanta relevância requer suficiente proteção do Direito Penal. E se os delitos contra a ordem tributária são mais graves que os delitos patrimoniais sem violências, que sejam a estes estendidos iguais benefícios dados àqueles.

CONCLUSÃO

Nos crimes contra a Ordem Tributária, o pagamento integral do tributo gera a extinção da punibilidade, Assim, existe a possibilidade de qualquer pessoa, que tenha a intenção de cometer um crime tributário, ponderar a relação custo-benefício de sua ação. A lei penal-tributária não tutela de forma satisfatória a Ordem Tributária, a proteção é extremamente deficiente ao bem jurídico. Prova disso é a incapacidade da norma de causar temor aos sonegadores, claramente aqueles possuidores de poder econômico. O criminoso tributário não se sente criminoso, porque pode escolher ser apenado ou não.

Com efeito, é discrepante o tratamento dado aos criminosos tributários em relação aos que cometem crimes contra o patrimônio, o que gera violação ao Princípio da Isonomia, pois as reduções de pena aplicadas aos criminosos comuns são manifestamente mais desfavoráveis. Sabemos que o Direito Penal possui como objeto a proteção dos bens jurídicos considerados mais caros e importantes para a

sociedade, e não deve ser utilizado como meio de arrecadação de tributos, sob pena de total deturpação de suas finalidades.

Conclui-se, assim, que o uso incorreto do Direito Penal Tributário, como simples instrumento de cobrança de dívidas fiscais, evidencia uma total proteção deficiente (üntermassverbot) do Estado, também violando o Princípio da Proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais.** 11ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** 6ª Edição. 4ª Reimpressão. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro, 2017.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral, arts 1º ao 120.** 24ª Edição. São Paulo, Saraiva: 2018.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourém; FREIRE, Sheyla Canuto Barbosa. **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO EM DECISÃO DO STF: INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 12, n. 3 / 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral.** 15ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 4ª Edição. Salvador, Juspodivm, 2016.

DIAS, Jean. **A proibição do excesso (Übermassverbot) e a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) no direitopenal.** Disponível em: <https://jeancarlodias.jusbrasil.com.br/artigos/429256367/a-proibicao-do-excesso- ubermassverbot-e-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-no-direito-penal>. Acessado em 07 de maio de 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal, parte geral.** 2ª Edição. Editora Atlas: São Paulo, 2015.

FERRO, Ana Luísa Almeida. **SUTHERLAND – A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL E O CRIME DE COLARINHO BRANCO**. In: DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado

de Minas Gerais. n. 11 (jul./dez. 2008). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HANGER JUNIOR, João Carlos. **A INSIGNIFICÂNCIA COMO SINTOMA DA CRISE DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL E SUA AUTONOMIA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 23, nº 117. Novembro – Dezembro 2015, páginas 17 a 50.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Criminologia.** 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes tributários: aspectos criminais e processuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MANSOLDO, Mary Cristina Neves. **CRIMES TRIBUTÁRIOS SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO**. In: Revista Quesatio Iuris, vol 11, nº 02, Rio de Janeiro, 2018.

MASSON, Kleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral** – v. 1. São Paulo: 13 ed. Método, 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo.** 8ª Edição. São Paulo, Saraiva: 2017.

PINTO, Emerson de Lima. **A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015.

SOUSA, Susana Aires de. **Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

STRECK, Lênio. **Em Pindorama, furtar R$ 100 é mais grave que sonegar R$9.999!** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-29/senso-

incomum-pindorama-furtar-100-grave-sonegar-19999>. Acessado em: 07 de maio de 2020.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** In: O Estado Democrático de Direito: procedimentalismo versus substancialismo e os obstáculos representados pelo paradigma do modo (modelo) de produção do Direito e do paradigma epistemológico da filosofia da consciência. 4ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SISTEMA PENAL PLENO X SISTEMA ALTERNATIVO DAS APACS A RESSOCIALIZAÇÃO FUNCIONA?

ANDERSON LÚCIO DA SILVA: Bacharel em Direito. Formado pelas Faculdades Kennedy de Minas Gerais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RESUMO: O tratamento desumano nas prisões, com raras exceções, traz verdadeiras transformações psicológicas ao encarcerado. O sistema carcerário brasileiro é precário, com superlotação, o que gera verdadeiros conflitos internos entre os detentos, forçando cada indivíduo a buscar uma forma de sobrevivência. Essa situação ainda gera uma atuação repressiva por parte do Estado, na pessoa dos Agentes Penitenciários, muitas vezes, com raras exceções, despreparados para o serviço. Daí a importância deste trabalho que busca mostrar as realidades do sistema carcerário comum, como sendo um sistema falido, criador de verdadeiros problemas sociais, e do sistema carcerário das APACs, como sendo uma alternativa viável na busca de opções para aplicação da pena em uma jornada rumo ao melhor resultado final, sem dúvida a ressocialização dos encarcerados.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Carcerário; Sistema Carcerário Alternativo; Ressocialização.

ABSTRACT: The inhuman treatment in prisons, with rare exceptions, brings real psychological changes to the incarcerated. The Brazilian prison system is precarious, with overcrowding, which creates real internal conflicts between detainees, forcing each individual to seek a way of survival. This situation still generates a repressive action on the part of the state, in the person of the penitentiary agents, often, with rare exceptions, unprepared for the service. Hence the importance of this realities of the common prison system as a bankrupt system, creator of real social problems, and the prison system of APACs, as a viable alternative in the search for options for the application of the sentence in a day towards the best end result, no doubt the re-socialization of the incarcerated.

KEY WORDS: Prison system; Alternative prison system; re-activity.

1.INTRODUÇÃO

O alto índice de reincidência criminosa é um fato visível no Brasil e no mundo. Especialmente podemos notar os índices alarmantes de criminalidade nos

noticiários brasileiros e especialmente no dia a dia da sociedade, prova substancial de que o Sistema Prisional, o Sistema de Execução Penal no Brasil está completamente falido, chegando ser, muitas vezes criminoso. Uma fortuna do erário dos cofres Públicos é gasta simplesmente para piorar as pessoas. Fato de fácil constatação a medida que estes encarcerados são devolvidos a sociedade, um resultado visível da convivência com outros presos e principalmente do tratamento dado pelo Sistema Carcerário. O Atual Sistema apresenta resultados catastróficos no verdadeiro objetivo fim da pena que é a ressocialização e mesmo que fosse vontade dos governantes, não seria mais possível mudar este cenário.

Neste cenário atual em que a própria sociedade coloca em duvida a ressocialização destes indivíduos surge as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (As APACs), uma metodologia que tem como objeto "a recuperação do homem, matando o criminoso"[1] (Ottoboni, 2001) através da valorização humana, resgatando e em alguns casos, inserindo os valores humanos em cada indivíduo. Este é um sistema paralelo ao Governamental, de iniciativa privada, que apresenta dados de reincidência incrivelmente menor do que o apresentado no chamado Sistema Pleno, o que se deve a estratégia de apresentação aos presos de conceitos como responsabilidade, autovalorização, solidariedade e capacitação, aliados a humanização do ambiente prisional. Uma metodologia que apresenta resultados importantes e concretos, tais como fugas raras, índice de reincidência quatro vezes menor e a um custo duas vezes menor.

Segundo Pesquisa Realizada pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) publicado no site do CNJ, um preso no Sistema Prisional Comum, gera despesa de R$2.800,00 (Dois Mil e Oitocentos Reais), enquanto que no sistema alternativo das APACs, este custo gira em torno de R$1.000,00 (Mil Reais). Essa diferença entre os Sistemas aponta uma economia de R$9.000.000,00 (Nove Milhões de Reais) mensais caso seja esta metodologia amplamente aplicada e adotada no Brasil.

O Brasil é adepto de teoria mista de aplicação da Pena, ou seja, que envolve conceitos de duas outras teorias, o da Punição e o da Ressocialização como meio de se evitar novos crimes. Esta teoria adotada é mista porque busca devolver ao condenado o mal que ele praticou na sociedade, punindo-o de forma objetiva e adequada e ao mesmo tempo busca apresentar formas de reeducação social, inserindo em estágios o cidadão infrator novamente à sociedade, preparando-o para retomar sua vida sem que ele precise ou venha praticar novos crimes, afastando deste modo seu risco de convívio social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Presente trabalho apresenta aos leitores a realidade do Sistema Prisional Pleno, assim como a realidade do Sistema de Ressocialização das APACs, apontando suas principais diferenças e resultados com o objetivo de dizer qual atinge melhor o alvo da pena, segundo conceito doutrinário. No final, pretende buscar a resposta ao Problema: a Ressocialização Funciona?

Ao fazer uma análise do sistema prisional como um todo, apontando os reais e atuais problemas, vemos quais as soluções prováveis para se chegar ao fim do impasse não ressocializador da pena. Em qual cenário estaria hoje o sistema prisional Brasileiro, se houvesse uma maior preocupação com a recuperação do preso. Sabemos que na teoria, esta preocupação foi amplamente assegurada em nossa legislação, no entanto, não é o que se vê na prática. Reverter este quadro, melhorando o sistema é um dever de cidadania. O que se busca é ver na prática os resultados da aplicação ressocializadora da pena. No final, não é isso que se busca?

2.O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DA PENA DE PRISÃO

Em um primeiro momento, este trabalho busca apresentar uma visão geral acerca do surgimento e desenvolvimento do sistema prisional, ou seja, um breve histórico do surgimento do sistema penitenciário.

A origem da pena de prisão se deu no início do século XIX, quando o encarceramento tinha como objetivo a privação da liberdade do indivíduo ao mesmo tempo em que pretendia sua transformação, ou seja, tinha uma função dupla jurídico-econômica e técnica-disciplinar que fazia com que a prisão fosse considerada a pena mais imediata e mais civilizada.

Antigamente a justiça era atribuição dos Deuses e controlada pela Igreja. Antes do Século XVIII, as prisões não eram locais de cumprimento de pena, e sim de custódia, onde os infratores aguardavam por sua sentença que muitas vezes eram torturas, castigos infames e até mesmo execuções. Segundo Shirlei a pena de prisão só veio a ter caráter de punição somente no final do século XVIII quando as penas deixaram definitivamente de ter como caráter a tortura e a crueldade.

Segundo Durval Ângelo de Andrade em sua obra APAC – A face humana da Prisão, a pena de prisão teve muitas faces ao longo da história. Nas palavras dele (2016, p. 33):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *Originalmente, o sistema penitenciário não surgiu para cumprimento de pena. Foi concebido para aprisionamento cautelar, com o objetivo de reter o condenado até a sua punição, normalmente, na forma de castigo corporal, infame ou pena de morte. Antes disso não havia sequer pena. Na antiguidade, o que existia era vingança privada, com guerras sangrentas entre famílias ou grupos, que chegavam a ser dizimados. Depois que surgiu uma certa delimitação de castigo, com a lei de talião, o "olho por olho e dente por dente", encontrada por exemplo no código de Hamurabi (1700 a.C.).*

O código de Hamurabi era amplamente aplicado no direito medieval, onde era adotada a pena de morte por métodos cruéis, como fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento, e tinha como objetivo maior a intimidação para que outros não venham a cometer novos crimes. E foi o direito canônico que trouxe à pena uma finalidade educativa, onde procura-se dar um tom mais humano e moral a pena, ou seja, somente aí que houve uma preocupação com a salvação da alma do condenado. Entretanto ainda se praticava punições severas. Somente na Inglaterra houve a preocupação de se aplicar a pena com o intuito ressocializador. Nisso se resume as duas maiores teorias da Pena: A Retributiva e a Preventiva. A primeira que buscava a retribuição do mal causado a sociedade e a segunda que buscava reprimir o mal antes que ele acontecesse dando exemplos de punição com o fim de intimidar futuros delinquentes.

Na Inglaterra houve aplicação de um sistema progressivo baseado na disciplina do condenado que visava recompensar o condenado com seu bom comportamento. Era a evolução das duas teorias apresentadas acima, a chamada teoria Mista que busca tanto retribuir o mal causado a sociedade como também prevenir que outros venham pratica-lo e também se preocupa em recuperar aquele que praticou.

O Dr. Mario Ottoboni destaca em sua obra "Vamos Matar o Criminoso? Método APAC, precisamente das página 50 à 53, um tópico inteiro sobre a importância do sistema progressivo. Nas palavras dele (2014, p. 51):

> *Não há dúvida de que o sistema de execução progressiva das penas privativas de liberdade foi uma das mais importantes conquistas, em razão do estímulo que representa para o*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *condenado manter-se disciplinado e voltado para a própria emenda. A sua frente existe sempre uma porta, a esperança viva, visível, dos regimes semiaberto e aberto. A lei estabelece critérios para a concessão dos benefícios e destaca o peso que o mérito deve ter no momento da decisão. O mérito deve sempre sobrepor-se ao aspecto objetivo da pena, exatamente porque é nele que reside a segurança do condenado e da sociedade.*

Este sistema progressivo é o sistema misto, ou seja, abraça tanto a teoria retributiva como a preventiva ressocializadora e é exatamente essa a adotada pelo direito brasileiro em seu artigo 59 do código penal que diz (Código Penal):

> *Artigo 59: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*

A palavra reprovação exprime a ideia de retribuição, vinda da teoria retributiva, enquanto que a prevenção abrange a prevenção especial e geral da teoria prevencionista. No que diz respeito a prevenção especial, busca a neutralização e correção do criminoso e no que diz respeito a prevenção geral, busca a intimidação do homem propenso a cometer crimes e a manutenção da ordem e da paz social.

Os artigos 34 ao 38 do código penal, estabelece as características dos regimes prisionais a que estão sujeitos os que cometem crimes. O artigo 112 da lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal) prevê como deverá ser analisada a progressão de regimes na execução da pena do condenado, estipulando assim o sistema progressivo, baseado nas condições pessoais e no mérito. A literalidade do Artigo 112 da LEP:

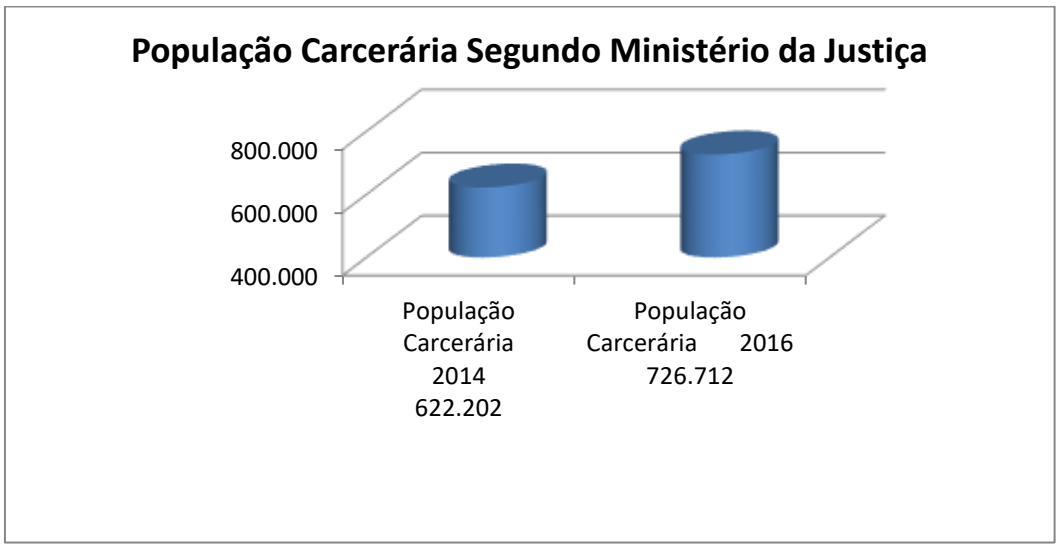
> *A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do*

estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

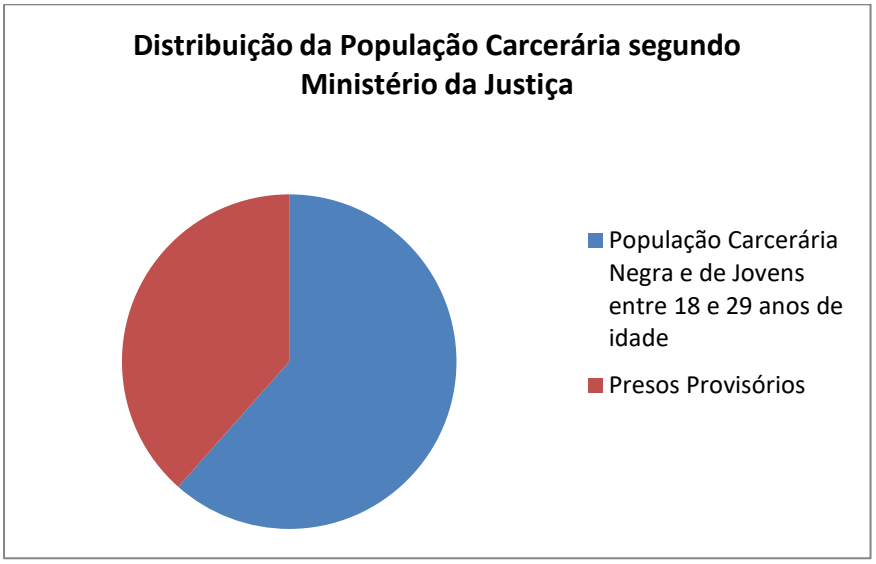
Por fim, o objetivo da pena é reprimir, prevenir e ressocializar. Entretanto não é essa a realidade das prisões brasileiras. O objetivo não foi alcançado e o sistema penal brasileiro está em crise existencial.

3.SISTEMA PENAL PLENO SEGUNDO INFOPEN E DEPEN

Segundo levantamento feito pelo Ministério da Justiça, o Brasil é o terceiro país com maior número de pessoas presas, atrás dos Estados Unidos e China somente. O total de pessoas presas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016. Em Dezembro de 2014, era de 622.202 pessoas, um crescimento de mais de 104 mil encarcerados. Neste levantamento, um dado significativo é que 40% são presos provisórios, que não têm condenação judicial, e 64% são negros e mais da metade são jovens entre 18 e 29 anos de idade. Os dados são do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) divulgado em dezembro de 2017 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça.

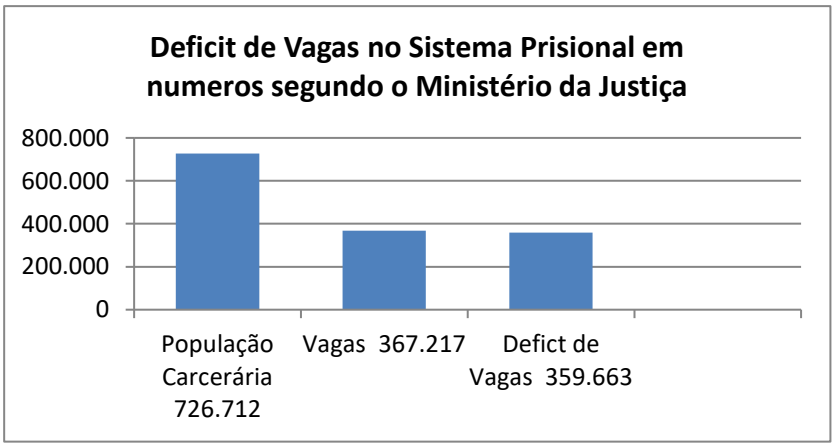


Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



O sistema prisional brasileiro conta com 368.049 vagas, segundo dados divulgados em junho de 2016, pelo Ministério da Justiça, precisamente na página 7 do levantamento, número este, estabilizado nos últimos anos.

No último levantamento feito pelo INFOPEN em 2016, 89% da população carcerária estão em unidades superlotadas, com mais presos do que o número de vagas. Comparando-se com os dados de dezembro de 2014 com o de junho de 2016, houve um aumento do déficit de vagas que passou de 250.318 para 358.363.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nos últimos 4 (quatro) anos, apesar das alternativas legislativas à prisão, houve um aumento significativo de presos provisórios, embora tenha se conseguido evitar um aumento da população carcerária em cerca de 140.000.

O Estudo mostra que tanto a nível nacional e Estadual, o aumento de número de vagas em presídios não acompanhou a alta das prisões. Em 2016 Minas Gerais tinha 36.685 vagas em cadeias e presídios para uma população de 68.354, uma taxa de ocupação de 187%, o que mostra superlotação. Desde a década de 90, houve um aumento de 707% na população carcerária no Brasil. O parâmetro usado para definir o termo superlotação é o artigo 88 da Lei de Execução Penal que prevê um espaço físico mínimo de 6 m² com um dormitório, um aparelho sanitário e um lavatório para um preso.

O Estado de Minas Gerais tem a segunda maior população prisional do Brasil com cerca de 68.354 detentos, ficando atrás somente do Estado de São Paulo, com 240.061 presos. O Paraná está em Terceiro lugar com 51.700 presos e o Rio de Janeiro aparece em quarto lugar, com 50.219 pessoas encarceradas. Os dados, coletados pelo departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) junto às unidades prisionais brasileiras, mostram que Minas Gerais tinha em 2014 em suas carceragens 56.342 detentos, sendo que 53.434 homens e 2.908 mulheres enquanto que em 2016 já eram 68.354, sendo 60.746 homens e 3.279 mulheres.

Na distribuição de vagas por tipo de crime ou natureza de prisão, o Estado tinha 44% dos presos em prisão provisória, sendo que destes 44%,

15% com mais de 90 dias de aprisionamento, o quinto maior índice do país. Ainda mais o país tem 32% em regime Fechado, 19% em regime semiaberto, 5% em regime aberto, e 1% cumpriam medida de internação, neste último caso, medida terapêutica para presos com algum desequilíbrio mental ou psicológico.

4.A FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO

O Brasil adotou no campo da teoria da pena a chamada teoria mista, ou seja, observa-se na aplicação da pena com dupla função: preventiva e retributiva. A partir de tais teorias, é possível observar a preocupação com a sociedade, e principalmente com o indivíduo, na medida em que sob o aspecto da prevenção especial lhe são proporcionados meios de assimilação de valores sociais que permitiriam seu retorno ao convívio social, dedicando-se a atividades lícitas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda no que se refere à teoria adotada, é interessante destacar que se busca devolver ao condenado o mal que ele praticou na sociedade, punindo-o de forma objetiva e adequada para prevenir outros crimes. Além disso, buscar-se apresentar formas de reeducação social, inserindo em estágios o cidadão infrator novamente à sociedade, preparando-o para retomar sua vida sem que ele precise ou venha praticar novos crimes, afastando deste modo seu risco de convívio social.

A teoria adotada é linda, porém ficou no primeiro estágio, pelo menos é o que se verifica da análise dos resultados apresentados pelo sistema prisional. A reincidência, o tratamento desumano nas prisões e os resultados cada vez mais deixando a desejar, mostram que o objetivo fim da pena de prisão no Brasil, não vem sendo alcançado, afastando por completo a teoria da prática.

O que se verifica diante dos dados apresentados periodicamente pelo Ministério da Justiça é a Falência da Pena de Prisão.

5.SISTEMA ALTERNATIVO DAS APACS

A APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados é uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, que objetiva recuperar o preso, proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a justiça restaurativa.

Para cumprir esta finalidade, as APACs aplicam uma metodologia constituída de 12 elementos fundamentais, a saber: Participação da comunidade; Recuperando ajudando o recuperando; Trabalho; Espiritualidade; Assistência jurídica; Assistência à saúde; Valorização humana; Família; O voluntário e o curso para a sua formação; Centro de Reintegração Social; Mérito; Jornada de Libertação com Cristo.

Vejamos cada um em separado:

Participação da comunidade: A participação da comunidade é essencial para o sucesso dos trabalhos da APAC. Ela se dá através da conscientização da comunidade acerca da necessidade de recuperar o cidadão infrator. Isso se dá especialmente através de audiências públicas que busca trazer voluntários e adeptos da metodologia aplicada com o objetivo de recuperar o homem, eliminando o criminoso para que haja uma sociedade cada vez mais justa e pacífica.

Recuperando ajudando recuperando: O ser humano nasceu para viver em comunidade e por isso é necessário ensinar o recuperando (termo usado para

identificar os presos da APAC) a viver em comunidade, acudindo os mais fracos e doentes, os mais idosos e prestando auxilio com conselhos aqueles que acabam de chegar ou mesmo que precisem em algum momento da vida na prisão. O Voluntário tem um papel importantíssimo no despertar destes valores no Recuperando.

Trabalho: O trabalho deve fazer parte do contexto da proposta, mas não deve ser o único elemento, pois somente ele não é suficiente para recuperar o preso. É necessário em primeiro lugar melhorar a autoestima de modo que o cidadão em cumprimento de pena se descubra, se valorize e enxergue seus méritos. Sem isso, o trabalho não terá sentido, se tornando apenas uma forma de passar o tempo. Em cada regime, o trabalho assume um sentido especifico. No Fechado, existe uma preocupação com a autoimagem do custodiado, no semiaberto, a atenção volta para a formação profissional e no aberto o trabalho tem enfoque na reinserção social.

Espiritualidade: Sem levar em consideração a religião ou credo individual de cada um, este elemento do método busca inserir valores espirituais, através de uma experiência efetiva com Deus, pautada na ética e nos bons costumes, levando a transformação moral do recuperando.

Assistência Jurídica: Uma das maiores preocupações dos presos de forma geral é o andamento de seus processos, principalmente na execução penal que é quando ele toma conhecimento dos inúmeros benefícios que a lei o proporciona. Entretanto, nesta fase, mais de 95% não tem condições para contratar um advogado. Essa assistência jurídica não tem o condão de tornar a Apac em um escritório de Advocacia e sim atender aqueles que realmente tiveram absorção da metodologia como um todo, de modo que ajude o recuperando a ter esperança em dias melhores, por tanto, não é o objetivo dar informações dos processos e sim estudar formas de abreviar o tempo de cárcere daqueles que realmente estão dispostos a retornar ao convívio pacífico em sociedade.

Assistência a Saúde: Este elemento esta intimamente ligado a autoestima do recuperando, colocado em cheque no elemento trabalho, pois sem saúde, o indivíduo não pode ou não consegue trabalhar. Quando alguém se preocupa com a saúde do Recuperando, ele se sente valorizado, principalmente, quando se vêm de um lugar inóspito de abandono a própria sorte. O objetivo mais uma vez é valorizar o ser humano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Valorização Humana: Este elemento busca de todas as formas resgatar o ser humano reformulando a autoimagem daquele que errou. O primeiro contato dos presos que chegam na APAC, inicia-se com a simples pergunta: Qual é o seu nome? E a partir deste momento é chamado pelo nome, valorizando e resgatando o homem. A Valorização Humana passa pela visita a familiares, pela preocupação com a vida do indivíduo como um todo buscando atende-lo em suas necessidades. Sentindo-se valorizado, absorve com mais interesse o que esta sendo proposto. A Valorização também passa pela educação básica, procurando formar cidadãos úteis a sociedade.

Família: O objetivo deste elemento do método é resgatar o vínculo, muitas vezes perdido, de recuperando com seus familiares. Também busca a dar apoio aos familiares, principalmente com intuito de estruturar a família, de forma que, após cumprida a pena, o recuperando possa voltar para o seu lar, e veja este lugar como um lugar saudável. Muitos presos vêm de lares desestruturados e a partir daí propícios a criminalidade. É necessário, portanto mudar o ambiente do qual ele emergiu. Existem também aqueles que realmente foram abandonados por seus familiares e precisam de uma atenção especial. Para estes, a metodologia prevê o apadrinhamento de voluntários que assumem o papel de parentes dando apoio ao recuperando. Tudo é feito de forma voluntária.

O voluntário e o curso para a sua formação: Este elemento está intimamente ligado ao primeiro elemento que é a participação da comunidade. Apenas o setor administrativo da APAC é remunerado. Todo o resto do trabalho é feito por voluntários que devem passar por curso de formação fornecido pela APAC ou por entidades parceiras como a FBAC, lembrando que o inicio de todo o trabalho se deu em São José dos campos, pela pastoral carcerária intitulada de "AMANDO O PROXIMO, AMARÁS A CRISTO". No Método APAC, o amor é gratuito e a recompensa é a graça de Deus.

Centro de Reintegração Social: Este elemento está voltado para tratar da preparação do recuperando para a volta a sociedade. Trata-se de pavilhões criados pela APAC destinados aqueles que conseguiram os benefícios do Regime Semiaberto e Aberto. No Semiaberto, busca preparar o indivíduo com cursos profissionalizantes, dando a oportunidade de voltar a sociedade com profissão e no Aberto, eles vão em casa e também realizam trabalhos voluntários em asilos e outros setores da sociedade. Com este elemento, o método busca respeitar todo o sistema progressivo da pena, acompanhando o recuperando até o fim de sua jornada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mérito: Este é aferido por uma comissão técnica de classificação e de estrema importância para que o recuperando alcance o benefício de regimes menos rigorosos. Este deve-se sobrepor ao lapso temporal que é o requisito objetivo da lei para deferir regimes menos gravosos. A Metodologia acredita que se bem aplicado o Mérito individual, isso protegerá o próprio recuperando e também a sociedade.

Jornada de Libertação com Cristo: Constitui o ponto alto da metodologia, estruturado em palestras de reflexão, testemunhos, um misto de valorização humana e religião com o objetivo de provocar no recuperando a adoção de uma nova filosofia de vida, durante três dias de reflexão e interiorização de valores.

Estes 12 elementos do Método APAC são de extrema importância para o sucesso do trabalho e deve ser observado como um todo. Não se pode aplicar este ou aquele elemento por considerar um importante e outro não. O trabalho consiste na observação de todos os elementos, caso contrário, todo o trabalho fica comprometido. Para fiscalizar se as APACs estão observando a metodologia, existe a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC) que tem como missão congregar e manter a unidade e uniformidade das APACs do Brasil e assessorar a aplicação do Método APAC no exterior. Tem ainda a tarefa de orientar e fiscalizar a correta aplicação da metodologia, além de organizar congressos, seminários, e ministrar cursos de capacitação e treinamento para funcionários, voluntários recuperandos e autoridades. Está filiada à *Prison Fellowship International* - PFI, organização consultora da ONU para assuntos penitenciários, presente em mais de 120 países. Ela é uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, que mantém a sua sede em Itaúna – MG

5.1. A possibilidade de contribuição da APAC para a melhoria do sistema de execução penal no Brasil

De acordo com o que foi demonstrado, o sistema prisional tradicional não tem obtido êxito na aplicação dos direitos previstos na Lei de Execução Penal, pois existem vários problemas relacionados à estrutura das unidades prisionais, bem como o alto índice de reincidência e indicadores de desrespeito aos direitos do preso que não foram limitados pela sentença penal condenatória.

Por outro lado, a metodologia da APAC proporciona o efetivo cumprimento das disposições legais acerca do cumprimento de pena, ressaltando-se a valorização dos recuperandos e a efetiva contribuição para o seu processo de ressocialização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por tais razões, é possível sustentar que a ampliação do número de pessoas em cumprimento de pena das APAC pode ser uma das alternativas viáveis para se buscar a melhoria das condições de cumprimento de pena no Brasil em regime fechado. Ela poderia se constituir também como uma das estratégias de redução dos índices de reincidência, os quais a um só tempo causam descrença na efetividade do sistema de justiça criminal e se constituem em novos vetores de violência na sociedade.

A possibilidade de ampliação da rede de atendimento das APAC teria repercussão ainda nos regimes semiaberto e aberto, incrementando-se a atuação dos Centros de Ressocialização Sociais, os quais igualmente proporcionariam maior efetividade no acompanhamento das pessoas que paulatinamente retornam ao convívio social, assegurando a implementação de um processo de ressocialização que permita a prevenção especial, positiva e negativa.

6.METODOLOGIA

Metodologia científica é o conjunto de atividades sistemáticas e racionais que com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo, ou seja, os conhecimentos válidos e verdadeiros, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista (LAKATOS M. D., 2010, p. 65).

É neste momento que escolheremos o tipo de pesquisa a ser realizada para desenvolver o problema proposto: Sistema Penal Pleno X Sistema Alternativo das APACs – A Ressocialização funciona?

Para encontrar a resposta a essas indagações, o trabalho tomou como base as pesquisas bibliográficas e documentais mitigadas com a pesquisa descritiva. Passou pela busca de informações dos resultados obtidos tanto no sistema convencional como no sistema alternativo investigado, pela análise de um vasto número de publicações acerca do tema proposto, tanto em sites acadêmicos como literaturas especificas, que em grande maioria são remetidas a um mesmo autor, Dr. Mario Ottoboni, fundador do método de ressocialização usado nas APACs.

Algumas indagações foram respondidas com base em pesquisas realizadas, tais como: A necessidade da pena prisão, como surgiu, atuais condições e resultados obtidos tanto no sistema Pleno como no sistema Alternativo das APACs. Para chegar a este objetivo, passamos por análises criteriosas de publicações sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o sistema penitenciário Pleno e o Alternativo. Suas principais vantagens e desvantagens. A análise foi feita através de fichamentos de literaturas e documentos coletados.

Por fim, com as informações coletadas, o presente trabalho busca indicar qual o sistema mais adequado para a ressocialização do condenado e qual deles respeita os mandamentos legislativos implícitos, tais como: Reprimir, recuperar e ressocializar.

7.CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disciplina dentro das APACs é rígida e a rotina diária de atividades é intensa. Os recuperandos despertam às 6 da manhã e o horário de silêncio é às 10 da noite. Faz parte da rotina a obrigatoriedade aos estudos, ao trabalho, a participação nos atos relativos à valorização humana, grupos de autoajuda, etc. Uma vez inserido neste contexto, e percebendo a importância e o alcance do trabalho, o próprio interno busca participar das atividades, sem qualquer tipo de cobrança e o mais importante é que eles mesmos buscam evitar qualquer desvio de conduta de outros colegas para impedir a falência do trabalho. Com isso, toda a dinâmica e engrenagem da metodologia passa a partir de um dado momento, ser inspecionado pelos próprios internos, baseado tão somente no amor, na confiança e na disciplina, tanto que as chaves dos Centros de Ressocialização Social ficam nas mãos dos recuperandos mais antigos e adaptados ao método.

A disciplina é rígida e a rotina diária de atividades é intensa. Os recuperandos despertam às 6 da manhã e o horário de silêncio é às 10 da noite. Faz parte da rotina a obrigatoriedade aos estudos, ao trabalho, a participação nos atos relativos à valorização humana, grupos de auto-ajuda, etc.

Além dos funcionários que atuam especificamente no setor administrativo, as APACs contam com cerca de 1.500 voluntários2 atuando nos mais diversos setores, como saúde, educação, valorização humana, revistas, etc.

2 Os dados apresentados foram extraídos de informações prestadas pelo Sr. Eduardo Neves, Assessor de Comunicação da FBAC através de e-mail em 22/08/2018, bem como análise da Cartilha do Programa Novos Rumos desenvolvida pelo TJMG, publicada no Site em Março de 2018.

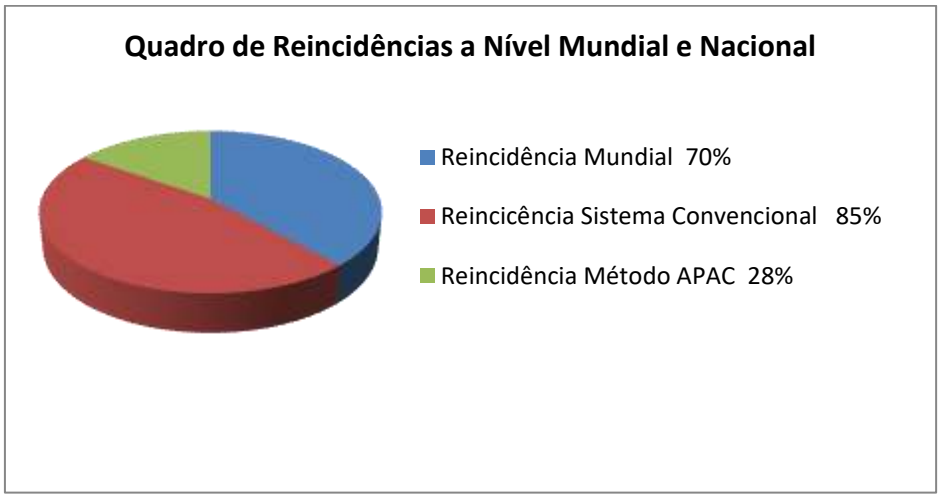
Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Atualmente existem 123 APACs filiadas à FBAC(Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados) organizadas juridicamente, sendo 49 APACs funcionando em sede própria, sem o concurso das polícias civil, militar ou agentes penitenciários em 5 estados brasileiros (Minas Gerais, Maranhão, Paraná, Rio Grande do Norte e Rondônia), atendendo uma média de 3.500 recuperandos. A que mais se destaca no Estado de Minas Gerais, e a APAC de Santa Luzia com 233.759 km² de extensão territorial, localizada na região Metropolitana de Belo Horizonte.

Existem ainda 74 APACs filiadas à FBAC, em diferentes fases de implantação e outros 23 países, como Alemanha, Chile, Colômbia, Costa Rica, Estados Unidos, Holanda, Hungria, Portugal, Uruguai, etc., já aplicam parcialmente o Método APAC.

Segundo a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, a média de reincidência nas APACs é de 28%, diferentemente da média de reincidência no Brasil, que está em torno de 80% a 85%, e a média mundial, cerca de 70%. O custo *per capta* médio nas APACs, por recuperando é de R$ 1.089,73 contra R$2.700,00 no sistema convencional.



Um outro dado interessante divulgado pela Fraternidade, é que desde de 1972, nunca foram registrados rebeliões, assassinatos ou atos de violência nas APACs e ainda as fugas são reduzidíssimas.

Não se criam APACs por decreto, nem pela vontade única desta ou daquela autoridade. Para o sucesso das APACs, é imprescindível a participação da

comunidade, e o apoio institucional dos Tribunais de Justiça, da Procuradoria, do Governo do Estado e de outros parceiros.

Os Recursos das APACs, no estado de Minas Gerais, vêm especialmente através de convênio firmado com o Estado com base legal na lei 15.299/2004. Trata-se de uma emenda a lei de Execução Penal do Estado, a de numero 11.404 de 25 de Janeiro de 1994. Acrescenta os artigos 157, 176A e 176B que dá os parâmetros legais para que as APACs firmem convênios com o Estado. Outra fonte de recursos financeiros das APACs são as doações de pessoas físicas, jurídicas e entidades religiosas, por meio de promoções sociais e contribuições de seus sócios além de recursos advindos da comercialização dos produtos das oficinas profissionalizantes.

8.CONCLUSÃO

Ao demonstrar a real situação do Sistema Carcerário Brasileiro, especialmente em Minas Gerais, e seus resultados em busca do objetivo fim da pena por meio da análise da atual situação do Sistema Carcerário Pleno e do Sistema Carcerário Alternativo das APACs, o que se busca é proporcionar ao leitor uma análise crítica do atual sistema carcerário, apontando por si mesmo as vantagens do sistema carcerário alternativo das APACs.

Ao fazer esta análise, o leitor terá condições de apontar a necessidade de rever as políticas aplicadas no sistema como um todo e a ampliação do sistema alternativo das APACs como alternativa viável para o sistema carcerário, tanto financeiramente como nos resultados alcançados.

9.REFERÊNCIAS

ANDRADE, Guilherme Augusto Cruz. **Falência do Sistema Carcerário Brasileiro**. Brasília: 2017.

ANDRADE, Durval Ângelo. **APAC – A Face Humana da Prisão.** Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, João. Lei 7.210 de 1984 – **Lei de Execução Penal**. Planalto, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

JUNIOR, Joaquim Martins. **Como Escrever Trabalhos de Conclusão de Curso.** Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NOGUEIRA, Marden de Carvalho. **Sistema penitenciário brasileiro e efetivação dos direitos humanos.** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2014.

OTTOBONI, Mário. **Vamos Matar o Criminoso.** São Paulo: Editora Paulinas, 2014.

NOVOS RUMOS, Tjmg. **Cartilha do Programa Novos Rumos**. Belo Horizonte, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AO AGENTE DO JOGO DO BICHO

RUAN DOS SANTOS FERNANDES: Advogado inscrito na OAB/SE 8369, Assessor Jurídico do Munícipio de Itabaianinha, Conselheiro Municipal de Educação, Conselheiro Fundeb, especialista em Direito Tributário, tendo sido articulador UNICEF.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo buscar a reflexão sobre a aplicação do princípio da adequação social para afastar punibilidade daqueles que exploram e/ou realizam o jogo do bicho, apresentando ao leitor, inicialmente a sua origem, e posteriormente, o contexto histórico das normas que tipificaram positivaram a punição, a evolução histórica e a relação que tem a sociedade com o jogo, sendo o último o fator prepoderante para o tema do artigo em questão.

Palavras-chave: Jogo; Bicho; Adequação; Social; Extinção; Punibilidade.

ABSTRACT: The present work aims to reflect on the application of the principle of social adequacy to remove punishment from those who exploit and / or play the animal game, presenting the reader, initially, its origin, and later, the historical context of the norms that they typified the punishment, the historical evolution and the relationship that society has with the game, the latter being the preponderant factor for the theme of the article in question.

Keywords: Game; Animal; Adequacy; Social; Extinction; Punishment**.**

A ORIGEM DO JOGO DO BICHO

Em uma entrevista de emprego, Sílvio Satos certa vez disse que jamais quisera ser dono de emissora de televisão. Sua única intenção seria publicizar seus produtos, especialmente o famoso baú da felicidade.

No entanto, quando os donos das emissoras de televisão começaram a colocar impercílio para o referido Empresário vender seus produtos, o mesmo se vendo diante da citada impossibilidade, como alternativa para alcançar seus objetivos, o mesmo comprou sua própria emissora de televisão e construiu um império, denominado de grupo SBT.

Alguns acham que foi sorte. Outros diriam que foi o acaso. Outros falam em genialidade. Mas como se percebe acima, primeiramente, tudo surgiu porque houve

a necessidade. Necessidade de continuar seguindo com os negócios. Notadamente percebe-se que a necessidade e os negócios sempre andam entrelaçados.

Curiosamente, o jogo do Bicho foi criado com uma idéia completamente diferente do que ele é atualmente. Assim como Sílvio Santos, O Barão, João Batista Vianna Drummond, só queria atrair mais público, para arcar com os custos de manutenção de seu Jardim Zoológico.

Em 1892, o barão resolvera criar tal jogo das flores, tendo um fim diferente do que é hoje, o jogo nascera com um meio para se obtiver outro fim. O Mestre e Professor da UEFS, Jair Nascimento Santos, com seu brilhantismo de sempre, descreveu a origem do jogo do bicho da seguinte maneira:

> Assim, na iminência de fechar o Jardim por falta de fundos para a manutenção, o Barão aceita a idéia de um mexicano chamado Manuel Ismael Zevada, seu axiliar, "que bancava por conta própria um tal Jogo das Flores na Rua do Ouvidor" (Vianna, 1990), no qual cada uma das flores recebia um número de acordo com uma tabela; assim transpô-se o jogo da seguinte forma: Ao adquirir um ingresso de mil de réis para o Zôo, o comprador concorreria ao pr^meio de vinte mil réis caso o animal desenhado no bilhete concidisse com o mesmo que seria exibido em um quadro algumas horas depois do interior do zoológico. para tanto, o Barão mandara desenhar vinte e cinco animais diferentes e a cada tarde um quadro diferente ou repetido era exibido a partir das três horas da tarde.
>
> O jogo agradou tanto que logo se espalhou pela comunidade, escapando ao controle - monopólio - do Barão, então a polícia, acreditando ser a idéia de caracterísitcas de vício, proibiu o jogo, mas já estava tão popular que centenas de pessoas - banqueiros - vendiam as poules com os números referentes aos bichos, escolhidos pelo Barão de Drummond, atrelados ao sorteio da Loteria Federal, em face de isto, os números tiveram que aumentar e como o número de bichos eram vinte-cinco, fez-se a divisão dos cem números da loteria, cabendo assim quatro números para cada bicho. [1]

A necessidade do barão de achar uma alternativa para continuar com o jardim zoológico aberto, se transformou em uma grande oportunidade de negócio e, posteriormente, em um delito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DA "GUERRA" CONTRA O JOGO DO BICHO E DA TIPIFICAÇÃO COMO CONTRAVENÇÃO

Conforme já mencionado, o jogo do bicho logo se transformou numa grande oportunidade de negócio, tendo se expandido para outros Estados, conforme bem relatou DAMATTA, "*o sucesso do jogo do bicho não se limitou ao Rio de Janeiro. Em 1894 já existiam variantes do jogo em outras partes do país: Rio Grande do Sul, Espírito Santo, Minas Gerais e Santa Catarina*" [2].

O Mestre Carlos Eduardo Martins Torcato, escrevendo sobre o poder público e o jogo do Bicho escreveu:

> O primeiro relatório policial encontrado sobre o tema data de meados de 1899. Nele, o Delegado de Polícia do 1º Distrito de Porto Alegre João Leite Pereira da Cunha lamentava-se sobre os males que o jogo do bicho trazia para a cidade de Porto Alegre. Uma das mais repugnantes orgias das pueris ambições da ingenuidade do publico assentou desde certo tempo nesta Capital os tendões de sua ignomínia, avassalando com a sua acção perversora e fatal exercida por uma cáfila de exploradores sem escrúpulos sem honra e sem fé o espirito de uma enorme parte desse mesmo publico inclusive grande numero de famílias pobres que tem sido as mais assinaladas vitimas na decapitação dos seus poucos haveres. Essa ignóbil exploração denominada jogo do bicho (...) (sublinhado no original) 3 Essa "escandalosa e detestável rifa" desvirtuava. Os "moços empregados no comercio, artistas, operários, etc., tem abandonado espontaneamente as suas profissões honrosas, para á vadiagem de vendedores de bichos[3]

Segundo o Mestre Carlos Eduardo, naquela época foi declarada uma guerra sem trégua, contra o jogo do bicho, especialmente pelo então Delegado de Polícia Pereira da Cunha veja o relatório escrito pelo então Delegado:

> Alastrando-se como se vê, desenfreadamente o vício por esse conducto nefasto na sociedade portoa legrense, e sendo assaz freqüentes as denuncias escriptas e vocaes que quase diariamente chegam ao vosso e ao meu conhecimento, julguei opportuno agir, mas agir de modo enérgico e mesmo se fosse necessário, no sentido de por uma guerra sem trégua debelar essa desastrosa orgia de fraudes que ameaçava contaminar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> tudo, e onde o que mais se pendia eram as noções do brio e da moral7····.

Como podemos perceber, o Delegado certamente não ganhou a guerra, pelo menos, não conseguiu atingi a seu objetivo, pois o jogo do bicho continuou crescendo e se expandido, mesmo após 100 anos.

Há de se registrar, no entanto, que não foram apenas as autoridades policiais que buscaram travar uma guerra contra o jogo do bicho. Alguns políticos resolveram travá-la, também.

Em 1890, o jogo do bicho sofreu um grande golpe, capitaneado pela classe política, sendo classificado pelo Código Penal de 1890, em seu art. 8º, como contravenção.

O referido código, regulamentava o jogo de azar em 8(oito) artigos, vindo a sofrer diversas alterações ao longo do tempo.

Carolina Malagoli Krelling destaca que a doutrina na época classificava o jogo de azar da seguinte maneira:

> *"O termo "jogo de azar" aparece pela primeira vez no Brasil Republicano no Código Penal de 1890, o qual caracterizava como jogo de azar todo aquele em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte".*[4]

Para o azar dos bicheiros, o jogo do bicho era movido à sorte e obviamente o jogo do bicho passou a ser caracterizado como contravenção penal.

Nucci em seu Manual de Direito Penal explica a diferença entre crime e contravenção, vejamos: "o *direito penal estabeleceu diferença entre crime (ou delito) e contravenção penal, espécies de infração penal. Entretanto, essa diferença não é ontológica ou essencial,* ***situando-se, tão somente, no campo da pena*** *"* ***[5]***. A doutrina aponta, ainda, outras diferenças - as quais deverão ser tratadas em outra oportunidade-.

A Mestra Caroline Malagoli, explicitando o posicionamento da época, transcreveu:

> Oscar de Macedo Soares tece críticas aos jogos de azar, bem como lamenta a necessidade do Estado em manter o "monopólio imoral" das loterias federais ou públicas. Para o autor, "ninguém ignora que o jogo favorece a ociosidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> separando a ideia do ganho da do trabalho", nem "desconhece as revoluções súbitas que ele produz no patrimônio das famílias 27 particulares em detrimento da moral pública e da sociedade em geral". Sustenta ainda que por vezes, na administração de um grande Estado, a tolerância ao jogo é um ato necessário quando a autoridade não pode sufocar as paixões – então ao menos vigia os que a ela se entregam. Impossibilitada de impedir os vícios, cabe à polícia prevenir os crimes; entretanto, tolerar o jogo não significa autorizá-lo. Bem sabem os legisladores que os vícios são as maiores chagas sociais, uma vez não podendo extirpar esse mal, busca atenuar seus efeitos nocivos por meio da lei (SOARES, 2004, p. 737) Soares afirma ainda que o jogo criminoso (proibido) é o jogo de azar, porque é o que maior prejuízo pode causar ao patrimônio da pessoa, à tranquilidade familiar, e ao interesse da sociedade. Sendo assim, na opinião do autor o Código brasileiro foi bastante claro ao defini-lo e excetuou as corridas a pé ou a cavalo (ou outras semelhantes) pelo fato de que estas configuram uma mistura entre o que se chama jogo de azar e o jogo de destreza ou exercício; o que significa que nessas corridas podem predominar tanto o azar quanto à destreza, ou estes podem equilibrar-se (SOARES, 2004, p. 738) [6]

Infelizmente, em 1941, o jogo do bicho ganhou ainda mais relevância dentro do direito penal ao se tornar uma modalidade própria de contravenção penal, levando em consideração que o Decreto Lei 3.688/41, em seu art. 58, fez a seguinte tipificação:

> **Art. 58.** Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:
>
> Pena - prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.
>
> Pena - prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.
>
> **Parágrafo único**. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando à obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Apesar da insistência do legislador em buscar combater o jogo do bicho por meio de punição do Estado, no entanto, o jogo do bicho continuou a se fortalecer, vez que exercia cada vez mais importância social dentro das comunidades e das cidades.

No próximo capítulo, abordaremos a influência dessa importância do jogo do bicho para o direito penal.

DA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE DO JOGO DO BICHO PELA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Notadamente, o contexto axiológico da época em que surgiu o então jogo das flores e do surgimento do Código Penal, era completamente diferente dos dias atuais. Os valores que se buscavam através da norma positivada, naquele tempo, não são os mesmos valores de agora.

Diante daquele contexto histórico é possível compreender a forte rejeição aos jogos de azar pela doutrina e por alguns políticos brasileiros. Há de destacar, no entanto, que ao longo do tempo, parte da doutrina e dos políticos começou a entender e até defender a legalização do jogo do bicho, entendo a importância do valor axiológico do referido jogo dentro das comunidades e das cidades, socialmente e economicamente.

Tanto é verdade, que por volta de 1911, foi publicado o Decreto 8.598, alterando substancialmente a lei 2.321, ampliando o conceito de loteria e permitindo que Pessoas Jurídicas pudessem executar operações similares ao jogo do bicho, mediante autorização do Ministro da Fazenda.

Há um ditado muito popular que traduz a respeitabilidade e a confiança que a sociedade tem nos bicheiros, qual seja, "palavra de bicheiro é lei". Certamente, o referido ditado bem demonstra dois fatores importantes – primeiro que a sociedade aceita o jogo do bicho; segundo que ela confia-.

De fato, o jogo do bicho tem exercido forte e importante influência nas cidades, sobretudo, nas cidades pequenas e nas comunidades, onde há bastante desemprego e pouca geração de renda. Diante desse cenário, o jogo do bicho tem sido a agua no sertão, a luz na escuridão, o pão na mesa do pobre.

É comum que numa região onde há aproximadamente 30 mil habitantes, o jogo do bicho gera renda para mais de 100 pessoas diretamente e mais de 500 indiretamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme já citado, a sociedade além de aceitar, tem com o jogo do bicho a confiança. É bem verdade que a maioria dos bicheiros são pessoas cativantes e generosos, buscando quase que sempre apoiar as suas comunidades por meio de ações sociais, e por vezes, suprindo a própria ausência estatal.

Essa relação de apoio e confiança recíproca de povo e jogo do bicho, talvez seja o grande ingrediente que fez jogo do bicho prosperar, apesar do Estado tipificar tal negócio como ilícito.

Diante deste cenário, o jogo do bicho atualmente é considerado como ato cujo fato é adequado socialmente, pois conforme se rememora, goza da aceitação e da confiança popular, devendo ser afastada a tipicidade da conduta, nos termos do princípio da adequação social, conforme ensina Rogério Sanches

> "o princípio da adequação social foi idealizado por Hanz Welzel, definindo que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada".[7]

A mestra, buscando explicar o princípio da adequação social, cita Hanz Welzel, no sentido de ele "*exprime o pensamento de que ações realizadas no contexto de ordem social histórica da vida são ações socialmente adequadas – e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo legal*". [8]

Sendo assim, apesar de a ação aparentemente ser típica (isto é, prevista em lei como delito), **sendo esta socialmente aceita pela comunidade, exclui a criminalidade do ato.**

CONCLUSÃO

Pelas lições acima, resta cristalina que o vivenciamos em ambiente completamente diferente daquele em que a norma foi positivada para punir aqueles que executam e/ou exploram o jogo do bicho.

Naquela época, Assim como a exploração do jogo do bicho, o adultério e o rapto consensual era punido pelo estado. Certamente, a norma surgiu como objeto de defender alguns valores que se entendiam essenciais pela própria sociedade.

Ocorre que aqueles valores defendidos já não são o mesmo, sendo que com a mudança de valores, deve ocorrer a mudança da própria pretensão punitiva do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Estado, pois não há razoabilidade em buscar punir um fato defendido e amplamente aceitado pela própria sociedade, como é o jogo do bicho.

Portanto não restam dúvidas de que o principio da adequação social deve ser aplicação nas ações cujo Estado pretenda punir alguém por ter executado ou explorado o jogo do bicho, devendo, imperiosamente ser afastada a punição pela contravenção penal.

NOTAS:

[1] SANTOS, Jair Nascimento. **PARATODOS BAHIA: UMA ORGANIZAÇÃO NO JOGO DO BICHO.** 1996

[2] (DAMATTA, 1999: 79-80)

[3] TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **O poder público e o jogo do bicho: o caso de Porto Alegre**.

[4] **KRELLING**, Caroline Malagoli. **A noção de jogo de azar entre o direito brasileiro e o direito italiano: Aspectos penais e civis dos jogos de azar nos séculos XIX – XX**. 2014

[5]NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 177.

[6] **KRELLING**, Caroline Malagoli. **A noção de jogo de azar entre o direito brasileiro e o direito italiano: Aspectos penais e civis dos jogos de azar nos séculos XIX – XX**. 2014

[7] CUNHA, Rogério Sanches. Op. Cit. p. 80.

[8] **KRELLING**, Caroline Malagoli. **A noção de jogo de azar entre o direito brasileiro e o direito italiano: Aspectos penais e civis dos jogos de azar nos séculos XIX – XX**. 2014

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O EMPREGO DA FORÇA DESPROPORCIONAL UTILIZADO PELA POLÍCIA NAS OPERAÇÕES

CARLIANE CRUZ SILVA:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus CEULM/ULBRA

Resumo: Com o aumento da violência nas grandes cidades, em particular nos bairros periféricos, resultou em um nicho denominado de "violência da polícia". Essa prática é resultado das ações de operação realizadas pela polícia, em que muitas vezes é utiliza-se a truculência e/ou força desproporcional que extrapolam os limites da legalidade, que resulta em violência. Esse artigo relata que os resultados das ações podem resultar em: prisões ilegais, desaparecimento de pessoas, execuções sumárias, maus-tratos e abusos de autoridade, sejam verbais ou físicas. Contudo, somente alguns casos ganham notoriedade nas mídias e telejornais, outros permanecem no anonimato, às vezes nem entra para as estatísticas, pois não são registrados por quem sofreu a agressão. Ressalta-se que o uso da força excessiva que torna-se ato violento. Entretanto, a grande maioria dessas ações ocorrem em ações legítimas, e o termo "força desproporcional" é subjetivo para quem apura os possíveis casos de desvios de finalidade. Portanto, esse trabalho faz uma abordagem sobre o emprego da força desproporcional que resultam em violência.

Palavras-chave: Atos de força - Violência - Impunidade.

1.Introdução

Atualmente a mídia tem explorado a violência em todos os sentidos e um dos casos que tem ganhado destaque é resultado das ações policiais que denomina-se "violência da polícia". Rossi (2016) salienta que esse tipo violência é retratado na imprensa de forma geral e que difere dos demais tipos, pois a grande maioria é resultado de ações policiais que mesmo de maneira intencional, culminam com a chamada "violência da polícia".

Quando as ações policiais extrapolam os limites da legalidade se tem o seguinte resultado: prisões ilegais, desaparecimento de pessoas, execuções sumárias, maus-tratos e abusos de autoridades, sejam verbais ou físicas. Os pesquisadores abordam esse referido tema, principalmente no que tange às questões sociológicas, psicológicas e antropológicas, mas há pouca ou quase nenhuma correlações no que diz respeito a punição por parte dos agentes que infringem as normas e condutas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Um dos fatores que dificultam a correlação para averiguar se houve desvio de conduta é a subjetividade por parte de quem apura os fatos. Nesse sentido, o conceito de atos de força e atos de violência são de interpretação de cunho pessoal, por isso, é um conceito aberto e interpretativo por parte de quem acompanha e/ou instrui a ocorrência e apurações que investigam se houve ou não ilegalidade nas ações.

Este trabalho aborda a questão da "violência da polícia" sob as perspectivas dos atos de força e de violência. Segundo Neto (1999) "do ponto de vista jurídico, há uma tendência a distinguir os conceitos de força e de violência com base na legalidade dos atos de força e na ilegalidade dos atos de violência". Com base em Neto o "ato de violência" se dá quando a força extrapola os limites da legalidade.

Esta pesquisa tem como objetivo mostrar os aspectos que culminam com a violência da polícia, que em suma, se inicia em uma operação de praxe, legal, mas que ao se empregar a força desproporcional acaba gerando a violência que em 2018 acarretou 10,8% do total de Mortes Violentas Intencionais - MVP.

Também é importante frisar que as mídias dão enfoque nos casos de grande repercussão, mas os abusos de menor gravidade como agressões físicas e verbais em sua grande maioria, passam despercebidas e muitas vezes não são registrados e esses casos ficam no anonimato. E por fim, além dessa seção introdutória, este artigo está estruturado em: seção 2 apresenta o embasamento teórico, seção 3 mostra a análise, seção 4 considerações finais.

2. Aspectos sociológicos da confiança da população na polícia

Existem inúmeras formas de violência e uma delas é a violência policial, no qual muitas vezes, alguns membros da corporação utilizam a força desproporcional que vítima muitas pessoas. Rossi (2016) salienta que esse tipo de violência é frequente no Brasil.

Ainda Rossi (2016) esse tipo de violência é relatado na imprensa, repetidamente, imprensa relata abusos praticados por agentes policiais envolvendo prisões ilegais, desaparecimento de pessoas, execuções sumárias, maus-tratos e abusos de autoridade, sejam verbais ou físicas. Nesse contexto, a violência é ocasionada por uma série de erros, que vão até a ação arbitrária, por parte da polícia.

Rossi (2016) afirma que as ações que extrapolam os limites da legalidade, culminam com a violência. E elenca algumas formas de violência que vão de: prisões ilegais, desaparecimento de pessoas, execuções sumárias, maus-tratos e abusos de autoridades, sejam verbais ou físicas.

Pinheiro (1991) lista alguns dos motivos que podem levar a polícia a extrapolar o limite da legalidade, podendo ser tanto por despreparo, impunidade, "vigilantismo" ou até vingança. Esse levantamento feito são algumas das hipóteses que culminam com a realização da violência.

Para Silva (2009), parte da premissa que a extrapolação do limite legal, ou seja, a utilização de forças desproporcionais empregada pela polícia possa ser intencional.

> "Pois, embora possa ser verdade que o uso intencional da força física e/ou abuso de poder, exercidos pelos operadores de Segurança Pública ocorre em quase todas as sociedades, atingindo pessoas de diferentes idades, graus de instrução, classes sociais, grupos étnicos e orientação sexual, em algumas sociedades, como é caso da brasileira, esse *quantum* de violência assume proporções relevantes, não raro tornando-se objeto de discussões e posicionamentos críticos de organismos internacionais de direitos humanos".

Logo, ao mesmo tempo em que acredita na ação não intencional, revela que a quantidade de casos de violência, torna-se relevante, o que torna objeto de inúmeros debates nos mais variados segmentos sociais.

Segundo Pastore (1997), uma pesquisa realizada pelo IBOPE realizou em âmbito nacional uma pesquisa com resultados assustadores: Na época, cerca de 70% dos brasileiros não confiam na polícia. Segundo Bueno et. al (2019) em um estudo intitulado "Análise da Letalidade Policial no Brasil", as inúmeras denúncias que vinculam policiais à milícias, envolvimento com narcotráficos, afetam diretamente a credibilidade da instituição.

Essa falta de credibilidade é comprovada em uma pesquisa realizada pela Datafolha (2018) Segundo pesquisa Datafolha publicada em abril de 2018, 51% da população brasileira relatou ter medo da polícia, e apenas 47% afirmaram confiar na instituição. Segundo o ICJBrasil (2017) que pesquisa o Índice Confiança de Justiça no Brasil, mostrou que cerca de 26% confiam na polícia.

Para Bueno et. al (2019) a confiança nas instituições é um indicador importante para avaliar a legitimidade da organização. Entretanto, os resultados das pesquisas não são tão animadores. Em duas décadas, o índice de confiança na instituição praticamente ficou estagnado.

Segundo pesquisa apresentada no Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019) 10,8% das Mortes Violentas Intencionais - MVI, são relacionadas às

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

intervenções policiais, em 2018, totalizaram 6.220 de um total de 57.341. É um percentual bastante elevado, que mesmo sendo de forma "intencional", assusta pela quantidade.

2.1 O emprego da força desproporcional utilizada no dia a dia

O uso da força desproporcional empregado pela polícia tem culminou com 10,8% de MVI, esse percentual elevado se traduz em violência policial, que é rotineiramente veiculada nas mídias e noticiários televisivos conforme salienta Maciel (2009).

> A violência policial tem estado, com freqüência, nos jornais e noticiários televisivos. É fato que grande atenção tem sido dada à ação policial e o comportamento desses agentes constante alvo de críticas por parte não só da sociedade civil, como também dos movimentos de Direitos Humanos, dos estudos acadêmicos e da mídia, principalmente quando envolvendo o uso da força física.

As ações policiais são vistas com desconfiança por parte da população, principalmente nas periferias dos grandes centros urbanos, essa desconfiança coloca em "xeque" o trabalho da corporação, que mesmo sendo praticados em operações legais, o resultado não é computado como desvio funcional, Misse (2004).

> Nos últimos anos, diversas pesquisas empíricas evidenciaram, inclusive, o aumento do número de mortes por policiais no Brasil, as quais, segundo MISSE (2004) não chegam sequer a ser classificadas como crimes, mas resultado de operações legais de segurança, registradas como "autos de resistência". Para o sociólogo, a esse tipo de impunidade somam-se fatores outros, tais como: "a cultura do machismo, o ethos da guerra, a valorização da força física e da tecnologia da rapidez e da resistência (nos carros), do alcance e da letalidade (nas armas), do domínio e da virilidade (na relação sexual), do dinheiro e do status (nas relações sociais)".

Não obstante, essa falta de impunidade é decorrente da falta de apuração dos fatos, mas outros fatores sociológicos e culturais contribuem para o aumento da violência policial, que em muitos casos culminam com o abuso de autoridade e óbitos de terceiros, sem que estes estejam envolvidos direta ou indiretamente com a operação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neto (1999) faz uma clara distinção entre força e violência com base na legalidade dos atos de força e na ilegalidade dos atos de violência. Ainda Neto (1999), considera-se ato de violência apenas aqueles em que os policiais usam a força física contra outra pessoa de forma ilegal.

Contudo, a linha de raciocínio de Neto, é muito genérica, apesar de ser mencionado a extorsão e tortura, mas não se especifica o mau uso dessa força, que faz vítimas, mas que os responsáveis por tais ações preferem dizer que foi erro operacional.

Silva (2009) conclui que "a violência praticada pelo profissional da Segurança Pública é aquela causada por uma ação ou omissão". Nesse sentido, aquele que tem o dever de zelar pela segurança da população, seguindo as normas vigentes, acabam por ultrapassar os limites da legalidade, seja, por emprego de força desproporcional, meios ilícitos ou falhas nas operações.

Um dos centenas de casos, que representam o uso da força desproporcional que culminou com a morte do menor J.P.M, resultado de uma operação em São Gonçalo/RJ. Onde na iminência de encontrar um grupo de traficantes, a polícia ceifou a vida de um indivíduo que não estava envolvido direta ou indiretamente com a operação policial, conforme relatado pelo jornalista o Igor Mello (2020).

> "O menino João Pedro Mattos Pinto foi atingido por um tiro de fuzil calibre .556 pelas costas quando estava dentro da casa de seus tios na comunidade do Salgueiro, em 18 de maio. Inicialmente, os policiais haviam afirmado em depoimento ter disparado cerca de 20 vezes, mas alteraram a versão e admitiram ter dado mais de 60 tiros durante a operação, de acordo com uma fonte com acesso à investigação".

Conforme o relato de Igor Mello, nesse referido caso, percebe-se que houve um emprego de forças desproporcional na ação que vitimou o menor J.P.M. Nesse referido caso tem um agravante, pois a vítima era negra e a prevalência de negros entre as vítimas é maior, "A violência letal, e não apenas a letalidade produzida pelas polícias, é historicamente marcada pela prevalência de negros entre as vítimas" Bueno et. all (2020).

Ainda com relação ao parágrafo anterior, a polícia estava em uma operação legal, mas utilizou-se de forças desnecessária, que podem ser caracterizadas como uso ilegítimo da força. Quanto ao critério de legitimidade do uso da força encontra-se na base de uma concepção política ou sociológica da violência policial Neto (1999).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda Neto (1999) sobre o uso da força excessiva, são quando são registrados uso desnecessário ou excessivo da força física. Como exemplo, para o uso de força excessiva, seria a polícia efetuar uma troca de tiros em uma rua movimentada, dessa forma, mesmo sendo legal a ação policial, é excessivo ou desnecessário, pois coloca em risco as vidas de quem trafega no local.

O caráter subjetivo de interpretação dos atos de força e atos de violência torna mais difícil distinguir força excessiva e ato de violência propriamente dito, mesmo que haja apuração dos fatos por parte das autoridades policiais. Nesse sentido, Neto (1999) fala:

> "É mais difícil estabelecer de maneira clara e precisa a diferença entre atos de força e atos de violência tomando por base critérios informais e subjetivos, fundamentados no critério da legitimidade do uso da força, do que critérios formais e objetivos, baseados na legalidade do uso da força. Esta dificuldade explica em parte o apelo a uma concepção de violência policial baseada no critério da legalidade. Mas, por outro lado, é fato que a concepção de violência policial baseada no critério da legitimidade é largamente utilizada no debate público e também no debate acadêmico."

Nesse sentido, as chances de punição são remotas, pois esbarram na interpretação por parte de quem apura os fatos. Rossi, (2016) alega que um dos problemas da violência policial atualmente no Brasil encontra-se em eventual impunidade policial frente às ações praticadas no exercício do poder, vez que grande maioria dos casos em que há abuso da força por parte da Polícia Militar as investigações são arquivadas.

3. Análise sobre o ato da "força" e ato 'violência' e resultados

É sabido que a escalada da violência cresceu exacerbadamente principalmente nos grandes centros urbanos, em particular nas áreas periféricas onde a ausência do estado é ainda maior. Nesse cenário, French (2017), relaciona a coexistência do medo do crime e o medo da polícia em todos os níveis da sociedade urbana.

Para Rossi (2016) as ações policiais que extrapolam o contexto da legalidade terminam com violência. É difícil distinguir se o ato foi intencional ou não, mesmo que intencional, as ações policiais transmitem para a população um sentimento negativo que se traduz em desconfiança.

Os números de cidadãos descrentes com o trabalho da polícia, são grandes conformes pesquisas realizadas pelos institutos Datafolha e ICJBrasil, o primeiro aponta que 51% tem medo da polícia e o segundo que apenas 26% da população confiam na polícia.

Esses dados do parágrafo anterior refletem o que a sociedade pensa a respeito da polícia. Geralmente os estudos apontam para as ações que culminam com óbito como no caso do menor J.P.M.P relatado no item 2.1 deste referido artigo. Os casos de menor repercussão como agressões físicas e verbais dificilmente entram nas estatísticas, isso corrobora no resultado das pesquisas, pois os resultados ficam mascarados.

Segundo o Fórum de Segurança Pública (2019), nos anos de 2017 e 2018 ocorreram 7.449 (sete mil quatrocentos e quarenta e nove) mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil. Ressalta-se que a pesquisa fala somente do quantitativo de óbitos, não é feito uma correlação de como os mesmos ocorreram e se de alguma forma foram apurados para averiguar se os atos foram intencional ou não.

Não há um levantamento que descreva como essas mortes ocorreram, dessa forma não dá para relacioná-las e classificá-las e muito menos levantar se os autores traspassaram o limite da legalidade. Até porque os atos de força e atos de violência são subjetivos. Essa subjetividade é implícita a quem faz a apuração dos fatos, o que torna difícil a punição dos envolvidos quando extrapolam os limites da legalidade.

Segundo o Fórum de Segurança Pública (2019) no ano de 2017 foram registrados 64.021 (sesenta e quatro mil e vinte e um) mortes Mortes Violentas Intencionais e no ano de 2018 foram registrados 57.341 (cinquenta e sete mil e trezentos e quarenta um) Mortes Violentas Intencionais. Sendo que no ano de 2017, 8.1% e em 2018, 10.8% são resultado de intervenções policiais.

Os estudos que abordam a questão da violência da polícia, ficam no campo sociológico e psicológico, baseia-se nos números de óbitos resultantes das ações policiais. É dado pouco enfoque nas investigações para averiguar e classificar se as ações foram atos de força ou atos de violência. Essa lacuna ficará aberta, pois não tem registros das investigações e/ou desfechos das mesmas, muito menos se os casos são investigados.

Não se sabe ao certo e/ou aproximadamente o quantitativo de casos de violência praticados pela polícia, pois somente os casos de maior repercussão ganham notoriedade, como do menor J.P.M.P que ganhou destaque nos principais telejornais do país. Desta feita, casos de menor repercussão como: agressões físicas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e verbais tendem a ficar no anonimato e consequentemente impunes, pois não entrará nas estatísticas oficiais.

4. Considerações finais

A violência é uma patologia social que está presente em todas classes sociais, e um desses nichos de violência é resultado das ações policiais, que comumente chama-se de violência polícia. Na maioria dos casos, não se sabe ao certo, mas é fruto de operações e patrulhamentos, principalmente nas capitais, mas especificamente nos bairros periféricos, isso não quer dizer que em outras áreas são imunes a este tipo de ação.

Esses casos são explorados com frequência pelas mídias sociais e telejornais que dão enfoque em casos mais graves, ou seja, quando o resultado das ações policiais culminam com óbito. Essas ações, geralmente, são legais e às vezes programadas, como a que vitimou o menor J.P.M.P, resultado de emprego de força desproporcional.

O uso da força desproporcional nas operações policiais resulta em violência, que na maioria das vezes, terminam com terceiros envolvidos, ou seja, com indivíduos alheios à operação. A violência policial é objeto de pesquisa, mas, os maiores enfoques é dado aos aspectos sociológicos, psicológicos e antropológicos. No campo jurídico, existem poucos estudos a respeito desse referido tema.

Um dos aspectos abordado neste artigo são os atos de força, que quando extrapolados os limites legais, transformam-se em atos de violência, pois há emprego de força excessiva. Entretanto, por ser uma questão subjetiva, a interpretação fica a critério de quem apura se houve ilegalidade nas operações e/ou condutas dos policiais.

Esse trabalho aborda a questão a violência da polícia analisando os atos de força que se transformam em atos de violência. A literatura fala em "violência da polícia", elencando números de óbitos resultantes direto de intervenções policiais, mas não referência se houve investigação para apurar se os atos de força extrapolaram ou não os limites da legalidade.

Portanto, a partir desse trabalho podem surgir novos estudos, pois ficará uma lacuna aberta, por não existir estudos detalhados sobre a apuração dos casos de emprego excessivo de força.

4. Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Izumino, Eduardo A. Fernandes, Maria Cristina Jakimiak. Violência fatal: conflitos policiais em São Paulo (81-89). Revista USP, São Paulo: mar/abr/maio, 1991.

Datafolha aponta que 51% dos brasileiros têm medo da polícia e 47% confiam nos policiais. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/11/datafolha-aponta-que-51percent-dos-brasileirostem-medo-da-policia-e-47percent-confiam-nos-policiais.ghtml. 11 de abril de 2019. 4.

FGV, relatórioICJBrasil 1º SEMESTRE / 2017. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil>. Acesso em: 30, abril de 2020.

MISSE, M. Como desarmar a violência policial? Rio de Janeiro, 04 de março de 2004.Disponível em: < http://www.necvu.ifcs.ufrj.br/arquivos/Como%20desarmar%20a%20viol%C3%AAncia%20policial_desarme.pdf>. Acesso em 02 novembro de 2008.

MELLO, Igor. Agentes investigados por morte de João Pedro mudaram versão sobre disparos. Uol. ttps://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/30/agentes-disparos-versao-joao-pedro.htm. Acesso em: 10, junho de 2020.

ROSSI, L.B. A VIOLÊNCIA POLICIAL COMO INFRAÇÃO À DIGNIDADE DAS PESSOAS QUE VIVEM EM HABITAÇÕES SUBNORMAIS. Revista. CONIC/SEMESP. 16º Congresso Nacional de Iniciação Científica. 2016.

SILVA. JOÃO BATISTA DA. A VIOLÊNCIA POLICIAL COMO INFRAÇÃO À DIGNIDADE DAS PESSOAS QUE VIVEM EM HABITAÇÕES SUBNORMAIS. Natal / RN, 2009.

Pastore, 1997. Em sentido semelhante, em survey realizado em Recife, 78% das pessoas declararam não confiar na polícia e 83% acreditam que ela é corrupta: Paixão et al., 1992:89.

BUENO, S., MARQUES, D., PACHECO, D., NASCIMENTO, T. Análise da letalidade policial no Brasil. Revista: Anuário Brasileiro de Segurança Pública ISSN 1983-7364 ano 2019.

MACIEL, Wélliton Caixeta. Representações sociais da violência e da identidade policiais militares por seus agentes. Revista Habitus: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais - IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2 , p.85-103, dez. 2009. Semestral. Disponível em: <www.habitus.ifcs.ufrj.br>. Acesso em: 29 dez. 2009.

NETO, Paulo Mesquita. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: CIDADANIA, justiça e violência/ Organizadores Dulce Pandolfi...[et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. p.130-148.

FRENCH, Jan Hoffman. Repensando a Violência Policial no Brasil: Desmascarando o Segredo Público da Raça. Uma versão deste artigo foi publicada em inglês na Latin American Politics and Society, Volume 55, Number 4 (2013)TOMO. N. 31 JUL./DEZ. | 2017

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS DIVERSAS NUANCES DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

ERIK KIRK: Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Advogado da União.

RESUMO: O estudo desenvolvido no presente trabalho objetiva identificar as diversas posições que permeiam a discussão sobre a aplicabilidade das normas. Por se tratar de um tópico constantemente debatido e desenvolvido ao longe de anos, variadas posições doutrinárias foram arquitetadas. Com base em referida premissa, o presente artigo foi gestado com base na divisão entre a doutrina estrangeira e a doutrina brasileira. No primeiro momento serão abordados aspectos dos autores estrangeiros de maior influência sobre tema. Na sequência, a atenção da pesquisa versará sobre a principal produção da doutrina brasileira relacionada a aplicabilidade das normas. Ao final, a exposição enuncia alguns modelos brasileiros de menor expoente. Dessa forma, ainda que de forma perfunctória, a análise levada a cabo busca apresentar um panorama nacional e internacional sobre o instituto abordado.

Sumário: 1. Introdução. 2. Validade. 3. Eficácia. 4. Aplicabilidade. 5. Teorias da aplicabilidade das normas constitucionais. 5.1 Doutrina Estrangeira. 5.1.1 Normas Constitucionais self executing e not self executing. 5.1.2 Normas constitucionais preceptivas e diretivas. 5.1.3 Normas constitucionais imediatamente preceptivas, de eficácia diferida e programática. 5.1.4 Normas constitucionais de eficácia direta e indireta. 5.2 Doutrina nacional. 5.2.1 Normas constitucionais exequíveis por si sós e não exequíveis por si sós. 5.2.2 Normas constitucionais de organização, definidoras de direitos e programáticas. 5.2.3 Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. 5.3 Outras classificações das normas constitucionais. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O estudo adequado das normas deve principiar pelo escopo das três características principais: validade, eficácia e aplicabilidade. Os três aspectos são complementares, de forma que o correto entendimento sobre cada um é essencial para compreensão do alcance de cada tipo normativo. Somente com a plena cognição das principais características de qualquer norma será possível dar azo ao aprofundamento sobre um dos mais interessantes atributos, qual seja, a aplicabilidade. Para o adequado estudo, é imperativo perpassar primeiro pela produção sobre o assunto no âmbito internacional, de forma a entender como a doutrina brasileira trabalhou os entendimentos importados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A aplicabilidade das normas sempre foi assunto de grande interesse e dúvida que permeia a exegese jurídica. Os ordenamentos jurídicos baseados no civil law, normas escritas, dependem de adequado conhecimento sobre os diversos efeitos que as normas podem apresentar. Não obstante o entendimento sobre a referida aplicabilidade seja basilar, poucos tem consciência sobre as diversas classificações existentes. Nesse sentido, as variadas contribuições para o estudo da aplicabilidade das normas devem ser entendidas sob uma ótica sistemática.

Conforme se observa ao longo do presente trabalho, a aplicabilidade das normas constitucionais conta com diversas classificações. Cada ramificação proposta se pautou por uma ou mais características, o que não impede parcial e/ou total correspondência entre algumas. Longe de representar um problema, o que fica evidente é a contribuição que todas as propostas de classificação permitiram ao longo do tempo.

A correta identificação sobre a aplicabilidade das normas constitucionais se torna cada vez mais essencial ao trabalho de qualquer interprete, seja em relação a normas constitucionais ou infraconstitucionais. A atividade das instituições e dos operadores do direito depende diretamente de determinar o alcance de cada norma. Desta feita, a correta compreensão sobre a aplicabilidade das normas é um desafio diário que depende das bases exegéticas desenvolvidas sobre o assunto ao longo do tempo e dos países com ordenamentos semelhantes.

2. Validade

Hodiernamente, no que se refere ao conceito de validade, costuma-se observar que válida é aquela norma que está em conformidade com o ordenamento jurídico em que está inserida. Nesse contexto, interessante citar a lição dada por Flavia Piovesan (2003, p 55):

> A validade é conceito relacional, ou seja, norma válida é aquela que está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e este raciocínio à luz de um sistema normativo escalonado, que se apresenta como norma jurídica positiva suprema à Constituição que, por sua vez, busca sua especial validade na norma jurídica fundamental, que é o termo unificador das normas que integram a ordem jurídica, fundamento de validade de todas as normas do sistema.

Visivelmente, a referida doutrinadora buscou respaldo para o seu conceito na teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Hans Kelsen. Segundo tal construção teórica, "o ordenamento jurídico não é, portanto, um

sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas" (KELSEN, 2007, p. 103). Existem normas hierarquicamente superiores e normas hierarquicamente inferiores, sendo que, nesse tipo de ordenamento jurídico (escalonado), a Constituição costuma ser o ponto de onde decorre a unidade do ordenamento. Assim, as normas que forem qualificadas como inferiores no ordenamento jurídico devem buscar sua validade nas normas qualificadas como superiores no mesmo ordenamento.

Norma válida é aquela que está em consonância com os ditames do ordenamento jurídico em que a mesma está inserida. Isto envolve a harmonia das normas em geral e, principalmente, a observância e conformidade de uma norma com aquela outra que lhe é hierarquicamente superior e as de mesmo nível. Dessa forma, a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico apresenta-se como uma ferramenta útil para se aferir a validade das normas, porém, cumpre esclarecer que ela não deve ser utilizada de maneira isolada.

No Brasil, é preciso observar que as normas detêm áreas específicas de atuação, de forma que em determinadas áreas pode ser necessária à conjugação de normas. Isso, por exemplo, pode acontecer quando em determinado assunto uma lei complementar pontue que é possível tomar certa atitude, ao passo que uma lei ordinária exprima que não, entretanto, cada norma só pode tratar de assuntos específicos, de modo que nenhuma das duas busca validade na outra, ou mesmo quando uma lei deve tratar de apenas um assunto e acaba tratando obliquamente de um assunto afeto a outra norma de mesmo nível. Além do mais, cada uma foi editada na sua respectiva área. Então há a discrepância de duas normas legítimas, sob a égide da Constituição, levar a uma incongruência que nem a norma hierarquicamente superior poderá superar de maneira correta.

3. Eficácia

Outro aspecto importante de uma norma é a sua eficácia, que deve ser analisada sob diversos ângulos. No que tange essa diversidade, dois pontos são mais utilizados na doutrina atual. O primeiro ponto divide a análise da eficácia em dois planos distintos, quais sejam, o mundo do ser e do dever-ser (PIOVESAN, 2003, p. 56). Por sua vez, o segundo ponto divide a eficácia de uma norma em social e jurídica.

Com efeito, o primeiro ponto a ser analisado sobre a eficácia das normas é, na verdade, uma distinção das categorias jurídicas da validade e eficácia feita por Hans Kelsen. Para o eminente jurista austríaco, a validade (vigência) opera no mundo do dever-ser, enquanto a eficácia acontece no mundo do ser. Em interpretação dessa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

lição de Kelsen, de forma simplificada, José Afonso da Silva (2008, p. 64) explica que "vigência significa a existência específica da norma; eficácia é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida".

Por sua vez, Flavia Piovesan procede a distinção da eficácia social e jurídica da norma. As condições fáticas consubstanciam a eficácia social, enquanto as condições técnicas se referem à eficácia jurídica:

> Eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de atuação da norma, ou seja, apresenta eficácia jurídica a norma que tiver condições de aplicabilidade. Eficácia jurídica significa, assim, a possibilidade de aplicação da norma. Já a eficácia social significa aplicação da norma a casos concretos. (PIOVESAN, 2003, p. 56)

A eficácia jurídica consubstancia-se na parte mais abstrata da norma. Por sua vez, a eficácia social seria a metade concreta da norma, ou o que alguns doutrinadores costumam chamar de perspectiva sociológica da norma.[1] Ainda que, não obstante a possibilidade de vocação de determinadas normas para um lado ou para o outro, não é impossível imaginar que todas possuam, em alguma medida, ambos tipos de eficácia.

Com isso, Michel Temer (2000, p. 23) esclarece o seguinte:

> Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de situações concretas, mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficácia, embora não tenha sido aplicada concretamente.

Ante a anterior explanação, é imperioso abstrair que uma norma jurídica alcança primeiro eficácia jurídica, em virtude de seus efeitos mínimos necessariamente apresentados, para, só depois, obter eficácia social, que é de fato o que se espera da norma. Cumpre esclarecer que há um lapso entre a primeira e a segunda eficácia anteriormente citadas, de modo que é possível que haja normas jurídicas dotadas de eficácia jurídica, porém, sem eficácia social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. Aplicabilidade

A eficácia das normas é uma categoria jurídica intimamente ligada à validade e aplicabilidade de normas. Sua relação com a categoria da aplicabilidade de normas é tão intensa que José Afonso da Silva (2008, p. 60) expõe o seguinte:

> Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela com potencialidade; está com realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Logo, é possível perceber que a aplicabilidade de uma norma está diretamente ligada à eficácia jurídica da mesma. Isso quer dizer, em última *ratio,* que uma norma já é aplicável a partir do momento que exercer sua eficácia jurídica, já explicada alhures. Não é necessário que a mesma tenha exaurido todos os seus efeitos para ser considerada aplicável basta que surta seus efeitos jurídicos.

5. Teorias da aplicabilidade das normas constitucionais

Uma vez tecidas as categorias jurídicas em que se inserem uma norma, cumpre agora tecer a classificação das normas pelo critério da aplicabilidade. Nesse sentido, deve ser considerada aplicável aquela norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos mínimo (pelo menos retirar do plano jurídico normas incompatíveis de mesmo nível).

Aliás, é importante observar que todas as normas constitucionais possuem alguma sorte de força normativa, o que, necessariamente, implica reconhecer-lhes alguma eficácia, sempre. Assim, como bem assevera Thomas Cooley, as provisões de uma Constituição nunca devem ser consideradas como meros conselhos (*advisory)*, porém ele visualizou a existência de normas incapazes de serem imediatamente aplicadas (TAVARES, 2008, p. 91).

Lição essa que foi acolhida no Brasil por Rui Barbosa (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 75), quando foi dito por este que "não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

órgãos." Todas as normas constitucionais tem alguma sorte de efeito, nem que seja ao menos o efeito jurídico de afastar as normas anteriores que conflitam com ela, inerente a todas as normas.

5.1 Doutrina Estrangeira

5.1.1 Normas Constitucionais *self executing* e *not self executing*

Antes de efetivamente iniciar o estudo sobre a classificação das normas constitucionais em *self executing* e *not self executing*, cabe tecer a transcrição da crítica de José Afonso da Silva sobre a antiga (talvez não tão antiga assim) dependência brasileira na criação de construções teóricas no campo jurídico do direito constitucional. Já apontava o referido autor que "como acontece com quase todos os grandes temas do direito constitucional, foram à jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americanas que conceberam e elaboraram a classificação das normas" (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 74).

A primeira classificação das normas constitucionais de que se tem notícia, sob a ótica da aplicabilidade, foi à norte-americana encabeçada por Thomas Cooley e, como já explicado antes, acolhida no Brasil por Rui Barbosa. Segundo esta classificação, as normas constitucionais dividiam-se em normas auto-executáveis (*self executing provisions*) e normas não auto-executáveis (*not self-executing provisions*).

As normas auto-exequíveis ou *self-executing* seriam aquelas dotadas de todos os meios necessários para que o direito seja aplicado imediatamente. Por outro lado, ter-se-á uma norma não auto-exequível ou *not self-executing* quando a mesma não possuir meios suficientes para sua aplicação, exigindo, assim, providências legislativas posteriores que lhe conceda as provisões capazes de torná-la aplicável.

Ante o exposto, pode-se perceber, desde logo, a problemática das normas não auto-executáveis ou *not self executing*, qual seja, não são dotadas de aplicabilidade imediata. Disso deflui a necessidade de reelaboração doutrinária da matéria, logo, aproveitando-se todos os ensinamentos oportunizados por esta teoria. Como conceitua Cooley (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 74):

> Pode-se dizer que uma norma constitucional é auto-executável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto; e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas cujo meio se logre dar esses princípios rigor de lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Patente que tal classificação serviu de base para a construção de muitas teorias a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais, mas que, visivelmente, não é mais aplicada ante a evolução das teorias sobre assunto, servindo apenas para pesquisa como uma das fontes primeiras da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais.

5.1.2 Normas constitucionais preceptivas e diretivas

O jurista italiano Gaetano Azzaritti, ao tecer classificação sobre a eficácia das normas constitucionais, diferenciava as normas constitucionais em preceptivas e diretivas (PIOVESAN, 2003, p. 64). As preceptivas consubstanciavam os preceitos de caráter obrigatório e impositivo. De outro lado, as normas constitucionais diretivas apenas indicavam uma direção ao legislador futuro, sendo as mesmas destituídas de obrigatoriedade, poderiam, inclusive, serem violadas por lei infraconstitucional, sem que isso implicasse em inconstitucionalidade. Cumpre observar que as normas diretivas não apresentavam qualquer eficácia ou juridicidade, sendo consideradas apenas prescrições de observância não impositiva.

Para distinguir as normas diretivas das normas preceptivas Gaetano Azzaritti destacava os seguintes critérios: a) destinatário; b) objeto; e c) natureza da norma. No que diz respeito ao destinatário, eram diretivas as normas dirigidas ao legislador e preceptivas as normas voltadas para os cidadãos e ao juiz. Quanto ao objeto normativo, as normas diretivas apresentavam por objeto os comportamentos estatais, enquanto que as preceptivas recaíam sobre as relações privadas. Por fim, em relação à natureza normativa, as normas diretivas se caracterizavam pelo seu alto teor de abstração e imperfeição e as normas preceptivas por serem normas concretas e completas, suscetíveis de imediata aplicação e dotadas de incontrastável juridicidade.

5.1.3 Normas constitucionais imediatamente preceptivas, de eficácia diferida e programática

Contrapondo-se à teoria de Azzaritti, Vezio Crisafulli desenvolveu um estudo importante em relação à classificação das normas constitucionais, reconhecendo a todas o caráter cogente (TAVARES, 2008, p. 92), ainda que dependentes de complementação legislativa. Em sua classificação, Vezio Crisafulli organiza as normas constitucionais em normas imediatamente preceptivas ou constitutivas, normas de eficácia diferida e normas programáticas.

As normas constitucionais imediatamente preceptivas são aquelas que de maneira direta regulam relações entre cidadãos, o que significa possuir eficácia imediata sobre as situações que trata. Independem, tais normas, de qualquer sorte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de implementação de ações por parte do Estado, haja vista que o mesmo não chega a participar da dita relação.

De outra parte, as normas constitucionais diferidas são aquelas que trazem a matéria que lhe serve de objeto imediatamente regulada e definida na Constituição, a qual depois será efetivada na prática mediante provimentos legislativos de aplicação. São normas que não se dirigem unicamente aos poderes do Estado, mas indistintamente aos cidadãos e aos órgãos estatais e que só desdobram sua inteira eficácia através de meios instrumentos posteriores.

Por sua vez, normas constitucionais programáticas, ao contrário das normas diretivas de Azzaritti, têm valor jurídico, ou seja, eficácia obrigatória e imediata sobre os comportamentos estatais, obrigando e vinculando o poder dos órgãos do Estado. Nas palavras de Crisafulli, normas programáticas são:

> Aquelas normas jurídicas com que o legislador, em vez de regular imediatamente um certo objeto, obrigando-se a ele não se afastar sem um justificado motivo. Com referências àquelas postas não numa lei qualquer mas numa Constituição do tipo rígido, qual o vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definido como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias; subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo, assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes. (TAVARES, 2008, p. 65)

Logo, Crisafulli: a) reconhece a eficácia normativa das disposições constitucionais programáticas; e b) reconhece a obrigatoriedade do vínculo que deriva de tais normas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia prevalente da Constituição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, perceber-se que, de certo modo, todas as normas são incompletas. Crisafulli já notava isso ao ponderar o seguinte:

> Cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidas na respectiva categoria existem, demais disso, normas mais ou menos (...) incompletas, ou em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente. (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 76)

É justamente o que é pregado em uma Constituição Dirigente como a brasileira. Não há como o legislador constituinte prever e discorrer a respeito de tudo que ele pode, sob pena de termos uma Constituição formada por centenas, talvez milhares, de artigos. Grande parte da doutrina já critica bastante o fato de nossa Constituição ter muitos artigos (250 artigos, contando com os 114 Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, considerando apenas a numeração sequencial[2]).

No fim, tanto as normas constitucionais quanto as demais espécies de normas necessitam operações lógicas de interpretação, que, em um caso ou em outro, possam ser feitas por meio de normas ou atos concretos. Isto é inerente a qualquer norma, eis que são requisitos da norma a abstratividade e generalidade. Tais requisitos acabam por construir um hiato entre o que a norma prescreve e como ela deve ser implementada faticamente.

5.1.4 Normas constitucionais de eficácia direta e indireta

A classificação das normas constitucionais, quanto a sua eficácia, em de eficácia direta e indireta foi idealizada por Gustavo Zagrebelsky. Vale ressaltar que as normas constitucionais de eficácia indireta, a seu turno, são classificadas em normas de eficácia diferida, normas de princípio e normas programáticas.

Segundo Zagrebelsky, normas constitucionais de eficácia direta são aquelas idôneas por si mesmas (diretamente) para regularem hipóteses concretas. Isso significa que tais normas não necessitam de atividade legislativa ulterior para regular as hipóteses que ela contempla. No pensamento de André Ramos Tavares (2008, p. 92):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Nesses casos (das normas de eficácia direta), a norma constitucional apresenta uma estrutura suficientemente completa para valer como regra concreta, a ser utilizada por todos os sujeitos do ordenamento jurídico, seja o Judiciário, seja a Administração Pública ou os particulares.

Normas constitucionais de eficácia indireta, na definição de Zagrebelsky são aquelas que necessitam ser atuadas ou concretizadas por meio de uma ulterior atividade normativa, tendo em vista que a norma constitucional não é suficientemente completa a produzir efeitos. Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia indireta diferida são as normas de organização que necessitam de uma disciplina normativa ulterior.

De outra banda, as normas constitucionais de eficácia indireta, de princípios, são aquelas que estabelecem orientações gerais. Contudo, o próprio Zagrebelsky reconhece que isso não exclui, todavia, que a concretização do princípio possa ser cumprido diretamente, prescindindo da obra do legislador.

5.2 Doutrina nacional

5.2.1 Normas constitucionais exequíveis por si sós e não exequíveis por si sós

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 389) é quem classifica a aplicabilidade das normas constitucionais em, basicamente, dois grupos, quais sejam: a) das normas constitucionais exequíveis por si sós; b) normas constitucionais não exequíveis por si sós.

As normas constitucionais exequíveis por si sós seriam aquelas que independem da existência de qualquer tipo de integração legislativa para a sua aplicação integral, ou seja, são normas completas. Já as normas constitucionais não exequíveis por si sós seriam compostas por normas incompletas, que demandariam uma diuturna complementação. Estas normas se dividem em três espécies: a) normas de estruturação; b) normas programáticas; e c) normas condicionais.

Normas programáticas são aquelas que prevêem políticas públicas. Sua aplicabilidade, contudo, depende de outras normas que a implementem e a tornem completa. As normas de estruturação, por sua vez, são as que instituem entes e órgãos. Ao passo que as normas condicionadas seriam aquelas que, *a priori*, são completas, podendo, inclusive, ser aplicáveis, mas, por expressa determinação constitucional, acabam por depender de uma lei infraconstitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5.2.2 Normas constitucionais de organização, definidoras de direitos e programáticas

A classificação das normas constitucionais, segundo suas finalidades, a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos; e c) normas constitucionais programáticas, pertence a Luis Roberto Barroso (2006, p. 90).

Nessa classificação as normas constitucionais de organização seriam aquelas destinadas à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos.

Quanto às normas definidoras de direitos, são compostas pelos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal. Por sua vez, os direitos fundamentais são seccionados em: 1) direitos políticos; 2) direitos individuais; 3) direitos difusos; 4) diretos sociais.

Os direitos políticos abrangem o direito de nacionalidade e o direito de cidadania. No primeiro, o indivíduo é incorporado em uma nação com vistas a desfrutar prerrogativas e cumprir deveres. No segundo, se reconhece ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral e a capacidade eletiva.

Os direitos individuais são dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Tais direitos, em suma, impõem deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares.

Os direitos difusos caracterizam-se, basicamente, por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos, além da indivisibilidade de seu objeto, de maneira que a satisfação de um sujeito implica a satisfação de todos e vice-versa, mas apenas teoricamente. Integram essa natureza a preservação do meio ambiente, a defesa da qualidade dos produtos e a garantia contra manipulações de mercado e a salvaguarda de valores culturais e espirituais.

No que tange aos direitos sociais, estes surgem como deveres de prestação positiva do Estado, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. Destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à educação, entre outros. Dada a sua complexidade tais direitos costumam serem divididos em três posições jurídicas: a) aqueles que geram situações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; b) aqueles que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e c) os que contemplam interesses cuja realização dependem da edição de norma infraconstitucional integradora.

A primeira posição jurídica seria semelhante à que resulta dos direitos individuais, na medida em que o dever jurídico, correspectivo do direito assegurado, consiste não em uma atuação, mas em uma omissão, normalmente dirigido ao Estado. Na segunda posição jurídica residiria, ao contrário da anterior, no dever jurídico consistente em uma atuação efetiva do Estado na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Atente-se que a ausência da prestação estatal será sempre inconstitucional e passível de ser sancionável. Quanto à terceira posição jurídica, esta consiste no fato de que, geralmente, como a Constituição tem natureza concisa isso faz com que ela transfira ao legislador ordinário a competência para o regular exercício de determinados direitos capitulados em seu texto.

Por fim, as normas constitucionais programáticas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público. Tais normas desde o início de sua vigência geram alguns efeitos imediatos, como revogar os atos normativos anteriores que disponham em sentido contrário com o princípio que substanciam e carreiam um juízo de inconstitucionalidade aos atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis (BARROSO, 2006, p. 117). Seria como uma espécie de efeito básico das normas constitucionais, o que provam que elas possuem um mínimo de eficácia, não havendo, por conseqüência, normas constitucionais destituídas de alguma eficácia.

5.2.3 Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada

Sem sombra de dúvida, a classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva é um marco à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais no Brasil, e quiçá no Mundo. Em tal construção teórica, José Afonso, visivelmente influenciado pela teoria de Vezio Crisafulli, apresenta uma teoria tricotômica da eficácia das normas constitucionais (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 86).

Uma das características mais marcantes dessa teoria orienta-se no sentido de reconhecer eficácia e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de cunho sociológico, as quais, inicialmente, não passavam de princípios programáticos. Todavia, cumpre esclarecer que variável é o nível de aplicabilidade apresentado pelas normas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com base nesses preceitos, as normas constitucionais foram discriminadas em três categorias jurídicas, quanto à eficácia e aplicabilidade, em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, prescindindo de normatividade ulterior que lhe desenvolva a eficácia. Isso porque o legislador constituinte criou, desde logo, uma normatividade suficiente para que essas normas surtissem seus efeitos essenciais imediatamente.

Na concepção de José Afonso da Silva (2008, p. 101), normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, posto que sujeitas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. Para distinguir as normas de eficácia contida das normas de eficácia plena e limitada, José Afonso da Silva (2008, p. 104) explica:

> É necessário o surgimento de um grupo de normas constitucionais diferentes das de eficácia plena e das de eficácia limitada, exigindo tratamento à parte, porque, conquanto se pareçam com aquelas (são de aplicabilidade imediata) sob o aspecto da aplicabilidade, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios; e, se assemelham às de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, destas se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade e porque a intervenção do legislador tem sido exatamente contrário; restringe o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-la, como se dá com as de eficácia limitada.

Vislumbra-se, assim, que as normas constitucionais de eficácia contida é um ponto médio entre as demais classificações propostas por José Afonso. Isso porque apesar das diferenças com as outras, essa classificação guarda, também, algumas características peculiares com as demais classificações.

Na definição exposta por José Afonso da Silva (2008, p. 116), normas constitucionais de eficácia contida podem ser exprimidas como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

Para Michel Temer (2000, p. 24), as normas de eficácia contida são melhor denominadas de "eficácia redutível" ou "restringível", que podem ter reduzido seu alcance pela atividade posterior do legislador infraconstitucional.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas normas que não têm o condão de produzir todos os seus efeitos essenciais somente com a entrada em vigor do texto constitucional, tendo em vista que necessita atividade normativa posterior para se tornar eficaz. Apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, sendo que nas palavras de José Afonso da Silva (2008, p. 126) significa o seguinte:

> Somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidas aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes.

Nesta acepção somente após uma legislação integrativa posterior que tal norma alcançará sua executoriedade plena. As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, são de dois tipos, a) normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo e b) de princípio programático.

As normas constitucionais de princípio institutivo são somente aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário o estruture em definitivo, mediante lei. Ainda dentro das normas constitucionais de princípio institutivo há a subdivisão em normas impositivas e facultativas.

Por outro lado, as normas impositivas são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. Ao passo que as normas facultativas não impõem uma obrigação; limitam a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outrossim, as normas programáticas compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as Constituições contemporâneas. Essas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípios, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários.

Na acepção de José Afonso da Silva (2008, p. 138), as normas programáticas como:

> Aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Em suma, o objetivo das normas programáticas é instaurar um regime de democracia substancial, ao determinar a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum. Nesse raciocínio o que é possível abstrair como essa espécie de norma constitucional se mostra essencial, tanto para auxiliar no efetivo desenvolvimento da sociedade necessita, como desafogar o texto constitucional.

5.3 Outras classificações das normas constitucionais

Com vistas a enriquecer o presente trabalho será exposto, inicialmente, a classificação de Pontes de Miranda. O referido autor, identificando o problema da completude normativa, optou por classificar as normas constitucionais em normas não bastantes em si e normas bastantes em si.

Pontes de Miranda (1970, p. 126) conceitua da seguinte forma:

> Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self-acting, self-enforcing.* Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as complementem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastante em si.

Na visão de Pontes de Miranda, tanto as normas bastantes em si quanto as não bastantes em si, poderiam ser programáticas. Em sua concepção, normas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

programáticas seriam aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos (MIRANDA, 1970, p. 127).

Por outro lado, a que se ressaltar que algumas outras classificações sobre aplicabilidade das normas constitucionais merecem digressões. Dentre elas, destaque-se a proposta apresentada por Maria Helena Diniz, que classifica as normas constitucionais em a) normas com eficácia absoluta; b) normas de eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível; e d) norma com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação.

As normas com eficácia absoluta são aquelas intangíveis, que não podem ser, nem ao menos, emendadas. Por sua vez, as normas com eficácia plena são aquelas que têm possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos e são suscetíveis de emenda. Já as normas com eficácia relativa restringível correspondem às normas de eficácia contida na classificação exposta por José Afonso da Silva. Por fim, as normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa equivale às normas de eficácia limitada da teoria de José Afonso da Silva. É de se perceber que apenas os nomes das classificações mudam, contudo, a essencial conceitual se mantém a mesma.

Quanto à classificação tecida por Maria Helena Diniz, José Afonso da Silva (2008, p. 8) faz uma crítica, inclusive, muito ponderável, informando "não nos parece cabível a classe de normas de eficácia absoluta de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz, uma vez que se baseia em critério de modificabilidade, e não no critério da aplicabilidade".

Como última classificação a ser apresentada no presente estudo, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito fixam como critério de sistematização o modo de incidência das normas constitucionais, com ênfase à possibilidade de interferência do legislador no comando jurídico-constitucional, separando, ainda, a aplicabilidade da eficácia das normas.

Segundo Bastos e Brito (TAVARES, 2008, p. 96) as normas constitucionais em dois grupos: a) normas constitucionais quanto ao modo de incidência; e b) normas constitucionais quanto à produção de efeitos. As primeiras, à sua vez, são subdivididos em: 1) por via de aplicação, distinguindo-se em normas regulamentáveis e irregulamentáveis; 2) por via de integração, distinguindo-se em normas complementáveis e normas restringíveis. As segundas são de dois tipos: i) normas de eficácia parcial, que são normas complementáveis; e ii) normas de eficácia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

plena, distinguindo-se em normas regulamentáveis, normas irregulamentáveis e normas restringíveis.

São classificadas como normas de aplicação aquelas por nota caracterizadora o não deixar interstício entre o seu desígnio e o desencadeamento dos efeitos a que dão azo. Tais normas são divididas em normas regulamentáveis; aquelas que admitem edição de lei infraconstitucional para aperfeiçoar sua aplicação, e normas irregulamentáveis, que são aquelas que vedam qualquer possibilidade de regulamentação, salvo as normas constitucionais.

Por normas de integração os autores explicam que têm por traço distintivo a abertura de espaço entre o seu desiderato e o efetivo desencadear dos seus efeitos. Tal grupo se bifurca em normas completáveis, aquelas que exigem uma complementação, por parte da legislação infraconstitucional, dependendo dessa legislação para efetiva aplicação, e normas restringíveis, que, por sua vez, demandam uma complementação normativa para restringir o campo de incidência da norma, tendo em vista que abrange campo de atuação muito extenso para uma perfeita aplicação.

Em fervorosa crítica à classificação exposta anteriormente, José Afonso da Silva (2008, p. 87) expõe o seguinte:

> Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, na sua ânsia de inovação, acabaram produzindo uma classificação confusa, que, lamentavelmente, não melhorou em nada a nossa. (...) Separa a aplicabilidade (normas de incidência) da eficácia (normas de produção de efeitos) não beneficia em nada a clareza da matéria. Antes, confunde e cria redundâncias desnecessárias.

Conforme se nota, diversos autores se aventuraram a classificar a aplicabilidade das normas. Não obstante a diversidade de nomenclaturas, o cerne de várias dele tem um núcleo comum. O importante é que também algumas nuances de cada modelo permitem identificar um novo achado sobre o referido assunto, o que torna a matéria sempre passível de inovações e pesquisas.

6. Considerações finais

Tratar sobre aplicabilidade de normas não é tarefa simples, considerando o peso que tal matéria implica. Todas as normas dependem de algum nível exegético para permitir a produção de efeitos. Todavia, apenas é possível entender em que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

medida as alterações que a norma produz no ordenamento jurídico e no seio social a partir da aplicação de metodologias.

O primeiro traço marcante sobre a aplicabilidade das normas foi o grande interesse despertado em muitos doutrinadores. Durante algum tempo o referido tema foi objeto de debate e proposições das mais diversas. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, as classificações apresentadas no presente trabalho denotam o anseio por demonstrar algo ainda não identificado pelos demais autores. Conforme muito doutrinadores resolveram se debruçar sobre o assunto, de modo a lançar (ou não) novas luzes sobre a temática de aplicabilidade, é inegável que o assunto se desenvolveu de forma ímpar a permitir uma plena vivencia normativa digna de um estado democrático no Brasil.

O dia a dia de um Estado é composto por diversas operações de aplicabilidade normativa. Decidir como e quando uma norma se torna aplicável é inerente ao adequado funcionamento das instituições estatais e, por consequência, a própria vida social. Nesse sentido, a forma como um Estado foi erigido determina o grau de importância sobre o qual recai o estudo da aplicabilidade das normas.

Em ordenamentos jurídicos no qual a Constituição é a norma de maior envergadura, não é raro que várias disposições possam remeter tarefa aos Poderes para que garantir a produção de efeitos do preceito. A estratégia é adotada tanto por Constituição de matiz analítica quanto de matiz sintética, tendo em vista a impossibilidade de tratar sobre todos os aspectos da vida social no documento mais importante de um ordenamento. Sendo assim, caberá ao aplicador da norma identificar em que termos uma norma pode/deve produzir mudanças (imediatas ou não; no âmbito jurídico ou social; dependente de ato de qual instituição e etc).

7. Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PIOVESAN, Flavia. Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969. 2 ed, revista. São Paulo: Revista dos tribunais, 1970. t. 1.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOTAS:

[1] Conferir por todos doutrinadores Jose Afonso da Silva (2008, p. 13).

[2] Conferir em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A PRISÃO DOMICILIAR COMO ALTERNATIVA À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

ALVARO HOMERO HUERTAS DOS SANTOS: Especialista em Ciências Penais e em Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerias (PUC Minas). Mestrando no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Intervenção Penal e Garantismo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade Pitágoras de Betim. Professor da Pós-Graduação latu sensu em Criminologia na Academia de Polícia Civil de Minas Gerais. Delegado de Polícia Civil de Minas Gerais.

RONAN AFONSO PEREIRA[1]

(Coautor)

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar se a aplicação do instituto da prisão domiciliar é uma forma alternativa e eficaz de combate a superpopulação carcerária. Será verificado as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto aos requisitos para concessão da prisão domiciliar, bem como os dados do sistema carcerário nacional, referente aos encarcerados em condições de receber o benefício da prisão domiciliar, apresentados pelo mais recente relatório INFOPEN. Será discutido a ampliação do rol previsto na legislação processual penal e a recente resolução do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que admite essa interpretação. Por fim, perceberá que a interpretação restritiva do rol da prisão domiciliar torna ineficaz a medida para os problemas carcerários e a interpretação extensiva ajudará a minimizar os problemas carcerário.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Lei de Execuções Penais. Prisão Domiciliar. Superlotação Carcerária. Dados INFOPEN.

Abstract *- The present work aims to analyze if the application of home detention institute is an alternative and effective way to combat prison overcrowding. It will be verified the doctrinal and jurisprudential divergences regarding the requirements for the concession of home detention, as well as the data of the national prison system, referring to the incarcerated in conditions to receive the benefit of home detention, presented by the most recent report INFOPEN. It will be discussed the expansion of the list provided for in the criminal procedural legislation and the recent resolution of the Court of Justice of Minas Gerais that admits this interpretation. Finally, you will find that the restrictive interpretation of the home detention roll renders the measure*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

for prison problems ineffective and the extensive interpretation will help to minimize prison problems.

Keywords: *Criminal procedural law. Criminal Enforcement Law. Home arrest. Prison overcrowding. INFOPEN data*

Sumário: 1. Introdução. 2. Do instituto da prisão domiciliar. 3. Análise do relatório Infopen julho de 2016. 3.1. População prisional brasileira. 3.2 Mulheres nas prisões brasileiras. 3.3. Pessoas com doenças graves. 3.4. Pessoas com deficiência. 3.5. Pessoas maiores de 70 anos. 3.6. Pessoas com filhos menores de 12 anos. 4. Posicionamento doutrinário e jurisprudenciais. 5.Considerações finais. 6.Referências

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é realizar uma breve análise do instituto da prisão domiciliar como forma alternativa à superpopulação carcerária.

Partindo do conceito de que a prisão domiciliar é o recolhimento domiciliar do preso cautelarmente (artigo 318 do Código de Processo Penal) e do condenado a pena privativa de liberdade com (artigo 117 da Lei de Execução Penal), o presente estudo irá demonstrar que os requisitos previstos para sua concessão geralmente são analisados de forma restritiva. Contudo, recentes entendimentos doutrinários e jurisprudências demonstram uma postura inovadora por parte do Poder Judiciário, cuja tendência tem sido analisar caso a caso e dar aos dispositivos legais pertinentes uma interpretação mais extensiva, como forma de minimizar os danos causados pelo Estado aos encarcerados (provisórios ou definitivos) em condições irregulares ou ilegais.

Para chegar ao ponto central do tema proposto, serão traçados breves conceitos e diferenças acerca do instituto da prisão domiciliar prevista no Código de Processo Penal (como prisão cautelar) daquela prevista na Lei de Execução Penal (como regime de cumprimento de pena). Na sequência serão abordadas importantes informações obtidas através da análise dos dados do último e mais recente relatório INFOPEN disponibilizado, uma vez que tais dados são de suma relevância para a conclusão deste trabalho.

Logo após, serão apresentados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca das interpretações extensivas para fins de concessão da prisão domiciliar.

Por fim, busca-se apontar se a aplicação do instituto da prisão domiciliar seria ou não uma forma alternativa para o problema de superpopulação carcerária,

problema este enfrentado em praticamente todas as unidades prisionais no nosso país.

2 DO INSTITUTO DA PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar, como uma das formas de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade (após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória), está prevista em nosso ordenamento jurídico desde a edição da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e possui requisitos objetivos para sua concessão, conforme o artigo 117 da referida lei (Brasil, 1984), que assim dispõe:

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
> I - Condenado maior de 70 (setenta) anos;
> II - Condenado acometido de doença grave;
> III - Condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
> IV - Condenada gestante.

De acordo com a doutrina, a prisão domiciliar no cumprimento da pena trata-se de modalidade excepcional de prisão, sendo certo que para sua concessão deverá o Juiz da Execução Penal observar única e estritamente as condições taxativas dispostas no artigo 117 da LEP. Ou seja, a interpretação do mencionado dispositivo legal deve ser restritiva e a concessão do cumprimento da pena em regime domiciliar deve se dar somente nos casos ali previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Neste sentido, esclarece Renato Marcão (2011, p. 187):

> O regime aberto ou prisão-albergue como regra não admite a execução da pena em residência particular. Pena em regime aberto, já o dissemos, deve ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado, conforme deflui do art. 33, §1o, c, do Código Penal. Somente nas situações excepcionais enumeradas taxativamente no art. 117 da Lei de Execução Penal, plenamente justificadas em razão das condições pessoais dos condenados, é que se admite o cumprimento em residência particular.

A partir do advento a Lei 12.403/2011 (posteriormente alterada pela Lei 13.257/2016), este tipo de prisão passou a integrar o sistema das prisões cautelares, estando atualmente previstas nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal. Neste caso, diferentemente do disposto na LEP, a prisão domiciliar ocorre quando o

acusado da prática delitiva ainda não foi condenado. Trata-se de um instituto realizado em caráter excepcional, de tal forma que para sua decretação há que haver extrema e fundada necessidade de preservação e garantia da efetividade do processo penal; ou seja, em casos justificados, havendo indícios do fato, e com a finalidade de preservar a ordem pública, de garantir a futura aplicação das leis criminais ou por necessidade decorrente do processo.

Ainda, segundo o doutrinador Renato Marcão (2016, p. 02), além das finalidades acima demonstradas, a prisão domiciliar, neste caso, destaca-se pelo seguinte:

> Possibilita, dentre outras, as seguintes vantagens: 1º) restringir cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva, sem, contudo, submetê-lo às conhecidas mazelas do sistema carcerário; 2º) tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, em razão disso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistência, o arrefecimento do rigor carcerário; 3º) reduzir o contingente carcerário, no que diz respeito aos presos cautelares; e 4º) reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado. Permite, ainda, respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), bem como assegurar às mulheres presas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (CF, art. 5º, L), além de evitar que em certos casos ocorra tratamento desumano (CF, art. 5º, III).

Contudo, os requisitos para concessão da prisão domiciliar dentro do sistema de prisões cautelares, mostram-se um pouco diferente da LEP (Brasil, 1984), assim como disposto no artigo 318 do Código de Processo Penal. Senão vejamos:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for:
>
> I - maior de 80 (oitenta) anos;
>
> II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
>
> III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
>
> IV – gestante;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
>
> VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
>
> Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Observar-se, portanto, que a legislação traça requisitos para concessão da prisão domiciliar de forma bem mais rigorosa nos casos de prisão cautelar, quando se compara com os requisitos da prisão domiciliar nos casos de condenação criminal transitada em julgado.

Para fins de melhor visualização, apresentamos o quadro comparativo abaixo:

PRISÃO DOMICILIAR (CPP – artigos 317 e 318)	**PRISÃO DOMICILAR (LEP – artigo 117)**
maior de 80 (oitenta) anos	condenado maior de 70 (setenta) anos
extremamente debilitado por motivo de doença grave	condenado acometido de doença grave
imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência	
gestante	condenada gestante
mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos	condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental
homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.	
exige-se prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.	
Indivíduo está em situação de total privação de liberdade (encarcerado), aguardando julgamento.	Indivíduo já condenado está cumprindo pena em regime aberto, em estabelecimento penal denominado Casa do Albergado. (para regime aberto pena não superior a 4 anos, desde que não reincidente ou condição alcançada após a progressão de regime)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.	I- permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Fonte: Elaborado pelos autores.

Da simples análise do quadro acima, observa-se o que já afirmamos, no sentido de que alguns dos requisitos para concessão da prisão domiciliar para o indivíduo preso cautelarmente são bem mais rigorosos que aqueles que serão utilizados para conceder ao preso definitivo (em cumprimento do regime de pena).

A título de exemplo, não nos parece muito lógica a diferenciação de idade para concessão da prisão domiciliar, assim como descrita nas leis em comento. Para o preso que já possui condenação transitada em julgado, o requisito para concessão do benefício legal é ter 70 (setenta) anos de idade. Já para o preso cautelar (que ainda aguarda o julgamento de seu processo), a idade é de 80 (oitenta) anos. A indagação que fica é: por que para o preso cautelar a idade para concessão da prisão domiciliar é 10 (dez) anos superior à do preso em regime de cumprimento de pena? Nicolitt (2014, p.759), entende ser desproporcional.

Outra demonstração de que os requisitos para concessão da prisão domiciliar em sede de prisão cautelar são mais gravosos que aqueles para concessão aos presos condenados está no seguinte fato: Para a mulher presa cautelarmente, o regime domiciliar somente poderá ser concedido se imprescindível para que ela exerça cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência ou se possui com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; ao passo que para a presa com condenação transitada em julgado basta apenas que ela seja genitora de pessoa menor de idade (com até 18 anos) ou que, independentemente da idade, seu filho seja deficiente físico ou mental.

Feitas tais observações preliminares, importante destacar que, apesar da prisão domiciliar (como prisão processual) ser uma forma de encarceramento provisório, esta não é considerada como estatística para fins de estudo e análise do sistema prisional, em razão da sua provisoriedade. Outra coisa a se observar, é que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ela não se confunde com a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga (inciso V, do artigo 319, do Código de Processo Penal).

3 ANÁLISE DO RELATÓRIO INFOPEN JUN/2016

O levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, é produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, órgão do Poder Executivo Federal, e visa obter dados sobre o sistema prisional brasileiro, para subsidiar as ações dos governos federal, estaduais e municipais.

O último relatório produzido foi o de junho de 2016 onde foram colacionadas informações sobre o número de pessoas presas no Brasil, os estabelecimentos prisionais, ocupação, perfil da população prisional, gestão de serviços penais e garantias de direitos e sistema penitenciário federal.

Para que se possa responder se a prisão domiciliar é alternativa à superlotação carcerária serão colacionados os dados constantes no relatório INFOPEN no que se refere às pessoas que estão no sistema prisional maiores de 70 anos, portadoras de doenças graves, gestantes, e pessoas com filhos menores de 12 anos de idade.

Essa escolha se deve pela análise comparativa do art. 318 do CPP e art. 117 da LEP, onde o legislador cria requisitos para autorização da prisão domiciliar em substituição a prisão cautelar (CPP), e para a substituição das condenações, conforme a LEP.

Antes de entrar nos itens acima citados, é de suma importância esclarecer o número de pessoas presas no Brasil, cautelarmente ou por condenação, e posteriormente fazer uma comparação com outros países, para que se confirme a superlotação carcerária.

3.1 População prisional brasileira

Conforme os dados INFOPEN, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, com o número absoluto de 726.712 pessoas, ficando atrás somente dos Estados Unidos da América e China. O Brasil está na frente de países como a Índia e a Indonésia que tem a população maior que a do Brasil.

Para que se tenha uma outra ótica sobre a população carcerária brasileira, o número de pessoas presas é maior que a população da cidade de Uberlândia, 669.672 habitantes, segunda maior cidade de Minas Gerais que por sua vez é o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

segundo estado mais populoso do Brasil, conforme a estimativa do IBGE divulgado em 1º de julho de 2016.

Mesmo diante destes números, somente poderá se falar em superlotação, se esse quantitativo de pessoas for maior que o número de vagas disponíveis, sendo assim, deve-se analisar a taxa de ocupação da população carcerária para que se tenha essa resposta.

O Brasil tem a taxa de ocupação de 197,45%, isso significa que para cada vaga existente tem 1,9745 pessoas presas, podendo assim concluir que no Brasil existe grande número de pessoas presas, bem como o sistema prisional se encontra superlotado.

Em números absolutos, das 726.712 pessoas presas, 689.510 se encontram no sistema prisional, 36.765 estão nas carceragens das delegacias e 437 nas penitenciárias federais. Existem 368.049 vagas e um déficit de 358.663 vagas. Existem 262.450 presos provisórios, correspondendo aproximadamente 36,00% do total de presos.

Além da grande massa carcerária e da superlotação prisional, verifica-se que o sistema prisional está em constante ascensão numérica, ocorrendo um aumento aproximado de 807% em 26 anos, passando de 90.000 pessoas presas em 1990 para 726.712 em 2016.

Esses dados acendem um alerta em todo o sistema de justiça criminal que tenta criar mecanismos jurídicos para minimizar esse crescimento. Dentre esses mecanismos têm-se a prisão domiciliar, onde o legislador concedeu um benefício as pessoas em situação de emergência para que possam cumprir a pena em seu domicílio.

Contudo, mesmo se essa estratégia for utilizada pelos tribunais, será que a prisão domiciliar realmente consegue minimizar a superlotação carcerária?

3.2 Mulheres nas prisões brasileiras

O relatório dos dados de junho de 2016 não relacionou a população carcerária feminina e de pessoas com doenças graves, sendo assim, será utilizado os dados extraídos do relatório de dezembro de 2014.

O percentual de mulheres no sistema carcerário brasileiro é pouco significativo, representando 5,8% de mulheres presas, enquanto os homens representam 94,2%. Isso significa que até a data dos levantamentos, tinham 33.793

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mulheres presas no Brasil. O estado de Roraima se destaca por ter a maior percentagem de mulheres presas, 10,72%, e o Estado do Tocantins com o menor percentual, 4,39%.

Apesar da pouca quantidade em relação ao número de homens presos, a taxa de mulheres presas cresceu em média 10,4% ao ano, saltando de 12.925 mulheres em 2005 para os 33.793 em 2014.

O relatório não apresenta o quantitativo ou porcentagem de mulheres grávidas no sistema prisional, assim para a nossa análise será considerado o número máximo de mulheres no sistema prisional brasileiro.

3.3 Pessoas com doenças graves

Para fazer essa análise, será considerado as doenças transmissíveis previstas no relatório. As doenças selecionadas foram HIV, Sífilis, Hepatite, Tuberculose e outras doenças transmissíveis. Apesar deste rol não apresentar todas as doenças graves existentes, ele será hábil para identificar a relação entre a superlotação e o quantitativo de infectados.

No Brasil existem 22.022 pessoas infectadas com as doenças acima citadas, dividido em, HIV - 7.412, Sífilis – 2978, Hepatite – 3360, Tuberculose – 5534 e outras doenças transmissíveis – 2.738 casos.

O número de casos informados no momento da pesquisa, não podendo ser considerando para análise de incidência da doença, que somente poderia ser calculada a partir da informação de *"novos casos de determinadas doenças surgidas em mesmo local e período." (Brasil, 2016)*.

3.4 Pessoas com deficiência

No sistema prisional brasileiro existem 4.350 pessoas com deficiências físicas ou mentais, separadas em 2.557 pessoas com deficiência intelectual, 1.169 com deficiência física, 369 cadeirantes (entre os deficientes físicos), 217 deficientes auditivos, 314 deficientes visuais e 93 deficientes múltiplos.

Apesar de ser um número pouco significativo, o poder judiciário tende a determinar a prisão domiciliar aos deficientes, devido à falta de estrutura do sistema prisional. Por exemplo, pode-se citar que 64% das unidades prisionais não foram adaptadas para as pessoas com deficiência.

3.5 Pessoas maiores de 70 anos

Ao se fazer a análise da faixa etária da população prisional, considerando a divisão feita pelo relatório, de 18 a 24 anos, 25 a 29 anos, 30 a 34 anos, 35 a 45 anos, 46 a 60 anos, 61 a 70 anos, e maiores de 70 anos, percebeu-se que a faixa entre 18 a 29 anos, jovens, de acordo com o estatuto da juventude, lei 12.852/2013, representa 55% de toda a população carcerária.

As pessoas maiores de 70 (setenta) anos representam menos de 1% da população carcerária, tornando um número insignificante para a análise da superlotação do sistema prisional.

3.6 Pessoas com filhos menores de 12 anos

O levantamento INFOPEN não colheu dados que pudessem esclarecer a idade dos filhos dos encarcerados, tampouco se eles têm alguma espécie de deficiência física, impossibilitando a análise comparativa com os incisos III, IV e VI do art. 318 do CPP e o inciso III do art. 117 da lei de execuções penais.

Foram colhidas informações da quantidade de filhos das pessoas privadas de liberdade, contudo, somente 9% da população carcerária disponibilizou essa informação, impossibilitando extrair qualquer conclusão em relação a esse dado.

Conforme os dados citados acima, a quantidade de pessoas que se encaixam nos requisitos do CPP e LEP em comparação com a população carcerária total é ínfima. As mulheres representam aproximadamente 6% do total, as pessoas com doenças graves 4%, as pessoas com deficiência e maiores de 70 anos menos de 1%.

O déficit de vagas do sistema prisional é de aproximadamente 50%, portando, mesmo que o poder judiciário concedesse prisão domiciliar a todas as pessoas com as qualidades previstas na legislação, a taxa de ocupação teria uma redução insignificante, permanecendo a superlotação.

Por fim, ao utilizar-se o entendimento de que o rol previsto na legislação penal para a concessão de prisão domiciliar é taxativo, pode-se concluir que essa modalidade de descarceirização não é uma alternativa. Passa-se então a análise das posições da doutrina e jurisprudência nacional para verificar a possibilidade de ampliação deste rol via interpretação extensiva.

4 POSICIONAMENTOS DOUTRINARIOS E JURISPRUDENCIAIS

Conforme abordado no capítulo 2 deste trabalho, os requisitos para concessão da prisão domiciliar nos casos de prisão cautelar são muito mais rigorosos que para os casos de condenação penal transitada em julgado. Outra situação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

também importante de se observar, neste caso no capítulo 3, é que segundo os dados constantes no relatório INFOPEN, a parcela de pessoas inseridas no sistema prisional que possuem idade superior a 70 anos, ou que são portadoras de doenças graves, ou gestantes, ou, ainda, e mulheres que possuem filhos menores de 12 anos de idade, é insignificante frente ao número de pessoas atualmente submetidas ao encarceramento definitivo no sistema prisional brasileiro.

Pode-se observar que em momento algum as legislações pertinentes inserem ou abordam a precariedade dos estabelecimentos penais e a superlotação carcerária como fatores que podem ser levados em consideração para fins de concessão da prisão domiciliar, principalmente como meio de salvaguardar os princípios norteadores da execução penal, em especial o da humanização (decorrente da dignidade humana). Assim, para situações como essas ora mencionadas, a doutrina sugere uma posição mais proativa do Poder Judiciário. Eis o que o preleciona Roque da Silva Araújo (2009, p. 103):

> Do lastimável quadro em que se encontram as penitenciárias nacionais, não é difícil constatar que compelir os condenados a regime aberto e semiaberto, a execução da pena nestes estabelecimentos pela inexistência de estabelecimentos adequados, conforme determinado na legislação, constitui acendrada violação aos seus direitos. O Poder Judiciário não pode fazer incidir sobre os condenados os ônus decorrentes da inércia dos demais Poderes, que não logram êxito (ou não envidam esforços) na construção dos adequados estabelecimentos.

Assim, em decorrência da divergência doutrinária acerca dos requisitos para concessão da prisão domiciliar, bem como aos dados alarmantes demonstrados pelo relatório INFOPEN, várias foram as ações judiciais impetradas com o objetivo de provocar o Poder Judiciário a se manifestar acerca destas situações apontadas. Em que pese algumas decisões isoladas dos tribunais pátrios, relativizando os requisitos da prisão domiciliar, o Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2008) assim se pronunciou:

> "**Grave Estado de Saúde e Prisão Domiciliar** - Tendo em conta a excepcionalidade da situação, a Turma deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus em que se discutia se paciente idosa (62 anos), condenada por tráfico ilícito de entorpecentes, cujo grave estado de saúde se encontrava demonstrado por diversos laudos, teria direito, ou não, à prisão domiciliar, nos termos do art. 117, da Lei de Execução Penal -

> LEP ("Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante."). Asseverou-se que a transferência de condenado não sujeito a regime aberto para cumprimento da pena em regime domiciliar é medida excepcional, que se apoia no postulado da dignidade da pessoa humana, o qual representa, considerada a centralidade desse princípio essencial, significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente no país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Concluiu-se que, na espécie, impor-se-ia a concessão do benefício da prisão domiciliar para efeito de cumprimento da pena, independentemente da modalidade de regime de execução penal, pois demonstrada, mediante perícia idônea, a impossibilidade de assistência e tratamento médicos adequados no estabelecimento penitenciário em que recolhida a sentenciada, sob pena de, caso negada a transferência pretendida pelo Ministério Público Federal, ora recorrente, expor-se a condenada a risco de morte. RHC provido para assegurar a ora paciente o direito ao cumprimento do restante de sua pena em regime de prisão domiciliar, devendo o juiz de direito da vara de execuções criminais adotar as medidas necessárias e as cautelas pertinentes ao cumprimento da presente decisão."

Seguindo na mesma linha, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através de seu presidente, editou a portaria conjunta nº 834/PR/2019 (Brasil, 2019), onde em seu art. 7º cria outras formas de aplicação da prisão domiciliar além das previstas no CPP e LEP, vejamos:

> Art. 7º - Juiz Corregedor e de Execução Penal de cada unidade prisional do Estado, durante a vigência do mutirão, mantida sua independência funcional, verificará a possibilidade de implementação das seguintes medidas emergenciais:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> I- Conceder a prisão domiciliar àqueles que cumprem pena em casa de albergado, permitindo que os estabelecimentos destinados a esse regime acolham provisoriamente presos do regime semiaberto.
>
> II- Conceder prisão domiciliar aos presos em regime semiaberto que estão a até 6 (seis) meses de benefício de progressão de regime, do livramento condicional ou do fim da pena, permitindo que presos do regime fechado que estão a até 06 (seis) meses da progressão de regime ocupem os espaços disponibilizados pela semiaberto, mantendo os demais rigores do regime.
>
> Parágrafo único. Caso acatada a política emergencial sugerida, deverá ser observada, para a concessão de prisão domiciliar, dentre outros requisitos, a existência de endereço do sentenciado, bem como seus méritos no cumprimento da pena.

Pode-se verificar que o TJMG autorizou a concessão da prisão domiciliar para todos os presos que estão no regime aberto, cumprindo pena em casa de albergado, ou para os presos em regime semiaberto e que estão a seis meses da progressão, do livramento condicional ou do fim da pena.

Apesar da decisão do STF ter sido um verdadeiro marco na relativização dos requisitos para concessão da prisão domiciliar no cumprimento do regime privativo de liberdade, sendo seguida por outros tribunais, como o TJMG, a referida decisão não foi suficiente para que os Tribunais mais conservadores negassem a concessão do cumprimento da pena em regime domiciliar, justificando suas decisões no princípio da legalidade. Como exemplo, eis um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Brasil, 2011):

> AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. REGIME ABERTO. REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP. Ao deferimento da prisão domiciliar, necessária a verificação de enquadramento em circunstâncias especiais, elencadas no art. 117 da LEP, dispositivo que deve ser interpretado restritivamente. Superlotação e precárias condições físicas dos estabelecimentos que não são motivos ensejadores da concessão da benesse. Precedentes. Mazelas do sistema penitenciário brasileiro que não podem ser amenizadas pela burla dos preceitos legais, criando-se benefícios não previstos,

> ao fim exclusivo de liberação da massa carcerária. Detenta que iniciou o cumprimento da reprimenda em 12.12.2011, tendo ainda 6 anos, 1 mês e 20 dias de pena a cumprir, e já está em prisão domiciliar. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO, PARA CASSAR O BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDO AO APENADO, DEVENDO O MESMO RETORNAR AO CUMPRIMENTO DA PENA NO 150 REGIME ABERTO.

No entanto, considerando-se os avanços na interpretação extensiva do instituo da prisão domiciliar, bem como as diversas discussões acerca do tema, fizeram com que a decisão fosse elevada à condição de súmula vinculante. Isso porque no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 56, que assim dispõe: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS."

> Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art.5º, XLVI) e da legalidade (art.5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, §1º, *b* e *c*). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. **Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados:** (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) **a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas**; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (RE641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, *DJE* 159 de 1º-8-2016, Tema 423.).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No referido RE, item 4, II, o Ministro Gilmar Mendes autoriza a concessão de prisão domiciliar quando for constatado a ausência de vagas no sistema prisional.

A doutrina nacional também corrobora com a possibilidade de interpretar extensivamente o instituto da prisão domiciliar, conforme descreve Nicolitt (2004, p. 759)

> Com efeito, sendo a medida típica e o sistema cautelar regido por princípio de adequação, necessidade e proporcionalidade, observando a gradação, nada obsta, a nosso sentir, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar em outras situações, além das previstas no art. 318 do CPP. Na verdade o art. 318 parece mais uma barreira, no sentido de que naquelas situações nunca poderá ser imposta prisão preventiva, senão na modalidade domiciliar, sem, contudo, amarrar o magistrado, impossibilitando-o de efetuar a substituição em outros casos que entender adequado.

Na mesma linha de raciocínio Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p.697), esclarece que:

> [...]poderá o juiz, atento aos princípios da proporcionalidade e da adequação, à semelhança dos arts. 193 e 201 do CPP português e 284 do CPP Italiano, impor ao indiciado ou réu essa providência cautelar, pouco importando a presença, ou não de um dos requisitos previstos no art. 318 do CPP.

Para outros autores a prisão domiciliar somente seria cabível no rol taxativo. Seguindo esse entendimento Nucci (2016, p. 585):

> Outro ponto relevante: Não se deve vulgarizar a prisão domiciliar como já se fez com a prisão albergue domiciliar. Esta somente seria possível às pessoas enumeradas no art. 117 da LEP (situações similares ao art. 318 do CPP), mas foi estendida a todos os condenados ao regime aberto, onde não houvesse Casa de Albergado. Exterminou-se o regime aberto em determinados lugares, por falta de fiscalização. Trata-se de prisão cautelar, voltada a um réu presumidamente inocente, torna-se fundamental que seja essencial ao processo. Se o juiz resolver esticar o benefício a todo e qualquer réu, somente porque, na comarca, há falta de vagas na cadeia, melhor será a revogação da preventiva. Mais adequado ter um réu solto do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que um ficticiamente preso em casa. A prisão cautelar é para ser cumprida em cárcere fechado ou não atingirá os objetivos fixados em lei. Como assegurar a ordem pública com um réu entrando e saindo de sua residência quando bem quiser? Se a pena, no regime aberto, já se desvirtuou, é fundamental que não se estenda tal situação para o contexto cautelar.

Pacelli (2014, p. 573), inclusive, entende que em alguns casos, mesmo enquadrando no rol do artigo 318 do CPP, não poderá ter o benefício.

> Com efeito, quando se tratar de organização criminosa, determinadas pessoas, que comprovadamente exerçam função de liderança nos aludidos grupos, podem, em tese, deixar de ter direito à pretendida substituição da preventiva. Naturalmente, estamos a referir a situação ne notória liderança, e não de meras especulações no curso de inquéritos ou de ações penais ainda em tramitação.

Verifica-se que, apesar de a interpretação extensiva do instituto da prisão domiciliar ser muito utilizado pelo Poder Judiciário, e corroborado pelo STF, está longe de ser pacificado pela doutrina e jurisprudência nacional. Se for considerado o rol taxativo previsto na LEP e CPP verifica-se que não poderá ser utilizado como alternativa para a superlotação carcerário, mas se o rol for aberto, conforme prevê a portaria conjunta do TJMG, minimizará o problema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática carcerária, especialmente no que tange à superpopulação e à prisão domiciliar, são temas já bastante discutidos no direito penal brasileiro. A falta de investimentos e a inércia do poder público em criar e aplicar políticas públicas mais consistentes e eficazes no sistema carcerário, nos remete a uma reflexão no sentido de que a situação, que já é caótica, pode se agravar mais ainda.

Conforme observado no presente trabalho, os requisitos para concessão da prisão domiciliar (apesar de diferentes quando se trata de preso cautelar e preso condenado), pertencem a um rol claro de situações autorizadoras. Tanto que parte da doutrina e da jurisprudência ainda afirmavam ser requisitos taxativos, sem possibilidade de se estender a casos não previstos nos respectivos dispositivos legais.

Contudo, considerando os princípios que norteiam a humanização da pena, os princípios da proporcionalidade e da adequação, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, grande parte dos entendimentos doutrinários e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

jurisprudências têm sido no sentido de se permitir a ampliação dos requisitos previstos no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, com esteio na superlotação carcerária e inexistência de estabelecimentos prisionais para o efetivo cumprimento da pena.

Não se pode deixar de destacar, apesar de não ter sido objeto deste trabalho, que a forma de interpretação do CPP atualmente, reforça uma aplicação da teoria da lei e da ordem e do direito penal do inimigo, fazendo uma verdadeira caça aos infratores da lei. Assim, mesmo que se flexibilize a interpretação dos dispositivos legais pertinentes, não se discute a entrada dos presos no sistema prisional, ocasionando um fluxo de entrada e saída interminável, aumentando a saída de presos pelos benefícios legais, mas continuando a grande entrada de pessoas no sistema através das prisões cautelares e das condenações.

Por todo o exposto, conclui-se que a concessão da prisão em regime domiciliar, de forma extensiva ao rol do CPP e da LEP, é utilizada pelo poder judiciário atualmente na tentativa de minimizar a superlotação carcerária. Essa interpretação é baseada nos princípios penais e constitucionais, tento como alicerce a dignidade da pessoa humana.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Roque da Silva. Omissão estatal e prisão domiciliar. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, v. 10, n. 56. p. 103, jun./jul. 2009.

BRASIL. **Código de processo penal** (1941): decreto lei n. 3.689, de 3-10-1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 02.01.2018.

BRASIL. **Lei de execução penal** (1984): lei n. 7.210, de 11-07-1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.01.2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias. Acesso em 02.01.2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Portaria Conjunta nº834/2019. Publicada em 02 de maio de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. 16. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, Renato.**Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a Lei n. 13.257/2016 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI, do CPP**. Disponível em https://www.apmp.com.br/artigos/5714/. Acesso em 02.01.2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal:** comentários à lei 7.210, de 11-07-84. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar**: prisão e demais medidas cautelares. 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MESSA, Ana Flávia. Curso de direito processual penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência.** 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.**

NOTAS:

[1] Especialista em Direito Empresarial e Tributário e em Direito do Consumidor pelo Instituto Mato Grosso de Pós Graduação. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pelo Instituto Damásio Educacional. Professor Universitário e Gerente da Faculdade Estácio de Bélem/PA. Advogado.

www.conteudojuridico.com.br

O TERCEIRO SETOR AO LADO DO ESTADO

ROSELI FERREIRA PEREIRA: Aluna do Curso de Direito no Instituto de Ensino Superior de Bauru - IESB.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]

(orientadora)

RESUMO: Mediante a obrigatoriedade legal no atendimento das mais variadas necessidades da sociedade, cabe ao Estado, sendo o mesmo incapaz de oferecer serviços públicos que atendam a tanta demanda, buscar formas inovadoras de prestação, agilizando os atendimentos e diminuindo os custos para a máquina pública. Mediante isso, nasce a importância do terceiro setor, que é integrado pelas organizações privadas que se comprometem com o desenvolvimento de serviços públicos em prol da coletividade, por meio da formalização de parcerias com o Estado, tratando-se de uma manifestação da sociedade civil, para garantir a realização dos direitos fundamentais do indivíduo. O terceiro setor tem sua atuação ao lado do Estado como um facilitador do desenvolvimento das políticas públicas, portanto não se trata de transferência da competência, pois esta continua a ser de titularidade do Estado que possui o dever de tutelar e fiscalizar os serviços prestados pelas organizações parceiras e zelar pela máxima valorização dos recursos e patrimônios públicos.

Palavras-Chaves: Terceiro Setor; Poder Público; Parcerias.

ABSTRACT: Due to the obligation by law to provide Public services that society needs, and the State doesn't have the capability to assist so huge demand, they should looking for ways to minimize the poor service offered and aims to cost reduction in the Public coffers. Before this unfavorable view, growing up the importance of this indispensable public sector called: "Third Sector". This department consists of nonprofits companies engage to development of public services on behalf of the whole group trough "Public-private partinerships" that's the goal is to warranty the fundamental citizen rights. The Third sector is an enabler of a State Public Politics development working side-by-side to the State and its doesn't mean the State is transferring their responsibility, it's not-transferable. The State has the duty of tutor and to monitor of compliance the services provided by this partnerships and as indispensable, supervise in order to warranty the proper use of Public funds.

Keywords: Third Sector; State; Partnerships

Sumário: 1 Introdução – 2 Terceiro setor e seu papel dentro da sociedade civil. 3 Previsão constitucional da participação do terceiro setor nos principais serviços de interesse público. 4 Organizações do terceiro setor; 4.1 Organizações Sociais; 4.1.2 Contrato de Gestão; 4.2 Organizações da sociedade civil de interesse público; 4.2.1 Termo de parceria; 4.3 Organização da sociedade civil. 5 Conclusão. 6 Referência.

1 Introdução

O presente estudo tem como objetivo despertar o interesse e esclarecer pontos obscuros da população em geral, e também dos administradores, dirigentes e servidores públicos por esta área que atua no desenvolvimento de serviços de interesse público.

O terceiro setor trata-se de um tema pouco conhecido e explorado, porém que vem crescendo de forma auspiciosa, portanto, merece um estudo esclarecedor de suas funções, objetivos e importância para as políticas públicas.

Ponto importante da dinâmica do terceiro setor está em sua proximidade com o receptor do serviço de interesse público, dando oportunidade ao mesmo de utilizar e avaliar o serviço de maneira menos burocrática, pois a organização parceira está normalmente inserida na comunidade desses usuários, fazendo parte de seu cotidiano.

Muitas pessoas da sociedade acreditam que as organizações do terceiro setor não possuem organização administrativa e tão pouco sistemática jurídica, o que se apresenta como uma impressão erronia, pois organizações que não busquem se adaptar as grandes formalizações existentes, e que serão demonstradas, logo perderão seu lugar ao sol, pois não há mais espaço para o amadorismo.

O modelo de prestação de serviços públicos de forma direta e exclusiva pelo Estado envelheceu, portanto gerou a necessidade de uma vivacidade nas sistemáticas de execução de suas atividades, para isso busca parcerias com organizações realmente qualificadas (juridicamente e administrativamente) para o atendimento das necessidades da coletividade.

Porém essa sistemática de parcerias é bem antiga no Estado Brasileiro e a prática foi amplamente recepcionada pela Constituição da República, como restará comprovado, devido ao fato da mesma, expressar autorização para que o Estado se utilize dessa força de trabalho tão colaboradora.

O terceiro setor, em colaboração com o Estado, tem como principais áreas de atuação a saúde, assistência social e educação. As denominações mais comuns

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para as organizações parceiras, com base na doutrina moderna são: Organizações da Sociedade Civil (OSC), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organizações Sociais (OS).

Contudo, jamais se esquecendo de que não somente de boas intenções vive o homem, e que, não é novidade que no Brasil, onde circula dinheiro, circula também a corrupção. Portanto, caberá ao Estado controlar e fiscalizar os recursos e bens públicos que transfere a terceiros, e como será esclarecido ao longo do trabalho, os mecanismos de controles são eficientes, leis para punir a corrupção existem, basta que o Estado cumpra com sua competência legal de zelar pelos tributos que recolhem dos filhos da Pátria.

O estudo do presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as leis que regem os aspectos legais do terceiro setor, contando com Constituição da República de 1988, e dentre as leis ordinárias pode citar: lei federal nº 9.637/1996; lei federal nº 9.790/1999, lei federal nº 13.019/2014.

Em complementação aos estudos das leis, ocorreu pesquisa bibliográfica, voltada ao esclarecimento do entendimento doutrinário dos ditames legais e para obter um estudo jurídico fortalecido com importantes autores como: (Almeida Junior 2019; Mendes; Branco 2018; Carvalho Filho 2018; Zanela Di Pietro 2014; e Justen Filho 2014).

2 Terceiro setor e seu papel dentro da sociedade civil.

O chamado terceiro setor surgiu sob a égide da Constituição de 1988, em uma tentativa de suprir novas demandas sociais, em grande parte gerada justamente pelo advento da Constituição cidadã, pródiga no reconhecimento de direitos e garantias típicos do Estado Social. (Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco, 2018, p. 1412).

O Terceiro setor é composto por pessoas jurídicas de direito privado, constituídas pela iniciativa privada, ou seja, pela sociedade civil, com o intuito de desenvolvimento de serviços em prol coletividade, normalmente, mas não obrigatoriamente, em colaboração com o Estado.

Para Marçal Justen Filho (2014), a denominação Terceiro Setor vem do entendimento doutrinário de que o Primeiro Setor é o próprio Estado, o Segundo Setor é formado pelo mercado, e o Terceiro Setor é formado pelas associações privadas sem finalidade lucrativa, o que o faz diferente dos demais, pois não fazem parte da Administração Pública e nem exploram atividade econômica.

José dos Santos Carvalho Filho (2018), esclarece que o terceiros setor resulta da iniciativa da sociedade civil, na execução de funções basicamente sociais, sem almejar resultados lucrativos, diferentemente das pessoas jurídicas empresarias no geral, e que além da prestação de serviços públicos realizadas de forma direta, o Estado pretende se desenvolver executando os referidos serviços pelo regime de parcerias, que se caracterizam pela aliança formada entre o Poder Público e associações privadas, que atualmente pela doutrina mais moderna são denominadas de Organização da Sociedade Civil.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018) ponderam, que a crescente demanda pela efetiva prestação de serviços de tradicional incumbência do Estado, que por oportuno dizer, sempre demonstrou dificuldade em cumprir sua função, justifica a transferência de competências típicas do primeiro setor, para uma nova esfera, a das organizações da sociedade civil, ou seja, o terceiro setor.

Marçal Justen Filho (2014) considera que as Organizações colaboradoras, normalmente desenvolvem serviços que derivam das políticas públicas das áreas da saúde, educação e assistência social, oferendo suporte onde o estado não consegue chegar ou complementando os serviços já oferecidos.

Com o intuito de obtenção de maior presteza, flexibilidade e eficiência, é que o Estado desenvolve parcerias com o Terceiro Setor, que oferece serviços públicos de forma mais rápida e eficiente, sem dar tanta ênfase nos atos e nos procedimentos que a Administração Pública tem por imposição legal observar, com isso ocorre à desburocratização na prestação de serviços de interesse público, com um regime mais flexível e mais dinâmico. Porém, isso não quer dizer que as organizações parceiras não devem observar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública na execução de suas finalidades estatutárias, os quais sejam os princípios, da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

A natureza jurídica das parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor está embasada na cooperação mútua, ou seja, os partícipes buscam a mesma finalidade para o ajuste: o desenvolvimento de serviços públicos de interesse e de necessidade da coletividade.

As organizações da sociedade civil, quando celebram parcerias coma a Administração Pública, passam a ter caráter hibrida, pois, tendo regime jurídico de direito privado, desempenham função pública, porém não fazem parte da Administração Pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As Organizações da Sociedade Civil podem ou não, formalizarem parcerias com o poder público, porém optando pelo sim, deverão se sujeitar as normativas e ao controle da Administração Pública e Tribunais de Contas.

3 Previsão constitucional da participação do terceiro setor nos principais serviços de interesse público

A base legal no ordenamento jurídico brasileiro, para a participação do terceiro setor na realização e oferecimento dos serviços de interesse público em colaboração com o Estado, está contida expressamente na Constituição da República de 1988, onde se configura o reconhecimento da importância e a confiabilidade dessa colaboração/participação para o desenvolvimento das políticas públicas.

A Constituição da República prevê situações em que os serviços públicos poderão ser prestados de forma indireta, com a colaboração de particulares.

Em relação à saúde, a previsão está contida primeiramente, no artigo 197:

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também por pessoa física e jurídica de direito privado. (grifo nosso).

Para complementar o entendimento dos legisladores em relação aos particulares colaboradores e afirmar a visão dos mesmos, em relação a certeza da competência e condições de organização do terceiro setor em ofertar serviços públicos de qualidade aos que deles necessitarem, expressou sua preferência no artigo 199, §1° de nossa Carta Magna:

> Art. 199. A assistência à saúde é livre a iniciativa privada.
>
> §1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (grifo nosso).

E assim acontece com outros serviços públicos de grande relevância, com as políticas da área da educação e assistência social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O artigo 204 prevê como serão realizadas as ações governamentais na área de assistência social, deixando bem clara, serem as organizações do terceiro setor a fonte indireta de prestação dessas ações:

> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
>
> I - descentralização político-administrativa, cabendo à coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; (grifo nosso).

Quanto ao expresso, fica a cargo dos Estados e Municípios e execução das ações em assistências sociais, o que se entendi uma preocupação dos legisladores, para que as ações sejam executadas por quem possui o contato direto com a população necessitada, o que inclui as organizações do terceiro setor locais, para favorecer a interação entre os indivíduos receptores, criando espaço para a criação de vínculos, para a reflexão, troca de experiências e busca de soluções para os problemas comuns, estimulando a solidariedade e a cidadania.

Na execução das políticas públicas voltadas para a educação, não seria diferente, a Constituição estabelece em seu artigo 205, que a educação é direito de todos, e uma inovação que merece comento, coloca a família como coautora, juntamente com o Estado e a Sociedade, na divisão da obrigatoriedade do incentivo e oferecimento de educação de qualidade.

> art. 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifo nosso).

Para elucidar de forma mais clara, onde se encaixa a participação e a importância do terceiro setor, também para essa área de serviços púbicos, expressa o artigo 2013 e incisos:

> Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: (grifo nosso).
>
> I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
>
> II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Todas as políticas públicas citadas na explanação acima estão previstas no título Da Ordem Social, e por não serem de titularidade exclusiva do Estado comportam atuação simultânea do particular, dentre as organizações privadas autorizadas, e com ares de preferência, estão as do terceiro setor.

Todavia, de nenhuma forma, o Estado deve transferir toda a responsabilidade dessa prestação de serviço aos particulares, nem mesmo ao terceiro setor, essas iniciativas de parcerias devem ser utilizadas para unir esforços em prol da coletividade e não eximir do Estado de suas responsabilidades. Independente do particular que executar serviços públicos, estes sempre serão prestado sob a tutela do Estado, por meio de mecanismos de apoio e fiscalização.

4 As organizações do terceiro setor

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), as organizações do Terceiro, embora se diferencie por suas particularidades, instituídas por seus estatutos ou mesmo por força de lei, possui características que são comuns a todas elas. Vejamos algumas: Não são criadas pelo Estado, mas são formalmente constituídas, para assegurar a permanência de suas atividades, por tempo determinado, ou até mesmo indeterminado; Em regra, desempenham em colaboração com o Estado atividade privada de interesse público, sendo este o nome que se dá, quando os serviços públicos são prestados a coletividade pelos particulares; Todas, preenchendo os requisitos legais, podem ter vínculo jurídico com o Estado, por meio de termo de fomento, termo de colaboração, acordo de cooperação, termo de parceria, contrato de gestão, convênios e outros instrumentos congêneres; O regime jurídico é o de direito privado, embora possa ocorrer sua supressão por normas do direito público, em função, justamente do vínculo que as ligam ao Poder Público, quando da formalizadas de parcerias; e todas integram o terceiro setor, pois não se enquadram inteiramente como associações privadas por seu caráter hibrido, nem integram a Administração Pública, todas são organizações privadas não governamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Passaremos a análise das particularidades que envolvem cada organização do terceiro setor, por força das leis que as embasam:

4.1 Organizações sociais

As organizações sociais não nascem com essa denominação, são constituídas sob a forma de associação, e posteriormente se habilitam, cumprindo a exigências legais para a matéria, perante o Poder Público, do qual recebe uma qualificação, que se trata de título jurídico, concedido e quando não cumprido os ditames legais para a sua permanência, são cancelados pelo Poder Público.

São várias as definições e conceitos doutrinários a respeito de organizações sociais, vejamos alguns deles:

> Organização social é uma associação civil ou fundação que, em virtude do preenchimento de requisitos legais, é submetida a um regime jurídico especial, que contempla benefícios especiais do Estado para a execução de determinadas atividades do interesse coletivo. (Marçal Justen Filho, 2014, p. 333).
>
> Organização social é a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2014, p. 580).
>
> Essas pessoas, a quem incumbirá a execução de serviços públicos em regime de parceria com o Poder Público, formalizado por contrato de gestão, constituem as organizações sociais. (José dos Santos Carvalho Filho, 2018, 438).

Os requisitos legais que deverão ser preenchidos por uma associação que possua a pretensão de se qualificar como organização social estão elencados no art. 2º da Lei Federal nº 9.637 de 15 de maio de 1998, sendo alguns deles: Compatibilidade de sua finalidade estatutária, com a área de atuação do serviço público que irá realizar; não possuir fins lucrativos, e ter por obrigação o investimento de seus excedentes, no desenvolvimento de suas atividades estatutárias; possuir como órgão de deliberação superior, Conselho de Administração composto por representantes do Poder Público, membros da sociedade civil de notória capacidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

profissional e idoneidade moral, e uma diretoria, ambos definidos nos termos do Estatuto, assegurados, composição e atribuições normativas e de controle previstas na Lei Federal nº 9.637/98; obrigatoriedade de publicação em jornais oficiais e de grande circulação de seus relatórios financeiros e de execução, assim como, se tratando de associações, aceitação de novos associados, nos moldes de seu estatuto; proibição de distribuição, a qualquer pretexto, de bens e do patrimônio líquido a associado ou membro da entidade; e previsão, em caso de extinção ou desqualificação, que o patrimônio integral, bem como os excedentes financeiros em função de suas atividades, será destinado a outra organização social, com qualificação no mesmo ente federativo, da mesma área de atuação, e não havendo essa possibilidade, ao próprio ente federativo, porém nesse caso na proporção dos recursos e bens por estes alocados. (art. 2º da lei 9.637/1998).

O Poder público poderá qualificar as associações privadas, cujas atividades desempenhadas sejam voltadas, para as áreas do ensino, pesquisas científicas, desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

A Lei Federal nº 9.637/98 é de observância obrigatória apenas para a União e serviços públicos federais, porém não há impedimento que os Estados, Distrito Federal e Municípios, legislem suas próprias leis, para tanto, podem seguir o modelo da lei federal, ou modelo diverso, desde idênticos sejam seus objetivos e requisitos.

4.1.2 Contrato de gestão

No entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018), o contrato de gestão é o vínculo instituído entre o Estado e a organização social, para a formalização da parceria, e discriminarão as atribuições, obrigações e responsabilidades do Poder Público e da organização social.

Como em todos os instrumentos formalizados pelo Poder Público, o contrato de gestão, também se fará observar os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e economicidade, e devem ainda observar, as especificações do plano de trabalho, os prazos de execução das atividades e metas a serem alcançadas e o método de avaliação do desempenho e produtividade (art.7º da Lei 9.637/1998).

No entendimento do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2018), caso haja, dispêndio de recursos públicos para a execução do objeto do contrato de gestão, caberá ao ente federativo, por força da lei, a fiscalização das atividades, bem como o exame da prestação de contas da organização social, onde qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

irregularidade deve ser imediatamente comunicada ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilização do agente fiscalizador.

As organizações sociais serão desqualificadas, quando for constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, o que e será realizado por procedimento administrativo, assegurado o princípio fundamental do contraditório e ampla defesa, sendo responsabilizados os dirigentes da organização social, pelos danos caudados por suas ações ou omissões, e ainda, a desqualificação acarretará, na reversão dos bens públicos cedidos e dos valores repassados e malversados pelas organizações sociais, sem prejuízo de outras sanções por lei cabíveis (José dos Santos Carvalho Filho, 218).

4.2 Organizações da sociedade civil de interesse público

Em semelhança com as organizações sociais, nenhuma associação privada nasce organização da sociedade civil de interesse público, para tanto, necessário se faz, o recebimento de uma qualificação, para fazer jus ao título.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, define organização da sociedade civil de interesse público como (2014, p.584):

> Trata-se de qualificação jurídica dada as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por inciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos com incentivo e fiscalização pelo Poder Público.

A legislação que regulamenta essa espécie de organização da sociedade civil é a Lei Federal nº 9.790 de 23 de março de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100 de 30 de junho de 1999.

A primeira disposição da citada lei federal, está relacionada com a definição do que são associações sem fins lucrativos, assim consideradas por força de lei, a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.(art. 1º, § 1º da lei 9.790/1999).

Há algumas vedações para a aplicabilidade legal de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público, independente área de atuação, a lei 9.790/99 são se aplica: As sociedades comerciais; os sindicatos; as associações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; e organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional. (art. 2º da lei 9.790/1999).

As associações privadas que pretenda a qualificação como organização da sociedade civil de interesse público, deverá solicitar essa titulação, preenchendo os requisitos legais, perante o Ministério da Justiça, e deve atuar em pelo uma das seguintes áreas: Assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação e da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; da defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócios produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; e estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científico e estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte. (art. 3º da lei 9.790/1999).

O estatuto social das associações privadas que pretendam a qualificação como organização sociedade civil de interesse público, deverá conter expressamente: A observância na execução de suas atividades dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; a adoção de boas e práticas administrativas, para evitar situações de benefícios pessoais indevidos, em decorrência do poder decisório; constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente; previsão de que, em caso de dissolução, da associação, o seu patrimônio será transferido à outra pessoa jurídica com finalidade estatutária congênere e que possua a qualificação idêntica; previsão, em caso de perda da qualificação, o acervo patrimonial, adquirido com recursos públicos, resultantes de parcerias instituídas, seja transferido a outra pessoa jurídica com qualificação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

idêntica; possibilidade de remuneração dos dirigentes e daqueles que prestam serviços específicos, respeitando os valores praticados no mercado na área de atuação profissional; prestações de contas deverão conter no mínimo: Observância dos princípios e normas da contabilidade brasileira; a publicidade dos relatórios de atividade e das demonstrações financeiras, incluindo as certidões negativas de débitos; realizações de auditorias internas e externas dos recursos públicos oriundos de parcerias e prestação de contas de todos os recursos públicos recebidos (art. 4º da lei 9.790/1999).

Tais exigências demonstram que a qualificação como organização da sociedade civil de interesse público, implica em sérias responsabilidades, para associação em colaborar no desempenho de serviços públicos com o Estado e nota-se a grande estrutura material e jurídica por parte das interessadas em conseguir a citada qualificação em função da seriedade exigida para a matéria.

A lei federal nº 9.790/99 é de observância obrigatória apenas para a União, não tendo aplicabilidade obrigatória nas esferas estaduais e municipais, porém não há impedimento que os Estados, Distrito Federal e Municípios, legislem suas próprias leis, que não necessitam serem os ditames, idênticos aos da lei federal, contanto que não sejam divergentes seus objetivos.

4.2.1 Termo de parceria

Termo de parceria é a nomenclatura dada aos instrumentos jurídicos, formalizados entre as organizações da sociedade civil de interesse público com o Poder Público, com o intuito de regulamentar a execução das atividades de interesse público pactuadas.

Os termos de parcerias deverão conter cláusulas essenciais que especifique as responsabilidades e obrigações das partes; o objeto da parceria em acordo com o plano de trabalho apresentado pela organização da sociedade civil de interesse público; o estabelecimento de metas, resultados a serem atingidos e os prazos para a execução; critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados; previsão de receitas e despesas a serem realizadas no cumprimento do objeto pactuado e o detalhamento dos valores a serem pagos aos dirigentes, empregados e consultores com recursos oriundos da parceria formalizada; estipular a obrigatoriedade de apresentação de prestação de contas ao Poder Público parceiro contendo: Comparativo de metas propostas com os resultados alcançados, acompanhados dos comprovantes dos gastos efetivamente realizados; a obrigatoriedade de publicação do extrato do termo de parceria e demonstrativos de sua execução física e financeira (art. 10, §2º da lei 9.790/1999).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Um detalhe muito importante a ser observado por todas as esferas governamentais está na obrigatoriedade legal de preceder a consulta nos conselhos de políticas públicas da área de interesse, antes da formalização de termos de parceria, cabendo posteriormente à formalização, à fiscalização da parceria, ao órgão público firmador e ao respectivo conselho da política pública (§ 1º do art. 10 da Lei 9.790/1999).

Os responsáveis pela fiscalização da parceria, ao se certificarem de qualquer irregularidade ou ilegalidade envolvendo a malversação de bens e recursos públicos por parte da organização parceira, deverão imediatamente cientificar o Tribunal de Contas e ao Ministério Público respectivo, 0sob pena de responsabilidade solidária (art. 12 da lei 9.790/1999).

4.3 Organização da sociedade civil

A definição do que são organizações da sociedade civil se divide em três categorias com fundamento contido no artigo 2º da lei federal nº 13.019 de 31 de julho de 2014, aletrada pela lei federal nº 13.204 de 14 de dezembro de 2015, hoje conhecida nacionalmente como marco regulatório das OSCs.

> Art. 2º Para os fins desta Lei considera-se:
>
> I - organização da sociedade civil:
>
> a) Entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os apliques integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;
> b) As sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;

Pelas categorias definidas como organizações da sociedade civil, verifica tratar-se de categoria jurídica genérica, caso em se incluem diversos entes de categorias específicas, como acontece com as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, que nada mais são do que organização da sociedade civil que receberam qualificações por preencherem os requisitos legais instituídos por lei especifica. Por via de consequência, todas as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público são organizações da sociedade civil, mas nem toda organização da sociedade civil ostentam alguma qualificação (José dos Santos Carvalho Filho, 2018).

As exigências contidas no marco regulatório das OSCs, não estendem a suas exigências a vários ajustes e normas, os quais podem citar: às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei; aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais; aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos na área da saúde; aos termos de compromisso cultural; aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público; aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por: membros de Poder ou do Ministério Público; dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública; pessoas jurídicas de direito público interno; pessoas jurídicas integrantes da administração pública; e às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos (art. 3º da lei 13.019/2014).

Segundo o art. 2º, inciso III, da lei 13.019/2014, as parcerias entre as organizações da sociedade civil e o Poder Público podem ser conceituadas como o conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

Termos de colaboração e termos de fomentos possuem praticamente a mesma definição legal, ambos são o instrumento jurídico por meio do qual se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabelece parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil pela consecução de finalidade pública e reciproca que envolva transferência de recursos financeiros. O diferencial consiste que, no termo de colaboração o objeto a ser desenvolvido será proposto pela administração pública e no termo de fomento será proposto pela organização da sociedade civil (art. 2º, VII e VIII da lei 13.019/2014).

Os acordos de cooperação, apesar de também possuir praticamente a mesma definição legal, possuem uma particularidade especial, somente será utilizado para instituir parcerias que não contemplem a transferência de recursos financeiros (art.2º VIII-A da lei 13.019/2014).

Para celebrarem parcerias com a administração pública, a lei exige que as organizações da sociedade civil possuam organização interna (Estatuto) que prevejam expressamente: objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social; em caso de dissolução da organização, o respectivo patrimônio líquido seja transferido à outra pessoa jurídica de natureza congênere e que preencha os requisitos legais e cuja finalidade estatutária seja, preferencialmente, o mesmo da organização extinta; escrituração de acordo com os princípios e Normas Brasileiras de Contabilidade; possuam no mínimo um ano para os Município, dois anos para os Estados e Distrito Federal e três anos para a União, de cadastro ativo, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, podendo os prazos serem reduzidos por ato específico de cada ente, na hipótese de nenhuma organização atingi-los; que tenham experiência prévia comprovada na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; finalizando, que possuam capacidade técnica, física e operacional para o cumprimento dos objeto pactuado e das metas estabelecidas (art. 33 da lei 13.019/2014).

O preenchimento de tantos e rigorosos requisitos legais, tem por finalidade o afastamento de organizações fraudulentas, constituídas por membros desonestos que buscam apenas o enriquecimento ilícito e a satisfação de interesses obscuros, à custa da exploração dos recursos públicos.

Assim como há necessidade de do preenchimento de requisitos, a lei também expressa sobre a vedação na formalização de parceria que envolvam ou incluam em seu objeto delegação de atividades que sejam exclusivas do Estado como por exemplo, pode citar as funções de regulação, de fiscalização e o exercício do poder de polícia. Esses por serem serviços próprios do Estado são impossibilitados de delegação para as organizações privadas, que não possuem as prerrogativas típicas de autoridade (art.40 da lei 13.019/2014).

A forma de seleção das organizações da sociedade civil, para a formalização de parcerias com o poder público, se realiza por meio de chamamento público, podendo ser definido como, procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (art. 2º, inciso XII, da lei 13.019/2014).

O procedimento do chamamento público deverá conter elementos claros, objetivos e simplificados, que facilite o acesso de maior número possível de organizações interessadas. Para tanto, a Administração Pública, deve estabelecer critérios específicos e passíveis de avaliação, principalmente em relação ao objeto, as metas, aos custos e a avaliação dos resultados tanto quantitativamente, quanto qualitativamente.

O chamamento público será iniciado com publicação de um edital, onde devem ser especificados, alguns itens necessários: a programação orçamentária que viabiliza a parceria; o objeto da parceria; os elementos facilitadores para apresentação das propostas (datas, prazos, local, etc.); os critérios de seleção, sobretudo no que toca à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada critério; o valor calculado para a consecução do objeto; condições para interposições de recurso na esfera administrativa, a minuta instrumento da parceria; e de acordo com as especificações do edital, medidas de acessibilidade que garanta a participação de pessoas com mobilidade reduzida. (art. 24, § 1º, da lei 13.019/2014).

O edital deverá ser elaborado de maneira que, não conste nenhuma cláusula ou condição que comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo do certame, do qual tem como finalidade, a obtenção de excelente parceiro privado que ofereça a melhor prestação de serviço possível para o público-alvo receptor. Contudo, a lei admite duas exceções que são: a) propostas apresentadas exclusivamente por organizações sediadas no local onde será executado o objeto da parceria e b) delimitação do território ou abrangência da prestação de atividades ou execução de projetos. (art. 24, § 2º, da lei 13.019/2014).

O chamamento público se assemelha muito as modalidades de licitação pública, e como as mesmas, também possuem casos onde o procedimento seletivo poderá ser dispensado ou inexigível. Em alguns casos de em que o gestor público poderá por discricionariedade, ou seja, analisando a conveniência e oportunidade, dispensar o procedimento de chamamento público é: no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

interesse público, porém não por tempo indeterminado a lei estabelece o prazo máximo de cento e oitenta dias, por caracterizar este, prazo suficiente para a normalização das atividades; nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil, previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política; no caso de recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais. (art. 29 e 30 da lei 13.019/2014).

Já a questão da inexigibilidade se caracteriza com a inviabilidade ou impossibilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, portanto inexiste a finalidade do chamamento público que é possibilidade de competição entre organizações interessadas que preencham os requisitos, no caso em tela, a lei considerada o chamamento público inexigível quando: o objeto da parceria é de natureza singular e somente possa ser desenvolvido por uma única organização; quando as metas somente podem ser alcançadas por determinada organização; o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a organização beneficiária (art.31, da lei 13.019/2014).

Importante salientar que os casos de dispensa e inexigibilidade são para o procedimento de chamamento público, e não para os demais ditames da lei 13.019/2014, todos os demais institutos previstos deverão ser observados, tanto para a formalização quanto a prestação de contas das parcerias com as organizações da sociedade civil.

Outro assunto de grande relevância para o sucesso das parcerias está relacionado a prestação de contas dos recursos recebidos, a obrigatoriedade, antes de constar em leis ordinárias, já é matéria constante de carta mãe de todas as leis, a Constituição da República, em seu artigo 70, parágrafo único, *in verbis*:

> Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Com essa ilustre previsão legal, é indiscutível a obrigatoriedade da organização parceira em prestar contas dos recursos recebidos e gerenciados, e principalmente impõe a obrigatoriedade do Poder Público em exigir essa prestação.

A administração pública deverá fornecer manuais explicativos que facilite para as organizações parceiras o procedimento da prestação de contas, como grande auxiliar nesta tarefa, está os Tribunais de Contas dos Estados que emitem instruções procedimentais claras e objetivas para orientar os órgãos públicos, como exemplo pode ser citado o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que possui vigente a Instrução 002/2016, que estabelece normativas para formalização e prestação de contas de parcerias, por meio de termos de fomento/colaboração, termos de parcerias, contratos de gestão, etc. Portanto, se torna uma cadeia, onde os Tribunais de Contas fiscalizam os órgãos públicos e os órgãos públicos fiscalizam as organizações parceiras, ou deveria ser assim.

As prestações de contas deverão conter documentações que possibilitem ao gestor público realizar o acompanhamento e a avaliação das metas pactuadas e dos resultados alcançados em acordo com o estabelecido em plano de trabalho ou proposta técnica.

Para facilitar o acompanhamento e a supervisão das parcerias pelos gestores públicos a lei estabelece alguns documentos que devem ser solicitados: a) relatório de atividades com descrição pormenorizada; b) relatório da execução do objeto, contendo as atividades ou projetos desenvolvidos para o cumprimento do objeto e o comparativo de metas propostas com os resultados alcançados; e c) relatório de execução financeira do termo de colaboração ou do termo de fomento, com a descrição das despesas e receitas efetivamente realizadas e sua vinculação com a execução do objeto (art. 66 da lei 13.019/2014).

Para complementar essa fiscalização cabe à administração pública se for, o caso, a realização de visita in loco na sede da organização parceria e a posterior edição de relatório técnico de avaliação e monitoramento, homologado por comissão designada para essa finalidade.

O gestor público munido de toda pertinente documentação manifestará pela conclusão da prestação de contas que poderá ser avaliada em: a) **regulares**, quando expressarem, de forma clara e objetiva, o cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho; b) **regulares com ressalva**, quando evidenciarem falta de natureza formal que não resulte em danos ao erário; e c) **irregulares**, quando comprovada a omissão no dever de prestar contas, o descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

trabalho, danos ao erário público e desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos (art. 72, inciso I ao III, da lei 13019/2014).

Para não cumprimento desta obrigação, são previstas sanções que poderão ser aplicadas pela administração pública, garantindo o contraditório e a ampla defesa à organização parceira: a) advertência; b) suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos; c) declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a autoridade sancionadora, que será concedida sempre que a organização da sociedade civil ressarcir a administração pública pelos prejuízos resultantes e depois de decorrido o prazo de dois anos (art. 73, incisos I ao III, da lei 13.019/2014).

5 Conclusão

Diante da apresentação de todo o estudo realizado que procurou esclarecer toda a dinâmica legal e a estrutura administrativa que possui o terceiro setor e a grande colaboração na prestação de serviços de interesse público, que desenvolve ao lado do Estado.

A estrutura legal que deve possuir uma organização para ser caracterizada como terceiro setor é muito grande, e somente veio a se fortalecer com o advindo do marco regulatório das organizações da sociedade civil (lei 13.019/2014), que passou a regulamentar todas as espécies de organizações de forma residual, obrigando-as a possuir capacidade física, técnica e operacional para o desenvolvimento das parcerias com o Estado.

A praticarem a leitura desse trabalho, algumas pessoas podem vir a acreditar, de forma equivocada, que tanta formalização jurídica e administrativa pode acarretar na diminuição das oportunidades de parcerias e como consequência um alcance menor de pessoas beneficiadas com os serviços, contudo deve ser o entendimento que o intuito do Estado é prestar serviços com o máximo de qualidade possível, e para isso necessita de parceiros com relevante capacidade para o seu desenvolvimento,

Outro ponto de suma importância a se considerar é que o próprio Estado legislou criando mecanismo defesa para si, o que resultou na seleção natural das organizações, para evitar formalizar parcerias com organizações picaretas e que farão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

malversação dos recursos públicos, quanto mais burocrático for, menos organizações inidôneas sobreviverão.

As legislações que versam disciplinando o setor estudado possibilitam ao Estado o acompanhamento, o controle e a fiscalização das parcerias, como maneira de desempenhar sua função de cuidado e utilização correta dos tributos impostos à população.

O Estado possui uma grande ferramenta nas mãos, que se bem utilizada, fará a grande diferença nos serviços de ordem social que deve oferecer a população, cabendo a ele a sabedoria de se utilizar dessa conveniência para transferir os encargos da prestação dos serviços a outras pessoas jurídicas, nunca abdicando, porém do dever de controle e fiscalização sobre elas, pois quando uma parceria não apresenta o resultado esperado, o Estado falhou em uma de suas competências, ou não exerceu um controle rígido na seleção da parceira ou não fiscalizou o objeto pactuado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Fernando Frederico. Direito Humanos. Estudos da I Semana de Afirmação dos Direitos Humanos das Faculdades Integradas de Bauru – FIB. 1ª Edição. Bauru/SP: Spessoto, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. 32ª Edição. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 27ª Edição. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

FILHO, Marçal Justen, Curso de Direito Administrativo. 10ª Edição. São Paulo. Revistas dos Tribunais LTDA. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.1998.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm

BRASIL. **Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm

BRASIL. **Lei nº 13.019 de 31 de julho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm

NOTAS:

[1] Docente professora mestra do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONFLITOS INTERPRETATIVOS DO DIREITO A VAGA ESPECIAL PARA ESTACIONAMENTO PARA O DEFICIENTE NA CIDADE DE MANAUS

JEAN CARLOS AUZIER SOBREIRA:
Graduado em Educação Física- Faculdade Nilton Lins 2005. Especialista em Gestão e Direito de Trânsito - Faculdade Mario Shenberg e Centro de Estudos Avançados e Treinamento/Trânsito Manaus-AM, 2014. Acadêmico em Direito pelo Centro Universitário Luterano-ULBRA. AM.

INGO DIETER PIETZSCH[1]

(orientador)

RESUMO: O referido artigo é consequência das inúmeras divergências interpretativa por parte do requerente ou solicitante ao direito especifico voltado para o estacionamento em vaga especial à pessoa com deficiências. O deficiente não é necessariamente somente o deficiente físico, mas os que também apresentam anomalias e ou patologias diversas, divergente de um quadro físico aparente. Realizou-se uma pesquisa no Instituto Municipal de Mobilidade Urbana -IMMU in loco no SAE – Serviço de Atendimento Especial ao idoso e pessoa com deficiência, sendo observado os inúmeros questionamentos por parte dos requerentes e por fim o desconhecimento da lei que confabula na apresentação na dificuldade de locomoção. O deficiente tem direito a vaga de estacionamento? É sabido que o deficiente dentro dessas complexidades patológicas, possuem inúmeros direitos ao qual também o direito a vaga para estacionar, desde que apresentem a pesquisa utilizou a metodologia de pesquisa bibliográfica e o método dedutivo com diversas doutrinas, Opiniões de Juristas, artigos científicos, dissertações e diversas outras formas de pesquisa.

PALAVRAS CHAVE: Deficiente; direito; locomoção; vaga; dificuldade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO: 2.1 Conceito de deficiência; 2.2. Histórico da deficiência; 2.3 Vagas de estacionamento reservadas a pessoas com deficiências e a credencial de beneficiário; 2.4 Conflitos interpretativos do direito a vaga especial para estacionamento para o deficiente na cidade de Manaus; 3. CONCLUSÃO; 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A cidade de Manaus tornou-se uma grande metrópole contemplando inúmeros shoppings, mercados, parques, estabelecimentos diversos, de médio à grande porte, enfim, fornecendo aos cidadãos Manauara uma diversidade de produtos e serviços, bem como o lazer.

Manaus deverá registrar nos próximos anos a marca de um milhão de veículos, logo, a busca por espaços físicos para estacionamentos tornaram-se competitivos e diante dessa problemática, salientando que não é somente da cidade Manaus, mas de todas as cidades brasileiras, cidadãos procuraram usufruir da comodidade do estacionamento mais próximo, para tanto, o CONTRAN – Conselho Nacional de Transito, regulamentou através da resolução 304/2008, tornando possível o acesso ao estacionamento à pessoa que realmente apresenta uma deficiência e que essa patologia venha comprometer sua locomoção, logo adequando-a à proximidade do seu destino, estabelecendo o percentual de 2% das vagas.

O questionamento voraz está em confabular que não são todas as deficiências que dão direito a vaga e sim somente pessoas com mobilidade reduzidas e que de fato apresentem um déficit deambular, logo se faz necessário adequá-la ao sistema dentro da sua desigualdade , podendo a patologia (doença) ser permanente, no caso de um acidente de transito que propiciou lesão em um dos membros, sendo amputado ou uma lesão ou trauma temporária no caso de um aneurisma vascular cerebral que paralisou um dos lados do corpo, sendo submetido a tratamento, fisioterapia, exercícios físicos, ao qual gradativamente recupera os movimentos. Nesse caso especifico por traumas temporários é emitida a credencial como tratamento reabilita tório, sendo o benefício provisório até que seus movimentos estejam totalmente recuperados, sendo necessário laudo médico detalhado.

O requerente ao benefício por apresentar certa patologia, vem em busca ao direito a vaga de estacionamento para pessoa com deficiência, sendo que de praxe o termo deficiência engloba todas as anomalias, patologias físicas ou não, gerando confusão e duvidas referente ao benefício, perante a lei somos iguais, desde que tratando os iguais dentro de sua igualdade e os desiguais dentro de sua desigualdade.

Não se pode questionar em hipótese alguma que um cidadão apresentando uma deformidade física congênita dos membros superiores (ausência de dedos da mão) não seja um deficiente, longe, de pôr em xeque à deficiência, mas, não sendo possível o benefício para o estacionamento em vagas de pessoa com deficiência, pois não apresenta o objeto jurídico tutelado que é a dificuldade em deslocamento (deambular).

Podemos inferir aparentemente, um contrassenso em não conceder a outras deficiências a credencial (conflitos interpretativos). É notório espaçadamente a busca no órgão executivo Municipal de trânsito (Instituto Municipal de Mobilidade Urbana-IMMU) pelo direito a credencial de estacionamento em vagas especial para portadores de inúmeras deficiência, ao qual apresentam deficiência ou patologias diversas como dos membros superiores, ou outras doenças comprovadas por laudo médico, como surdez, anemia profunda, distúrbios de comportamento como bipolaridade, angina, pressão arterial alterada, crise de ansiedade, dentre outras, mas, que não comprometam a mobilidade, sendo negado o pedido. Há casos de doenças raras que merecem ser estudas e que as vezes por uma simples anamnese se consegue detectar o benefício ou não.

Para alguns deficientes existem várias formas de inclusão de benefícios e que necessitam passar por triagem a determinados direitos, exemplo: Compra de um carro adaptado à sua deficiência devidamente aprovado pelo DETRAN, que dependendo de sua deficiência poderá não ter o direito a credencial de Estacionamento emitido pelo Instituto Municipal de Mobilidade Urbana- (dicotomia interpretativa). O que geralmente questionam, porque o DETRAN concedeu e o IMMU não? Se sou deficiente? Explicamos com clareza que o objeto jurídico tutelado é a locomoção. O Monocular é considerado um deficiente já existindo sumula pelo STF, podendo prestar concurso para deficiente, sendo, que alguns doutrinadores confabulam que o monocular perde parte de amplitude visual, possuindo parcialmente certa dificuldade de locomoção, já o caso do surdo é diferente, não apresentam as características básicas para o direito a vaga para estacionamento que a dificuldade de locomoção, não deixando der ser uma pessoa com deficiência.

A negativa ao credenciamento gera conflitos, gastos, tempo, e influencia diretamente no estado emocional do solicitante, sendo que é visível a mudança comportamental e rotineiramente o atendente ou funcionário é bombardeado por insinuações do tipo, você está me constrangendo! Vou buscar meus direitos! Isso é um abuso!

Geralmente os questionadores apresentam nível superior, como médicos, advogados, engenheiros, Professores, ou possuem elevados cargos públicos, inclusive magistrados, delegados de polícia ou políticos que de certa forma tentam intimidar forçando o benefício.

O objetivo geral é mostrar as divergências interpretativas por parte de um grupo de pessoas que em sua maioria detém certos conhecimentos ou grau cognitivo aparentemente superior no que se refere ao direito a credencial de Estacionamento Especial para pessoa com deficiência. Dirimir conflitos aparentes ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

benefício é objetivo especifico desta pesquisa. Como metodologia utilizou-se consulta a base de dados governamentais e de pesquisa bibliográfica, pesquisa a rede mundial de computadores, procedimentos de coleta de dados e de pesquisa *in loco*.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito de deficiência

Conhecer à deficiência e seus transtornos ou a dificuldade de locomoção permanente ou temporário e os transtornos por ela causadas é de suma importância para identificação, portanto, antes de adentrarmos ao mérito da questão é necessário descrever um pouco sobre o que seria a deficiência e como ela se divide. Como saber também alguns aspectos conceituais e histórico da deficiência.

É sabido que a deficiência existe muito antes de imaginarmos, apesar de a deficiência hoje ser tratada com naturalidade e termos leis que obrigam a inclusão dessas pessoas, antes não era assim, muitas culturais tratavam os deficientes como pragas e aberrações, muito sofreu essas pessoas para até aqui serem tratadas com igualdade.

De acordo com Aranha (2013, p. 10) preleciona que:

> A compreensão sobre deficiência, de modo geral, assim como a compreensão sobre as pessoas portadoras de deficiência, tem se transformado muito no decorrer da história, num processo continuo de mudanças dos valores e dos resultados exemplos que permeiam e representam a relação das sociedades.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) traz como conceito de deficiência, um documento denominado de: Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens, definindo alguns conceitos, sendo eles que a:

> Deficiência: perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária o permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão. (OMS, Apud, p.98).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ou seja, a deficiência não se limita somente aquela deficiência física, ela pode ser mental, intelectual, fisiológica, temporária ou permanente. É importante mencionar que no ano de 2001 a OMS em "Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF/2003), para que fosse substituindo o anterior para que o termo deficiência deixe de ser mencionado, passando a ser chamado de conceitos de Funcionalidade e Incapacidade, enfatizando condição de saúde do indivíduo e particularidade de cada caso" (OLIVEIRA, 2013, P. 13).

Ainda sobre o conceito de deficiência Oliveira (2013, p. 14) explica que a deficiência se trata de uma "restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social".

Conforme o Decreto nº 3298/1999 de 20 de dezembro, Artigo 3º da Política Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência, observa-se:

> I – Deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desenvolvimento de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.
>
> II – Deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.
>
> III – Incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Sendo assim, é divido a deficiência em três espécies, sendo elas: deficiência, deficiência permanente e a incapacidade. Desta forma, a deficiência tem seu conceito amplo, e não se limita somente a deficiência física. No mesmo decreto de nº 3298/1999, em seu artigo 4º traz algumas características da deficiência, sendo: deficiência física, deficiência auditiva, deficiência visual, deficiência mental e a deficiência multiplica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vamos entender de forma breve cada uma delas? A Deficiência Física é a alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física; já a Deficiência Auditiva é a perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras variáveis de graus e níveis. No que tange a Deficiência Visual é aquela em que o indivíduo tem a sua capacidade visual comprometida, ele pode ou não enxergar. E por fim o Deficiência Mental, são considerados os casos em que o funcionamento intelectual é significativamente inferior à média. Não menos importante, no entanto, pouco conhecida existe a Deficiência Múltipla que é o indivíduo que possui mais de uma, por exemplo, o conjunto de deficiência mental e física. Esse tem a mesma aplicação de direitos que as outras deficiências (OLIVEIRA, 2013, p. 14/15).

De acordo com a Lei nº 13.146, art. 2º dispõe que:

> Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)
>
> I - Os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
>
> II - Os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
>
> III - A limitação no desempenho de atividades; e
>
> IV - A restrição de participação.

Portanto, entendemos que a deficiência surge de diversas formas, sendo ela física, mental, auditiva, sonora e até mesmo múltipla que é quando o indivíduo possui mais de uma deficiência. No entanto, como de forma surgiu a nomenclatura? No próximo tópico veremos acerca de um breve histórico da deficiência.

2.2. Histórico da deficiência

Como já foi mencionado antes, a deficiência sempre existiu, ou seja, desde que existe o ser humano, existe a deficiência, no entanto, essas pessoas só passaram a ser pessoas portadoras de direitos depois de muitas lutas sociais.

Entre os anos de 4.000 a.C até o ano 476, segundo com (Silva, 1986, p. 21), o autor explica que sempre existiram pessoas com deficiência, nascidas com limitações ou que as contraiam durante a vida, em suas palavras:

> "Anomalias físicas ou mentais, deformações congênitas, amputações traumáticas, doenças graves e de consequências incapacitantes, sejam elas de natureza transitória ou permanentes, são tão antigas quanto à própria humanidade" (Silva, 1986, p.21).

Sendo assim, todo tipo de deficiência hoje conhecida e tratada, já existia desde os primórdios da existência humana, eram deficiências nascidas com o indivíduo, ou até mesmo adquiridas em batalhas ou acidentes. Ocorre que o preconceito naquela época era muito mais evidente que atualmente, não havia direitos sociais, ou sequer direitos humanos, sendo assim as pessoas nascidas deficientes eram tratadas com indiferença, uma vez que muitos povos eram acostumados a guerrear, e os homens nasciam, cresciam e se tornavam soldados, por conta disso, um homem deficiente era considerado inútil, um peso morto para aquela época.

De acordo com Oliveira (2013, p. 16) explica que na Roma Antiga, no que tange ao direito romano "também não era reconhecido os bebês nascidos precoces ou com características defeituosas. Era costume, de acordo com o poder paterno vigente entre as famílias nobres romanas uma alternativa: deixá-los a margem de rios ou locais sagrados para que fossem acolhidos por famílias da plebe".

É chocante mencionar que também naquele período os deficientes eram usados como atração de circo, ou até mesmo para a prostituição, de acordo com Silva demonstra que:

> [...] cegos, surdos, deficientes mentais, deficientes físicos e outros tipos de pessoas nascidos com má formação eram também, de quando em quando, ligados a casas comerciais, tavernas e bordéis; bem como a atividades dos circos romanos, para serviços simples e às vezes humilhantes" (SILVA, 1986, p.103).

Essa realidade só veio a mudar com a influência do cristianismo que pregava o respeito e amor ao próximo, sendo assim os deficientes para a sentir vestígios de mudanças em seu tratamento perante a sociedade. Mas foi apenas no século XX que as pautas sociais entram em questão direito passaram a ser resguardados. Com o desenvolvimento político os movimentos sociais lutaram para a inclusão das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

minorias, sendo eles: mulheres, negros, homossexuais e as pessoas com deficiência, esses movimentos mobilizaram – se para ofertar ao Governo, ações que garantissem sua inclusão social.

Sendo assim, em 1979, foi criada a Coalizão Pró-Federação Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes com o objetivo de formar uma estrutura organizada em nível nacional. Era o 1º Encontro Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes em 1980 tinha como fundamento: a criação de diretrizes organizacionais, pauta comum de reivindicação e definir critérios para integrantes da coalizão. Ao mesmo tempo, este encontro proporcionou maior visibilidade a este segmento (OLIVEIRA, 2013, p. 19).

Mais tardar a ONU através de assembleia geral decretou no ano 1981, o Ano Internacional das Pessoas Portadoras de Deficiência, dando mais visibilidade aos deficientes perante a sociedade, pautando finalmente a inclusão dessas pessoas a vida civil, já no Brasil diversos comitês e conselhos foram nomeados, de nível federal, estadual e municipal, além do mais foram incluídas nestes conselhos pessoas com deficiência, seguindo orientação desta entidade, para que pudessem dar sugestões de como poderiam garantir seus direitos.

E em 2012 o Brasil deu palco a 3º Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, realizada na Capital Federal, com objetivo de promover Políticas Públicas direcionadas para brasileiros deste segmento dando-lhes o efetivo acesso aos direitos humanos básicos.

Ocorre que houve a criação de muitas garantias e direitos aos deficientes, um desses direitos conquistados pelas lutas sociais e políticas de inclusão foram a vagas reservados as pessoas com deficiência, principalmente as pessoas com deficiência de locomoção, é sabido que essas pessoas necessitam de maior atenção, por conta disso as vagas de estacionamento reservadas são uma grande ajuda para pessoas com deficiência, idosos e gestantes, pôr na maior parte vezes ficarem localizadas perto de entradas, ou locais de acesso como rampas, escadas rolantes e elevadores, pelo fato de os deficientes tem dificuldades em se locomover, a facilidade de acesso a esses locais é de extrema importância para sua saúde física.

2.3 Vagas de estacionamento reservadas a pessoas com deficiências e a credencial de beneficiário

Por conta disso, foi criado a Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), essa lei tem como objetivo garantir direito de acessibilidade a pessoas com deficiência, a inclusão sócia e o respeito, e garantia de direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, objeto do presente artigo tem finalidade de abordar acerca do capítulo X da presente Lei, que trata do direito ao transporte e à mobilidade.

De acordo com o art. 47 que dispõe:

> Art. 47. Em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados (PLANALTO, 2020).

Sendo assim, em a área abertas ao público como também deverão deixar reservado uma porcentagem de vagas para estacionamento de carros de pessoas com deficiência, essas vagas deverão estar devidamente sinalizadas. Ainda acerca do assunto, os parágrafos a seguir prelecionam:

> § 2º **Os veículos estacionados nas vagas reservadas devem exibir, em local de ampla visibilidade, a credencial de beneficiário, a ser confeccionada e fornecida pelos órgãos de trânsito**, que disciplinarão suas características e condições de uso.
>
> § 3º A utilização indevida das vagas de que trata este artigo sujeita os infratores às sanções previstas no inciso XX do art. 181 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro). (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)
>
> §4º **A credencial** a que se refere o § 2º deste artigo **é vinculada à pessoa com deficiência que possui comprometimento de mobilidade e é válida em todo o território nacional.**

Portanto, de acordo com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, 2% das vagas de estacionamento da cidade são reservadas para deficientes físicos. Contudo, para que fosse controlado o acesso a essas vagas de estacionamento, foram criados cartões de estacionamento, tanto para pessoas com deficiência como também para os idosos. Esse cartão é chamado de credencial de beneficiário. Esses cartões são válidos em todo o território nacional, porém não são reconhecidos para uso em outros países.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A credencial do beneficiário, é um cartão de uso pessoal e não para do veículo, por isso a pessoa que possui o cartão pode usá-lo em qualquer veículo onde estiver sendo transportado. Por isso mesmo, no cartão está escrito o nome da pessoa, número de registro e data de validade. Para solicitar a credencial no tocante ao benefício, é feita análise criteriosa do laudo médico. Ocorre que muitas vezes esses laudos geram dúvida quanto a sua descrição, por conta disso, é solicitado muitas vezes um laudo médico mais detalhado, pedindo que descreva as situações em que o requerente está limitado.

No primeiro momento são analisadas as solicitações para o benefício do direito a vaga à pessoa com deficiência: laudo médico atualizado e detalhado da deficiência que a mesma comprometa a dificuldade de locomoção (deambular), contendo o nome do médico, e sua especialidade, bem como o devido registro no conselho de medicina, RG, CPF, comprovante de residência do solicitante, se criança acompanhada de seus pais, tutores ou curadores de for o caso.

Algumas doenças são fáceis e notórias para o benefício como o caso de *poliomielite*; má formação genética dos membros inferiores; amputação de membros inferiores, vitimadas por acidentes diversos ou ocasionadas por patologias como a diabetes, outras nem tantas, no caso das cardiopatias nível I e Nível II, no qual se faz necessária um análise aprimorada, na detecção do tipo, muitas vezes não informada pelo médico especificamente, no qual se usa *anamnese* como complemento para constatação da dificuldade, logo, em casos obscuros, é solicitado um laudo mais a profundado e detalhado.

Caso, permaneça ou não demonstrando claramente a dificuldade de locomoção do solicitante a credencial, será feito o requerimento ao órgão de transito, no qual será encaminhado para uma comissão analisar o pedido, onde será aguardado o deferimento ou indeferindo de tal solicitação.

Ocorre que existe certos conflitos na interpretação, no que tange a quem tem o direito de receber tal credencial e usufruir deste direito. Sendo assim, o próximo tópico será explicado o porquê de tal divergências na interpretação do direito a vaga especial para estacionamento para o deficiente na cidade de Manaus.

2.4 Conflitos interpretativos do direito a vaga especial para estacionamento para o deficiente na cidade de Manaus

Constantemente, em tais requerimentos é notório a ausência do objeto jurídico tutelado nos pedidos, que é a locomoção em que os requerentes tendem a buscar parecer perante a comissão, e mesmo sendo explicado verbalmente a

improcedência do pedido, há uma certa ignorância em aceitar o resultado do requerimento.

Noutra anomalia vivenciada pelos agentes responsáveis, são os laudos emitidos com as escritas praticamente ilegíveis, ocorre que isso demonstra uma falta de respeito ao paciente e ao órgão recebedor destes laudos, uma vez como já foram mencionados são documentos ilegíveis, com caligrafia "ridícula", sendo praticamente impossível decifrar o posicionamento do médico, por conta disso esses laudos são imediatamente devolvidos ao solicitante, solicitando que o médico refaça-o e o reescreva de forma legível para que assim se possa fazer uma a análise concisa do pedido.

No que tange ao deferimento ou não do pedido da emissão da credencial, quando a mesma é indeferida, gera uma celeuma gigantesca, surgem diversos questionamentos, que são direitos da pessoa, contudo, a interpretação da deficiência é errônea, uma vez que todos se consideram limitados em alguma situação, ocorre que a Lei é explica ao dizer que reserva 2% das vagas de estacionamento para aquelas pessoas que possuem comprometimento da mobilidade, e muitas das vezes a negativa dessas credenciais à algumas pessoas se dar pela fato de seu comprometimento de mobilidade não ser absoluto, mas sim, relativo, não justificando assim, a concessão da credencial. Esses são fatos corriqueiros que norteiam diariamente o Instituto Municipal de Mobilidade e Urbana (IMMU), é importante destacar que o Instituto é devidamente credenciado, sendo, portanto, o responsável para emissão, assim como, também o responsável pela a emissão da credencial beneficiária especial para a vaga de estacionamento ao idoso.

Neste diapasão, é valido explicar que muitas situações são vivenciadas pelos agentes do Instituto Municipal de Mobilidade e Urbana (IMMU), ocorre que estes agentes possuem todo preparo, treinamento de funcionários e estagiários para que assim possam ministrar seu trabalho com eficiência e equidade, e o grande problema enfrentados por esses árduos trabalhadores se dá ao receber a negativa de tal solicitante, automaticamente tais agentes precisam justificar esse indeferimento, esta explicação se dar com maior cautela e cuidado, para que essas pessoas que de alguma forma tem a sua capacidade de vida limitada não se sintam excluídos ou lesados, explicando, e, como também justificando na lei a essência para quem de fato se faz necessário o benefício, no entanto, nem todos são compreensivos, tornando-se questionadores e abusivos em suas ponderações.

Verifica-se que de acordo com dados realizados através do dia-a-dia no trabalho realizado dentro do órgão Instituto Municipal de Mobilidade e Urbana (IMMU), ressalta aos olhos que existe uma grande diferenciação entre as classes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sociais, no que tange aos questionamentos, é notório que as pessoas com menos poder aquisitivo, digamos pessoas humildes, sem formação superior, são menos questionadoras, aceitando aparentemente e entendendo para quem de fato é o direito ao benefício. É importante lembrar que todos são tratados de formas iguais, e sendo respeitados, a explicação da negativa se dar de forma detalhada a todos que requerem e tem seu pedido indeferido pelo órgão.

Pela experiência adquirida durante o labor no Instituto Municipal de Mobilidade e Urbana (IMMU), foi perceptível concluir que as pessoas com poder aquisitivo diferenciado, com formação superior, como: advogados, juízes, médicos, engenheiros entre outros, são ínfimos questionadores contumazes, primando geralmente em confabular que estão sendo constrangidos por um direito que lhe assistem.

Aí surge os conflitos interpretativos da lei. Podemos inferir aparentemente aos questionadores, desconhecimento da resolução 304 do CONTRAN/2008, bem como da Lei n º 13.146, Capitulo X que atenta o direito ao transporte e a mobilidade em seu artigo 47 §2º, §4º que mais uma vez trazemos à tona, especificando:

> Art. 47 -Em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, **para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade**, desde que devidamente identificados.
>
> § 1º [...]
>
> § 2º Os veículos estacionados nas vagas reservadas devem exibir, em local de ampla divisibilidade, a credencial de beneficiário, a ser confeccionada e fornecida pelos órgãos de trânsito, que disciplinarão suas características e condições de uso.
>
> § 3º [...]
>
> § 4º **A credencial a que se refere o § 2º deste artigo é vinculada à pessoa com deficiência que possui comprometimento de mobilidade** e é válida em todo território nacional.

No que diz respeito aos conflitos nos levam à uma reflexão mais humanitária, assim como de não internalizar de forma generalista os motivos que levam há não conceder para outras deficiências a credencial (dicotomia interpretativa).

Ocorre que é notado nos requerimentos pelo direito a credencial de estacionamento em vagas especial para portadores de deficiência, em alguns laudos deficiências atípicas como: dificuldade nos movimentos dos membros superiores, ou outras doenças, ou até patologias comprovadas por laudo médico, como: surdez, anemia profunda, dores lombares, distúrbios de comportamento como bipolaridade, monocular, entre outros, sucede que essas doenças ou deficiências não comprometem ou interferem na mobilidade ou a dificuldade de locomoção do indivíduo, sendo, portanto, de imediato, após uma análise ao laudo médico pedido negado, uma vez que tal deficiência não faz jus ao deferimento do pedido de credencial, não havendo qualquer dificuldade de locomoção.

De acordo com Araújo, no que diz respeito a este tema, preleciona que;

> "A existência , por exemplo, de vagas de estacionamento destinadas ás pessoas com deficiência, não tem como objetivo dar um alento àquele sofreu um infortúnio e se encontra em posição diferenciada no seu cotidiano, mas de facilitar os seus deslocamentos, já que, para as pessoas que não tem deficiência, a locomoção é menos dificultosa; não há, desta maneira, logica jurídica em se conceder a credencial para estacionamento a alguém que não possua um dos membros superiores(um braço ou mão), mas consegue andar normalmente; longe de diminuir a importância da deficiência (e as consequentes dificuldades) deste individuo, não se trata de favorece-lo, de alguma forma, mas PERMITIR que seja igual materialmente aos demais, no quesito LOCOMOÇÃO" (ARAUJO, 2018.p.67).

Sendo assim, possuem inúmeras e variadas formas de inclusão ao deficiente e leis que asseguram a determinados direitos, como exemplo: a compra de um carro adaptado à sua deficiência devidamente aprovado pelo DETRAN, que dependendo de sua deficiência poderá ou não ter o direito a credencial de Estacionamento pelo MANAUSTRANS (dicotomia interpretativa). Como também o Monocular que é considerado um deficiente já existindo súmula no STF, como também a inclusão de deficientes em concursos públicos, podendo ser motora ou não.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, para que seja deferido a credencial de estacionamento em vaga de deficiente, é necessário que o solicitante comprove através de documentos e laudos médicos a sua limitação no que tange a comodidade motora. Desta forma, as deficiências como: surdez, transtornos do espectro Autista, doenças neurológicas entre outras, são patologias em que o indivíduo necessita de um acompanhante, mas não apresentam dificuldades em sua locomoção, no entanto, lhe comprometem a cognição, sendo aptas a credencial de vagas de estacionamento.

Outro exemplo acerca do tema, trata-se da Lei nº 7.713/88 que determina que portadoras de doenças graves são isentos de pagamento de imposto de renda desde que se enquadrem em algumas situações descritas na Lei, podendo inclusive adquirir deduções de imposto em compras de equipamento.

Deste modo, o questionamento enfático de quê "deficiente tem direito" sem adentrar no mérito em qual deficiência está inserida, é relativizado perante ao direito. Em concordância com a Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, é importante ressaltar que esta lei não é muito conhecida pela população, como também é pouco disseminada.

Esta lei dispõe que a pessoa com deficiência ao comprar um veículo adquire a isenção de impostos, ocorre que este benefício gera alguns conflitos interpretativos, uma vez que podemos entender que a pessoa com deficiência possuem o direito garantido por lei de receberem a isenção dos impostos: IOF, IPI, ICMS, casos esses indivíduos comprovem as suas deficiências patologias, deficiências locomotiva e etc... sendo assim, lhe és garantido o benefício, portanto, consequentemente esse cidadão adquirindo-lhe tal benefício, por si só, não lhe legitimo receber também o benefício da vaga de estacionamento à pessoa com deficiência, isto posto, observem que o conflito aparente, caso hipotético a um cidadão com um carro adaptado a sua deficiência, ausência da mão esquerda, não implica na dificuldade de locomoção, sendo assim, lhe será negado o credenciamento a vaga de Deficiente.

Outra forma de direitos de deficiente é participação em concursos públicos, dentre aquelas que se enquadrem no art. 5º da Lei 4.317/2019; no § 1º do art. 2º da Lei Federal nº 13.146/2015; em seu §1º do art. Da Lei federal nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (Transtorno do Espectro Autista); e as designadas pela sumula 377 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): O Portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, as vagas reservadas aos deficientes.

Desta forma, muito se conquistou no decorrer dos anos, o surgimento da Constituição Federal de 1988 abriu portas para um estado democrático, e inclusão

social, e garantia de direitos humanos. Os deficientes que antes eram renegados, humilhados e esquecidos pela sociedade, hoje possuem direitos e fazem parte da vida social. No entanto, apesar de todas essas conquistas, algumas pessoas insistem em burlar as leis, requerendo direitos que não lhe pertencem, sendo assim, necessário criar campanhas de conscientização e educação explicando com base nas leis e fatos, a quem de fato possui direito a credencial de vagas de estacionamento.

3. CONCLUSÃO

Diante dos dados analisados, pode-se observar que são diversos tipos de benefícios ao qual o deficiente tem direito, mas que de alguma forma podem ou não se relacionarem ao credenciamento para o deficiente, sendo que o objeto jurídico tutelado para o credenciamento é a dificuldade de locomoção, fato esse complexo, pois todos se consideram deficiente, mas não recebem com bom grado quando o Instituto Municipal de Mobilidade Urbana – IMMU, através de seus atendentes explicam os por menores.

Os questionamentos as vezes irrigado pelo tom da voz ameaçador foi o estopim para o início dessa pesquisa e que demonstrou que os indivíduos com certa formação, funcionários públicos Municipais, estaduais, federais de auto escalão estáveis e com boa remuneração, são exímios defensores de seus direitos, gerando conflitos, inclusive processos judiciais. O cidadão humilde, autônomo, funcionário de empresas privadas não procuram questionar, quando questionado se convencem que não possui o perfil para o credenciamento.

Esses conflitos interpretativos são construtivos, salutar quando entendemos na integra os parâmetros para que se possa diferenciar um direito de uma deficiência de uma outra deficiência, no entanto a LEI é GENERALISTA, causando dúvida inclusive para pessoas que detém um certo conhecimento.

Dentro de uma razoabilidade seria interessante uma mudança ortográfica no que tange ao estacionamento a vaga de deficiente, logo, essa tipologia por si acarreta ou gera interpretações antagônicas, plausível de interpretações diversas, não se observando o mérito na aquiescência do direito propriamente dito.

4. REFERÊNCIAS

ARANHA, M.S.F. Trabalho e Emprego - **A deficiência através da história: Concepções e Paradigmas**. Brasília, 2003.

CLAUDIO P.Freire, JULYVER Modesto de Araujo. **Código de Transito Brasileiro**, 2º ed.rev.atuali-Sao Paulo ; Letras Juridicas, Ed.2012.

DIAS DA SILVA Luiz de Jesus, XIMENES PONTE Juliano Pamplona. Urbanização e ambiente: experiências de pesquisa na Amazônia Oriental. Disponível em: <http://www.academia.edu/Urbanizao_e_ambiente> acesso em: 10/05/2020.

FERRAZ, Pedro. **Faixa azul e ciclo faixa: querem parar com a frescura**. Disponível em: <http://www.vocativo.com/provocativo/faixa-azul-e-ciclofaixa-querem-parar-com-a-frescura.html> acesso em: 10/05/2020.

LEGUME Lucas, Mobilidade urbana como um problema. Disponível em: < http://passapalavra.info/2014/01/90364> acesso em: 10/05/2020.

MARGARETH Any, Faixa Azul: muita confusão e caos no trânsito de Manaus. Disponível em: <http://radaramazonico.com.br/faixa-azul-muita-confusao-e-caos-no-transito-de-manaus> acesso em: 10/05/2020.

RODRIGUES, Dirceu. **Transporte público**. Disponível em: <htpp://www.trasnportabrasil.com.br> acesso em: 10/05/2020.

DENATRAN**. Manual de procedimentos para o tratamento de polos geradores de tráfego.** Brasília: DENATRAN/FGV, 2001 84f . il. ; 20 ,28 cm.

LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10/05/2020.

DECRETO Nº 3.298, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999. **Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 10/05/2020.

Vagas de estacionamento reservadas à pessoa com deficiência: informações importantes, 2018. Disponível em: http://cadeiravoadora.com.br/vagas-de-estacionamento-reservadas-pessoa-com-deficiencia/. Acesso em: 10/05/2020.

Vagas de estacionamento reservadas para pessoas com deficiência, idosos e gestantes, 2017. Disponível em: https://turismoadaptado.com.br/vagas-de-estacionamento-reservadas. Acesso em: 10/05/2020.

OLIVEIRA, Ana Caroline. **A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIENCIA NO MERCADO DE TRABALHO**, 2013. Monografia e artigos, FACULDADE FRUTAL-FAF

CURSO DE SERVIÇO SOCIAL. FRUTAL (MG).

NOTAS:

[1] Doutor em Direito Jurídico Educacional pela Universidad Nacional Experimental de Los Lianos Occedentales Ezequiel Zamora. Unillez; Coordenador e Professor do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil ,ULBRA – Centro Universitário Luterano de Manaus..

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO COMBATE AO RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

ANA LUÍSA DOS SANTOS CARLOS:
Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

AIRTON ALOISIO SCHUTZ ***[1]***

(orientador)

Resumo: O presente artigo tem por escopo verificar a Efetivação do Princípio da Dignidade Humana no Combate ao Racismo Estrutural no Brasil. A discriminação fere de forma cruel a dignidade do ser humano. O racismo estrutural consiste na naturalização do preconceito com determinadas raças humanas que se encontra institucionalizado no sistema brasileiro, sendo mascarado diariamente com atitudes e segregações de cunho eminentemente racista. Por mais que exista previsão punitiva para discriminação racial no sistema jurídico brasileiro, isso não é o bastante. A educação é a principal aliada na luta contra o racismo estrutural. É mais que uma questão de humanidade, é um direito à dignidade humana.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Discriminação. Institucionalizado. Racismo Estrutural.

Abstract: This article aims to verify the Effectiveness of the Principle of Human Dignity in Combating Structural Racism in Brazil. Discrimination cruelly injures human dignity. Structural racism consists of the naturalization of prejudice against certain human races that is institutionalized in the Brazilian system. They are masked daily with eminently racist attitudes and segregation. As much as there is a punitive provision for racial discrimination in the Brazilian legal system, this is not enough. Education is the main ally in the fight against structural racism. It is more than a question of humanity, it is a right to human dignity.

Keywords: Human dignity. Discrimination. Institutionalized. Structural Racism.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3. RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL. 4. R ELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O RACISMO ESTRUTURAL. 5. COMBATE AO RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Racismo Estrutural consiste na naturalização do preconceito com determinadas raças humanas e está integrado à organização econômica e política desde a época colonial.

O racismo encontra-se institucionalizado no sistema brasileiro, pois o negro se encontra em condição subalterna do restante da sociedade. Seja pela violência estrutural, com a ausência de direitos; seja pela violência cultural, gerada pela falta de políticas públicas ou pelo controle policial de forma institucional.

A elaboração do presente artigo tem como objetivo tratar sobre o racismo estrutural no Brasil. O fato de pessoas negras frequentarem determinados locais e causar espanto mostra o quanto naturalizamos a ausência de negros em certos ambientes.

A questão racial no Brasil, para os Direitos Humanos, é muito mais uma questão de direito à dignidade, do que apenas igualdade, uma vez que a dignidade emerge de outros princípios.

A naturalização de discriminação contra pessoas negras precisa acabar. A sociedade tem que estar apta a discutir e mostrar suas opiniões, porquanto a conversa e o diálogo são as melhores formas para ganhar essa batalha diária. O Estado deve encontrar medidas de políticas públicas para enfrentar o problema do racismo estrutural no Brasil.

A negação do racismo e a evolução do conceito da democracia racial se aperfeiçoaram com o conceito de meritocracia, segundo o qual os negros que se esforçarem poderão usufruir de direitos iguais aos brancos. Tal conceito na prática só serviu para a manutenção dos privilégios dos brancos. Por isso a necessidade de praticar a equidade e a empatia na humanidade. A estrutura social é racista, em todos os espaços têm-se negros em condições subalternas, o foco desse trabalho é o racismo estrutural.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um princípio que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado. A dignidade nasce com a pessoa e é inerente à sua existência. Nenhum indivíduo é isolado, ele nasce, cresce e vive no meio social. Ele nasce com a integridade física e psíquica, e em seu desenvolvimento, suas condições e posições precisam ser respeitados, isto é, sua liberdade, sua imagem, sua intimidade, sua consciência (religiosa, científica, espiritual) e tudo que compõe sua dignidade. É um dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundamentos da República Brasileira, está disposto no artigo 1º da Constituição Federal:

> 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[2].

Como consequência da consagração do Princípio da Dignidade Humana no texto constitucional, o reconhecimento de que a pessoa não é um reflexo da ordem jurídica, mas sim que ela deve constituir o objetivo supremo e que precisa haver uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade em relação ao Estado. O Estado existe para o homem e não o homem para o Estado. O ser humano é digno porque ele é (JÚNIOR e CUNHA, 2017).

Rizzato Nunes (2009) define o fundamento da dignidade humana como o princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias presentes na Constituição Federal. A dignidade é garantida por um princípio constitucional, sendo assim, é absoluta e plena, não podendo sofrer com argumentos que a coloquem em relativismo, ou seja, é a desconstrução de verdades pré-determinadas, buscando outro ponto de vista. O relativismo nega toda a verdade e ética absoluta, deixando cada pessoa definir suas verdades.

> Em nome do bem maior, pessoas de várias classes estamentos, cientistas etc. foram queimadas nas fogueiras. Em prol da existência de uma única religião, tortura e mais mortes foram praticadas. Em nome da cor de pele ou por qualquer motivo, o mesmo: mais atrocidades. Esse é o relativismo histórico que se quer afastar. É nesse aspecto que o racismo sempre existiu e

> ainda continua existindo e nem por isso o Direito deve legitimá-lo[3].

É por isso que é importante identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da relação histórica de atrocidades que marcaram a história mundial. Como, por exemplo, a Constituição Federal da Alemanha Ocidental, que em seu artigo de abertura estampa a dignidade da pessoa humana como uma razão intangível. Claramente, a experiência nazista gerou a consciência de que deve ser preservada, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana (NUNES, RIZZATO, 2009).

Vale ressaltar que a positivação constitucional impõe que o Princípio da Dignidade Humana seja reconhecido como um valor tipicamente jurídico e revestido de normatividade, pois além de ser um valor moral, ocorre uma imposição aos poderes públicos o dever de respeito e proteção da dignidade humana. Trata-se de um valor moral inerente à pessoa, pois todo ser humano é dotado desse direito que constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito.

3. RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

Até 1888 o Brasil tinha um regime de escravidão, que se justificava pelas teorias científicas, as quais afirmavam que os negros eram inferiores aos brancos e por conta disso era aceita a possibilidade de escravizar essas pessoas. Após a assinatura da Lei Áurea, a escravidão foi formalmente extinta, mas os negros não tiveram acesso imediato ao trabalho remunerado. Não existia inclusão política, muito menos social e não sendo responsável pelo fim do racismo no Brasil.

Vale ressaltar que a Lei Áurea não foi aprovada "do nada", foi uma conquista de muita luta política e social que frentes abolicionistas travavam há algum tempo. Entre as figuras representativas para abolição, é preciso enfatizar o importante papel desempenhado pelos escravos e quilombolas nessa luta. Ao contrário do que o estado monárquico quis passar, o fim da escravidão não foi um presente da monarquia. Em verdade, o processo de abolição da escravidão foi gradual e inevitável ao processo capitalista mundial com exportação de café, implantação de casas bancárias e da bolsa de valores, construções de estradas de ferro e crescimento da oligarquia agrária. As novas relações sociais estabelecidas nesse período modificaram as características do mercado de trabalho e o funcionamento do Estado. Desse modo, a escravidão passou a ser incompatível com o novo sistema econômico da época.

Como esclarece Airton Aloisio Schtuz (2018), após a euforia dos primeiros momentos da Lei Áurea ficou clara a sua falácia e incompletude. Se ela significou um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ponto final ao sistema escravocrata, não previu e nem implementou políticas sociais de inclusão aos libertos, os quais não tinham nenhuma chance de competir no mercado de trabalho de forma igualitária aos brancos. Essa lei teve sim uma grande importância para o desenvolvimento no país, mais foi falha em não elaborar outras leis que contribuíssem para diminuir o abismo que existiu antes do fim da escravidão.

O racismo pode ser definido como "uma forma sistêmica de discriminação que têm a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios[4]". De acordo com Silvio Almeida (2018), o racismo pode ser definido em 3 concepções: individualista, institucional e estrutural. Esse trabalho tem como objetivo de verificar o Racismo Estrutural.

O Racismo Estrutural consiste na naturalização de preconceitos com determinadas raças humanas ao longo da construção da sociedade, partindo de pré-julgamento a partir de diferentes características físicas e culturais de determinado grupo. Trata-se do conjunto de hábitos, falas e situações presentes nos costumes que promovem de forma direta ou indireta a segregação e o preconceito racial.

Existe o mito da democracia racial no Brasil, de que não existe racismo e o que tem é velado. Na verdade, o Brasil é um país racista e precisa de ações efetivas para lidar com tão grave problema. Por ser uma ação que necessita de representação para o ingresso no judiciário, é muito difícil à pessoa que é vítima de racismo, principalmente estrutural, que não está normatizado, ajuizar uma ação. Só quem sofre, na maioria das vezes, percebe que é um racismo velado.

4. RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O RACISMO ESTRUTURAL

A questão racial no Brasil, para os Direitos Humanos, é questão de direito à dignidade, não apenas de igualdade, uma vez que a dignidade emerge de outros princípios.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um valor supremo e deveria ser respeitado em toda sociedade, pois é o meio para qual se reconduzem todos os direitos fundamentais. É um princípio construído pela história. Consagra um valor supremo do ordenamento jurídico, que foi extraída da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que em seu artigo 1º, assevera que todos os homens nascem livres e são iguais em dignidade e também em direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O racismo pode ser identificado como o conjunto de mecanismo que impede o exercício regular da dignidade humana em uma sociedade. As práticas racistas são mais facilmente perceptíveis na observação da desigualdade na fruição dos bens para uma vida digna.

Não haveria a necessidade de cotas raciais no Brasil se todos tivessem as mesmas condições de estudo, igualdade racial e se existisse representatividade nos cargos públicos. Com tanta diversidade no Brasil, ainda é utópico pensar na igualdade racial. Principalmente com a falta de respeito e o preconceito racial.

A dignidade gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existências e felicidades, é possível afirmar que os inúmeros mecanismos históricos envolvidos na manutenção das hierarquias raciais fazem com que o racismo, em suas diversas formas de manifestação, termine por negar ao indivíduo o exercício de suas vontades.

A temática racista não é tratada no dia a dia brasileiro, não é um tema presente na organização da sociedade, existe uma naturalização da violência contra os negros. A morte de jovens negros não causa espanto na sociedade, o fato da violência contra pessoas negras ser maior que a dos brancos, a falta de profissionais negros em todas as áreas de formação, a própria formação das cidades é uma forma de racismo estrutural, uma vez que os centros das grandes cidades têm sua maioria branca enquanto na periferia, negros.

Nesse sentido, Daniel Sarmento estabelece que a realidade de discriminação racial seja ignorada por muitos brasileiros, encara com normal perceber o negro sempre em posições subalternas. É essa formação que naturaliza e banaliza o racismo no cotidiano, permitindo que essa negação da dignidade de um determinado grupo seja encarada como normal e não relevante a ponto de sofrer uma intervenção Estatal.

O privilégio branco, presente em sociedade hierarquizada racialmente, garante a ideia de humanidade dos grupos raciais dominantes. A imagem de humano normal é exclusiva desses: hétero, branco e com uma boa condição econômica. Essa imagem é a base utilizada para a construção de personagens no dia a dia, nas escolas, nas lojas, nos trabalhos, espaços públicos e em outros locais de relação sociais. É inerente às estruturas institucionais, que gera o fato de que os brancos sintam-se confortáveis enquanto os negros sentem-se, nesses mesmos espaços, sem confiança por não possuírem capital social (CONCEIÇÃO, 2009).

5. COMBATE AO RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Embora a população negra seja a maioria no país, ela possui maior exclusão dentro da sociedade. A cor branca, poucas vezes explicitada, é sempre uma alusão, quase uma bênção, um símbolo dos mais operantes e significativos.

> Desde que o Brasil é Brasil, ou melhor, quando era ainda uma América portuguesa, o tema da cor nos distinguiu. Os primeiros viajantes destacavam sempre a existência de uma natureza paradisíaca, mas lamentavam a "estranheza de nossas gentes". Muito se comentou sobre essas novas gentes desse igualmente novo mundo, mas do lado dos relatos ibéricos o mais famoso é talvez o do viajante português Gândavo, que deu forma canônica ao debate que, desde Caminha e Vespúcio, mencionava a ambivalência entre a existência do éden ou da barbárie nessas terras perdidas[5].

Para José Vicente, reitor da Faculdade Zumbi dos Palmares, entender que o racismo existe no Brasil não é o suficiente. É preciso agir e debater o assunto e apostar em ações práticas que revertam a histórica desigualdade racial brasileira em justiça. Esse objetivo, segundo ele, não pode nem deve ser uma pauta apenas dos negros. "Passar o racismo a limpo", requer que as ações afirmativas sejam mais do que apenas as cotas étnico-raciais nas universidades públicas.

A negação do racismo e a evolução do conceito de democracia racial se aperfeiçoaram com o conceito de meritocracia, segundo o qual os negros que se esforçarem poderão usufruir de direitos iguais aos dos brancos. Tal conceito, na prática, apenas serviu para a manutenção da desigualdade entre brancos e negros.

Não é difícil encontrar relatos em que professores, médicos, advogados, jornalistas, e tantas outros profissionais de outras profissões são vítimas de racismo. No programa da Rede Globo, "Encontro com Fátima Bernardes", do dia 14 de setembro de 2018 foi objeto de discussão a questão do racismo estrutural no Brasil, mostrando a história do médico Fred Nicácio e a advogada Valéria dos Santos. Os dois foram vítimas de racismo estrutural em seus ambientes de trabalho e mostram que não querem estar em lugar de vítima (porque não são), só querem a condição de estar no mesmo lugar, com as mesmas oportunidades de disputar com qualquer pessoa, que antes de olhar a cor, seja analisada a sua competência.

Os meios de comunicação são de suma importância na luta contra o racismo estrutural. Durante a cerimônia de lançamento do Prêmio Nacional de Jornalismo Abdias Nascimento, cujo debate foi igualdade racial nos meios de comunicação, a jornalista Miriam Leitão destacou a importância da análise com outros olhos da

História Brasileira, sobretudo dos negros, para valorizarem a sua importância na construção da identidade brasileira.

> O Brasil tem que olhar com mais sinceridade para a sua História. Há muita coisa que precisa avançar, tem que mostrar como o negro é fundamental na construção do País, e eu não falo apenas da mão de obra escrava, eu falo da presença riquíssima em todas as áreas, desde a produção intelectual à produção musical. O Padre José Maurício foi talvez o primeiro grande compositor clássico brasileiro, era negro, filho de escrava, e foi o maestro que tocou quando D. João VI desembarcou no Brasil[6].

Ao final, declarou que é um sonho a construção de um país multirracial de fato e isso só poderá acontecer se mais portas se abrirem. Já temos muitas histórias de sucesso que ajudam a construir a História do Brasil que ele é. É necessária uma luta diária contra o racismo estrutural para alcançar esse objetivo.

Alexandra Loras denuncia o apartheid vivido no Brasil e destaca que o país tem uma grande população negra, mas quando se liga a TV não se vê negros nos desenhos animados, nas novelas, nos jornais e nem nos cargos públicos. A partir de uma narrativa estética ela destaca que, "como o genocídio da população negra e as poucas oportunidades às crianças negras são influenciam na falta de representatividade que temos nos espaços públicos[7]".

O informativo de Desigualdade Sociais por Cor ou Raça no Brasil, divulgado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) no dia 13 de novembro de 2019, retratou que a violência contra pessoas brancas se mantém estável, enquanto a taxa de homicídio de pretos e pardos aumentou em todas as faixas etárias. Outro dado importante que pode ser extraído é em relação à educação brasileira, embora o abandono escolar tenha diminuído entre os jovens pretos ou pardos de 18 a 24 anos, ele ainda é mais forte que entre os brancos. O objetivo desse estudo é o de apresentar uma análise focalizada nas desigualdades sociais por cor ou raça. Esses temas estão contemplados no Programa de Atividades para a Implementação da Década Internacional de Afrodescendentes (2015-2024), aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, por meio da Resolução 68/237, de 23.12.2013, com o objetivo de promover o respeito, a proteção e o cumprimento de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais dessa população.

Esse estudo é incipiente de acordo com dados apresentados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (ATLAS, 2018), a segregação por cor ou raça é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundamental para entender a violência, tendo em vista a profunda discrepância nas taxas históricas de homicídio entre a população branca e a população preta ou parda.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada identificou que no Brasil, a taxa de homicídios foi 16,0 entre as pessoas brancas e 43,4 entre as pretas ou pardas a cada 100 mil habitantes em 2017. Em outras palavras, uma pessoa preta ou parda tinha 2,7 vezes mais chances de ser vítima de homicídio intencional do que uma pessoa branca. A série histórica revela ainda que, enquanto a taxa manteve-se estável na população branca entre 2012 e 2017, ela aumentou na população preta ou parda nesse mesmo período, passando de 37,2 para 43,4 homicídios por 100 mil habitantes desse grupo populacional, o que representa cerca de 255 mil mortes por homicídio registradas no Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM, do Ministério da Saúde, em seis anos.

Segundo a PeNSE 2015, 13,1% dos estudantes brancos e 15,4% dos pretos ou pardos do 9º ano do ensino fundamental não compareceram à escola por falta de segurança no trajeto casa-escola ou na escola, nos 30 dias anteriores à data da pesquisa. Mais da metade dos alunos pretos ou pardos estudavam em estabelecimentos localizados em área de risco, em termos de violência, isto é, em escolas que informaram estar situadas em região com risco de furto, roubo, consumo de drogas ou homicídios. A diferença é mais acentuada quando a comparação é feita entre os estudantes brancos e os pretos ou pardos de escolas privadas.

Pode-se correlacionar a violência com a fragilidade da população preta e parda como outra dimensão grave em que a desigualdade se manifesta, gerando efeitos de curto e longo prazo sobre os indivíduos e a sociedade em que estão inseridos, como problemas na educação, segurança pública, saúde e economia. O cenário demanda políticas públicas direcionadas à redução da violência em geral, mas com um enfoque específico na população preta ou parda, especialmente os jovens.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela observação dos aspectos analisados, não existe democracia racial no Brasil. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado, mas na prática, isso não ocorre.

O Brasil é um país que tem a maior parte de sua população negra ou parda, no entanto, não há representatividade racial. O Racismo Estrutural está institucionalizado no país. A falta de oportunidade e a diferença de tratamento (quando comparada com a dos brancos) e de salário é clara.

A morte de George Floyd (homem de 46 anos, negro) no dia 25 de maio de 2020 em Mineápolis (Minnisota, EUA) por um policial branco, que durante a sua prisão o asfixiou, ocasionou protesto em muitos países. No Brasil, os atos pedem o fim das mortes de jovens negros em favelas em decorrência da violência policial.

No dia 2 de junho de 2020 aconteceu em Recife mais um triste exemplo de Racismo Estrutural, que é retratado no clássico: Casa Grande e Senzala de Gilberto Freyre e está presente em nosso cotidiano. A negligência com a vida de Miguel que estava sob os cuidados da empregadora da mãe, Sari Gaspar Côrte Real, após deixá-lo sozinho no elevador, mostra que isso é resultado de uma lógica racista. Filhos de mulheres negras têm menos valor que as vaidades de uma mulher branca. A empregada doméstica que cuidava dos filhos da Sari, não pode confiar uma única vez nos cuidados da patroa.

Por isso a necessidade de políticas públicas eficientes no combate ao Racismo Estrutural que garanta o respeito ao Princípio da Dignidade Humana. Somos responsáveis para construir algo mais justo e equilibrado. A diversidade é a riqueza maior do ser humano. Como disse o Martin Luther King Junior: "Eu tenho um sonho. Um sonho de um dia ver os meus filhos serem julgados por sua personalidade, não pela cor da sua pele".

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. L. O que é Racismo Estrutural? Belo Horizonte - MG: Letramento, 2018.

BALTAR, F. et al. Coleção OAB - Doutrina 3 em 1: Constitucional, Administrativo e Tributário. 4º edição. ed. Salvador - BA: Editora JusPODIVM, 2019.

CONCEIÇÃO, Í. A. Teses USP, 2009. Disponivel em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-164318/publico/Direitos_Humanos_Acriticos_em_face_do_Racismo_Estrutural_Bra.pdf>. Acesso em: 16 Novembro 2019.

EDUCA Mais Brasil. Educa + Brasil, 2020. Disponivel em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/lei-aurea>. Acesso em: 15 Maio 2020.

GLOBO, R. Globo Play. Globo, 2018. Disponivel em: <https://globoplay.globo.com/v/7018230/programa/?s=20m39s>. Acesso em: 18 Maio 2020.

IBGE. Biblioteca IBGE. Biblioteca IBGE, 2019. Disponivel em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101681>. Acesso em: 20 Junho 2020.

IHERING, R. V. A Luta Pelo Direito. São Paulo - SP: Martin Claret, 2009.

IMPRENSA, A. B. D. ABI. Associação Brasileira de Imprensa, 2011. Disponivel em: <http://www.abi.org.br/o-papel-da-midia-na-luta-contra-o-racismo/>. Acesso em: 18 Maio 2020.

JORDÃO, F. Correio Braziliense. Correio Braziliense, 2019. Disponivel em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/01/05/interna-brasil,729072/lei-que-torna-racismo-crime-completa-30-anos-mas-ha-muito-a-se-fazer.shtml>. Acesso em: 18 Maio 2020.

JÚNIOR, L. C. Todos pela Educação, 2018. Disponivel em: <https://www.todospelaeducacao.org.br/conteudo/o-combate-ao-racismo-e-uma-luta-de-todos-entrevista-jose-vicente>. Acesso em: 15 Novembro 2019.

JÚNIOR, M. N.; CUNHA, D. D. Constituição Federal para Concursos: Doutrina, Jurisprudência e Questão de Concursos. 8º. ed. Salvador - Bahia: JusPODIVM, 2017.

MAGRI, D. El País. El País Brasil, 2020. Disponivel em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-04/morte-de-crianca-negra-negligenciada-pela-patroa-branca-de-sua-mae-choca-o-brasil.html>. Acesso em: 05 Junho 2020.

MANCINI, M. C.; SAMPAIO, R. F. Quando o objeto de estudo é a literatura: estudos de revisão. SciELO - Scientific Electronic Library Online, 2006. ISSN ISSN. Disponivel em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-35552006000400001>. Acesso em: 08 Novembro 2019.

NUNES, R. O Príncipio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana - Doutrina e Jurisprudência. 2º. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PALOMARES, D. Uol. Uol, 2020. Disponivel em: <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/03/alexandra-loras-quem-e-a-jornalista-que-expos-waack-ao-vivo-na-cnn.htm>. Acesso em: 05 Junho 2020.

REPÚBLICA, P. D. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 1988. Disponivel em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 Novembro 2019.

SCHUTZ, A. A. Direito, Biopolítica e Governamentalidade no Brasil. Rio de Janeiro: Lumem Juris Direito, 2018.

SCHWARCZ, L. M. Nem preto, nem branco, muito pelo contrário. 1° ed. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SOUZA, J. A Elite do Atraso da Escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

NOTAS:

[1] *Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins*

[2] **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.**

[3] NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana - Doutrina e Jurisprudência**. 2009. p. 49.

[4] ALMEIDA, S. L. **O que é Racismo Estrutural?** Belo Horizonte - MG: Letramento, 2018. p. 25.

[5] SCHWARCZ, Lilia. **Nem preto, nem branco, muito pelo contrário**. 2012. p. 8

[6] **LEITÃO. Miriam.** O papel da mídia na luta contra o racismo**. 2011. Disponivel em: <http://www.abi.org.br/o-papel-da-midia-na-luta-contra-o-racismo/>. Acesso em: 18 Maio 2020.**

[7] PALOMARES, D. **Alexandra Loras: quem é a jornalista que expôs William Waack ao vivo na CNN**. Uol, 2020. Disponivel em: <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/03/alexandra-loras-quem-e-a-jornalista-que-expos-waack-ao-vivo-na-cnn.htm>. Acesso em: 05 Junho 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS EFEITOS JURÍDICOS TRAZIDOS PELA LEI 13.874/2019 NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

FABRICIANO MARINHO LIMA: Bacharelando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo. Palmas/TO.

ROGER RODRIGUES LIPPI[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a desconsideração da personalidade jurídica. Inicialmente estuda o conceito e aplicação, em seguida, o trabalho passar a expor e diferenciar as teorias aplicadas no instituto, buscando esclarecer que este evento surgiu com a finalidade de incentivar o desenvolvimento do setor empresarial. Posteriormente, abordará sobre as modificações ocorridas com as recentes mudanças na legislação que institui a desconsideração da personalidade jurídica, tornando o sistema mais eficaz, com maior segurança e com poder de responsabilização dos sócios que cometerem atos ilegais, encerrando com conclusão.

Palavras-chave: Alteração legislativa; Desconsideração da Personalidade Jurídica; Lei 13.874/2019; Impactos Jurídicos.

INTRODUÇÃO

Para entender o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é imprescindível o conhecimento acerca da pessoa jurídica. O Código Civil Brasileiro de 2002 classifica as pessoas jurídicas como de direito público, interno ou externo e de direito privado. A doutrina considera que a pessoa jurídica nasce com a união de um grupo de pessoas que se unem na forma da lei para alcançar um determinado fim. Portanto, toda pessoa jurídica é dotada de personalidade, podendo ser de acordo a lei submetida à desconsideração da referida personalidade.

De acordo com Flávio Tartuce, o Código Civil adotou a teoria da realidade técnica[2], segundo o autor a teoria da realidade técnica consiste na somatória entre a teoria da ficção (de Savigny) e a teoria da realidade orgânica ou objetiva (de Gierke e Zitelman)[3].

Com o desígnio de atender seus interesses e, oferecer soluções aos seus problemas, o credor utiliza o direito como fonte de solução do conflito. Dessa forma, diante de descumprimentos de obrigações pecuniárias, percorre-se por diversos caminhos com a finalidade de satisfazer a pretensão, dentre eles a pesquisa de bens,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

penhora, bloqueios de contas entre outras vias cabíveis. Com tentativa satisfação, surgem junto à pretensão autoral, atos e dispositivos indispensáveis para garantir a obrigação, com o objetivo final de garantir o direito de credor, para que o devedor, assim, cumpra sua obrigação.

Não obstante a autonomia da separação de patrimônio de pessoa jurídica nasce à desconsideração da personalidade jurídica[4], sendo mais um tipo de mecanismo importante, cuja finalidade é impedir a lesividade de terceiros de boa-fé, bem como uso indevido do direito. Sendo assim, um instrumento garantidor, ou seja, uma opção para concretizar o cumprimento do crédito em inadimplência. É imprescindível esclarecer que, este instituto possui regras especiais de aplicação e emprego ao caso específico, sua utilização é ultimo mecanismo para garantir a satisfação do crédito. Portanto, a personalidade jurídica, objeto da desconsideração da personalidade jurídica, representa uma verdadeira proteção patrimonial da empresa.

Com a publicação da Medida Provisória nº 881 de 2019, que ficou conhecida popularmente como "MP da Liberdade Econômica", que entre seus objetivos destacou e consagrou como princípio da mínima interferência do Estado sobre a atividade econômica privada[5], além de prever questões relacionadas ao livre mercado, o instituto em comento sofreu modificações evolutivas no que tange sua aplicação na sociedade em geral, ou seja, na atualidade representa e atende o anseio econômico coletividade.

A Medida Provisória converteu – se na Lei nº 13.874, de 20 de Setembro de 2019, que no aspecto econômico traz em seu artigo 3º como preceitos básicos o desenvolvimento e o crescimento econômico da sociedade, fazendo uma relação texto constitucional da ordem econômica e financeira, inserido no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988. A alteração do sistema normativo em tela recaiu em alguns dispositivos do Código Civil Brasileiro de 2002 – CCB/2002, ou seja, mudanças significativas quanto à aplicação aos casos concretos, mais especificadamente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, objeto principal deste trabalho.

Nesse contexto, verifica ocorrências de mutações das normas, que por óbvio tem como objetivo colocar o direito em consonância com a evolução da sociedade, a Lei nº 13.874/19 exemplifica essa realidade de forma objetiva e concreta com evento da desconsideração da personalidade. Temos a desconsideração da personalidade jurídica como dispositivo eficaz que será utilizada com a finalidade de atingir patrimônio de forma direta, inversa, lateral e expansiva a fim de cumprir a obrigação pecuniária, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica ataca a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ordem jurídica no que tange a relação econômica e patrimonial da empresa e de seus sócios. Contudo, vale ressaltar que é possível haver desconsideração da personalidade entre empresas.

Inicialmente discorremos acerca dos entendimentos inerentes aos conceitos, bem como das formas de aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Posteriormente, apresentaremos as espécies e suas singularidades, além das modificações trazidas pela Lei nº 13.874/19, ademais, informando a nova responsabilização dos beneficiados diretos e indiretamente com essa nova lei. Deste modo, chaga-se a conclusão.

Foi desenvolvida uma pesquisa com o objetivo de obter ensinamentos de autores, acerca do tema em tela, pela qual a vertente metodológica é de procedimentos bibliográficos descritivos realizados em fontes impressas e virtuais, mas especificamente, na norma, jurisprudência e doutrina.

2 DO CONCEITO E APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Parar entendermos as modificações e responsabilidades trazidas com advento da lei de declaração de direitos de liberdade econômica, bem como as espécies de desconsideração da personalidade jurídica, é imprescindível adentar no aspecto conceitual da matéria com finalidade de entender a aplicabilidade desse instituto no mundo jurídico. Dessa forma, explanamos a parte conceitual inerente ao evento da desconsideração da personalidade jurídica.

Segundo a lição do doutrinador Flávio Tartuce, o instituto em comento funciona como instrumento de transferência da responsabilidade, assim, suspende os efeitos de personificação da pessoa jurídica com a finalidade de atacar o patrimônio dos sócios, a fim de coibir a existência de fraude e/ou abuso de finalidade, no intuito de proteger credores e terceiros que se relacionam com a empresa, assim vejamos:

> Tal instituto permite ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidades dos sócios, com intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos por eles cometidos, desde que causem prejuízos e danos a terceiros, principalmente a credores da empresa. Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. (TARTUCE, 2019, p. 154).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, o mencionado instituto transcende a proteção da personalidade jurídica da empresa para garantir direitos de pessoas que possuem relação com a empresa de forma direta ou indiretamente que por ventura sofram atos fraudulentos e/ou lesivos, bem como atos atentatórios a finalidade.

No contexto conceitual, podemos ainda destacar o que lecionam os professores e autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que, entendem que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ocorre de forma especifica e determinada, transcendendo a proteção personificada da empresa, ou seja, proteção da personalidade jurídica, a fim garantir os interesses de terceiros, em casos específicos de práticas de fraude e abuso praticado pela própria atividade econômica empresarial. Vejamos:

> Em linhas gerais, a doutrina da desconsideração pretende o superamento episódico da personalidade jurídica da sociedade, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, objetivando a satisfação do terceiro lesado junto ao patrimônio dos próprios sócios, que passam a ter responsabilidade pessoal pelo ilícito causado. (GAGLIANO, FILHO, 2019, p. 136).

Nesse contexto, adicionamos que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ocorre de forma transitória e com determinadas especificações, ou seja, sua existência esta condicionada ao período satisfatório do objeto pretendido. Para garantir a pretensão, o instituto ataca diretamente o patrimônio dos sócios, têm como razão, os sócios como legítimos responsáveis pelos atos ilícitos cometidos pela sociedade empresária, obviamente, até o limite que a legislação autoriza no que tange a pertinência da desconsideração.

Segundo Gagliano e Filho (2019), após a realização da garantia por força da desconsideração, ou seja, com o ressarcimento dos prejuízos causados pelos sócios, a sociedade empresária as atividades com o intuito de se restabelecer, condicionado obviamente a apresentação de capacidade estrutural e fundamentação jurídicas que possam dar sustentabilidade a continuidade da empresa.

Diante do exposto, é notório que a personificação da pessoa jurídica não é absoluta, podendo sofrer transitoriamente intervenção, ou melhor, uma ruptura da pedra instituída pelo princípio da autonomia patrimonial, garantidor da separação do patrimônio da sociedade empresária e seus respetivos sócios.

Dessa forma, estanca a proteção absoluta advinda do princípio da autonomia patrimonial que por sua vez é objeto de incessantes críticas do doutrinador/autor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Carlos Roberto Gonçalves. Na visão do doutrinador esse conjunto de padrões de conduta presentes de forma implícita no ordenamento jurídico, favorece prática de ilícitos que derivadamente causam várias espécies de prejuízos a credores. Assim sendo, o autor entende que a existência da personalidade jurídica sem a intervenção da desconsideração dá aos empresários instrumentos legais para o cometimento de atos ilegais durante a gestão empresarial. Assim vejamos:

> Esse princípio da autonomia patrimonial possibilita que sociedades empresárias sejam utilizadas como instrumento para a prática de fraudes e abusos de direito contra credores, acarretando-lhes prejuízos. Pessoas inescrupulosas têm-se aproveitado desse princípio, com a intenção de se locupletarem em detrimento de terceiros, utilizando a pessoa jurídica como uma espécie de "capa" ou "véu" para proteger os seus negócios escusos. (2019, p. 265).

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica permanece de forma abstrata no ordenamento jurídico brasileiro como um instrumento fundamental para coibir possíveis atos ilegais no âmbito empresarial, ou seja, é um instituto, que serve para limitar e restringir amplitude da personalidade jurídica, em caso de má atuação. Assim, inexistem dúvidas que a desconsideração ocorre de fato, quando a pessoa jurídica é utilizada de forma inadequada.

Deste modo, trazemos a importância de observar definição legal acerca da desconsideração da personalidade jurídica, que se encontra na lei civilista brasileira, estamos falando do artigo 50, do Código Civil Brasileiro de 2002 – CCB/2002 assim:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019) [...]

O artigo 50 do Código Civil Brasileiro de 2002 – CCB/2002 traz a materialidade da lei que dá condições para contrariar/atacar abuso da personalidade jurídica da sociedade empresária no decurso da gestão empresarial. Portanto havendo desvio de finalidade e/ou a confusão patrimonial, os credores lesados

poderão recorrer ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, para alcançar os bens particulares dos administradores e/ou sócios da sociedade empresária devedora.

Dessa forma, podemos classificar o abuso de personalidade como gênero que se divide em duas espécies denominadas de desvio de finalidade e confusão patrimonial. O instituto recai basicamente sobre esses dois elementos, por isso é imprescindível conhecer suas essências materiais, para posteriormente entendermos como aplicar no caso concreto. Assim, lecionam os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Vejamos:

> [...] Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica. (NERY JÚNIOR, NERY, 2018, p. 487 - 488).

Portanto, existe um sistema de direito desconsiderador de personalidade, melhor dizendo, existe instrumento incidental de desconsideração da personalidade jurídica que vai à contramão da própria personificação da sociedade empresária em caso de cometimento das espécies ilícitas acima citadas, ou seja, praticar atos ilícitos ou incompatíveis com a atividade autoriza, bem como favorecer os sócios de modo que esses enriqueçam por meio de recursos apropriados inapropriada da sociedade empresária.

3. DAS TEORIAS APLICADAS

Diante da evolução e difusão, sistematicamente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, vem sendo utilizado por meio de modalidades distintas, ou seja, em diferentes teorias que podemos classificar como espécies, sendo estas aplicadas em distintos ramos do direito. Dessa forma, destacamos as teorias clássica, inversa, lateral e a expansiva.

3.1. Teoria clássica

É imprescindível destacar que a teoria clássica subdivide em duas categorias, teoria maior e teoria menor. Dessa forma, acolhe a teoria maior como regra geral da desconsideração da personalidade jurídica, sendo considerada pela doutrina e jurisprudência como alicerce de aplicabilidade no ordenamento jurídico vigente, ou seja, possui maior amplitude, bem como maior exigibilidade, sendo norteada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

diretamente pelo artigo 50 do CCB/2002. Assim sendo, para sua concretização imprescindivelmente depende de preenchimento dos requisitos impostos na norma civilista, não basta à mera inadimplência para com credores e/ou terceiros. Portanto, a mencionada teoria quando efetivada quebra a autonomia da sociedade empresária, havendo assim, um sobrestamento transitório da autonomia da personalidade jurídica com fito específico, sendo observada a exigibilidade desta teoria.

Portanto, na aplicação da Teoria Maior exige mais elementos, por exemplo, a sociedade empresária desviar a finalidade, igualmente confundir o patrimonial. É tanto que ao julgar o Recurso Especial: REsp nº 279273, o Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma convergente com esse entendimento.

No que tange a teoria menor, inicialmente vale destacar o artigo 28, parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, sua fundamentação legal, sendo assim, é notório que seu campo de aplicação, é mais simples, dotado de critérios menos impositivos. A teoria em comento leva em consideração tão somente a figura do consumidor, em detrimento a hipossuficiente e vulnerabilidade na relação de consumo. Essa teoria é menos efetivada do que a teoria maior, tendo em vista, seu processo de aplicação que pressupõe o simples fato do inadimplemento para com credores, dispensando, por exemplo, uma análise dos fatos que condicionaram a inadimplência da sociedade empresária com terceiros. Ademais esta teoria também é aplicada nas hipóteses de solvência ou falência da sociedade empresária, neste caso, dispensa, ou seja, independe se o administrador e/ou sócios utilizaram de meios fraudulentos, abusivos ou até se houve a dita confusão patrimonial. Dito isso, fica claro que essa teoria se preocupa com apenas não frustrar o credor da sociedade.

Portanto, segundo a teoria menor, para o surgimento da desconsideração da personalidade jurídica exige menos, ou seja, trata – se de um procedimento que busca garantir imediatamente credores.

3.2. Teoria inversa

De acordo a teoria inversa, como próprio nome aduz, há uma inversão na busca do efeito garantidor do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, para sua efetivação considera-se o momento, bem como onde ocorre a prática ilícita. Deste modo, ocorre à desconsideração ataca primeiro o patrimônio do sócio que cometeu o ato de fraudar (artigo 50, parágrafo 3º, CCB/2002), sendo assim, contrário ao artigo 50, *caput*, do CCB/2002. Observa- se que na mencionada teoria possui uma alternância quanto ao memento do pedido de consideração. Portanto, busca primeiramente o patrimônio do sócio causador da fraude e posteriormente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

chega se à empresa. Entretanto, essa teoria é uma exceção à regra, que primeiro se desconsidera a empresa e por derradeiro chega-se ao patrimônio dos sócios.

No entendimento do doutrinador Fabio Ulhoa Coelho (2008, p. 46) a desconsideração inversa, distancia o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação dos sócios. Em concordância com esse pensamento, a IV Jornada de Direito Civil, ensina por meio do Enunciado nº 283 do CJF, que "É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros. "

Neste contexto, conclui-se que a desconsideração inversa ataca a personalidade da pessoa física causadora da fraude ou abuso e não da jurídica, assim se buscará primeiro o patrimônio do sócio com o objetivo de garantir a obrigação creditícia, para depois buscar o patrimônio da sociedade empresária.

3.3. Teoria lateral

Para a teoria da desconsideração lateral da personalidade jurídica, a busca patrimonial transcende a personalidade da sociedade pretendida, ou seja, busca o patrimônio de empresa diversa para garantir a obrigação da devedora, desde que ambas as empresas "obrigatoriamente" compõem o mesmo grupo econômico. Assim, a teoria em comento aplica-se contrata a personalidade de jurídica de empresa que funciona como uma espécie de amuleto de proteção que obsta a garantia de credito devido por outra empresa. Portanto, quando verifica a criação de uma nova personalidade jurídica dentro de grupo econômico, que não faça parte da lide, mas possui a finalidade meramente de esvaziar os bens da(s) empresa(s) perseguida(s), aplica-se esta teoria no instituto de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 50, § 4º, CCB/2002).

Contudo, a desconsideração da personalidade jurídica de forma lateral deverá ser requerida somente quando houver a existência de um grupo econômico, em que pessoas jurídicas deste grupo exerçam suas atividades sob a mesma unidade gerencial, laboral e patrimonial, bem como se ocupar-se das mesmas instalações, contando com os mesmos funcionários e atendendo aos mesmos clientes. Ou seja, imprescindível demonstrar que a empresa irá sofrer a desconsideração da personalidade jurídica lateral, tenha de fato se colocado na posição de protetora da(s) pessoa(s) jurídica(s) perseguida(s).

3.4. Teoria expansiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Essa teoria aparece no ordenamento jurídico mediante prática reiterada de criação nova empresas com o mesmo objeto social, por parte de empresários, meramente com finalidade de esquivarem das penalidades e dívidas impostas às empresas pelos quais faziam partes do quadro societário. Além disso, existe a figura dos sócios ocultos.

A prática citada acima ocorre corriqueiramente no âmbito da administração pública, ou seja, determinada empresa é proibida de licitar junto aos órgãos públicos devido alguma penalidade ou inexistência de idoneidade, contudo, os sócios da empresa penalizada ou inidônea criar uma nova empresa e assim, licitar.

A mencionada teoria expansiva, apesar de sua pouca utilização, não deixa de ser importante, pois obviamente tem finalidade garantidora, igualmente as demais, o que muda é sua aplicabilidade, pelo fato dessa teoria afirmar que a desconsideração será requerida para atingir patrimônios de sócios ocultos ou de novas empresas.

Dessa forma leciona Cristiano Chaves Farias, "trata-se de nomenclatura utilizada para designar a possibilidade de desconsiderar uma pessoa jurídica para atingir a personalidade do sócio oculto, que, não raro, está escondido na empresa controladora". (2011, p. 455)

Portanto, ocorrendo fatos dessa natureza os credores poderão requerer a desconsideração expansiva da personalidade jurídica para atacar os bens patrimoniais das novas empresas constituídas pelos sócios das sociedades devedoras.

4. DAS MODIFICAÇÕES POR MEIO DA LEI 13.874/19

A fundamentação legal da desconsideração da personalidade jurídica encontra-se no artigo 50 do CC/2002, que anteriormente a Lei nº 13.874/19, possuía a seguinte redação. Vejamos:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (CC/2002).

Deste mudo, nota- se que o ato antijurídico que caracteriza e dá origem ao evento em comento é um gênero denominado de abuso da personalidade, dividindo – se em duas espécies chamadas de desvio de finalidade e confusão patrimonial. Contudo, o que deve ser analisado de forma especifica é que foi alterado neste instituto legal por meio da Lei nº 13.874/19.

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

A princípio cabe mencionar que em ambas as redações do artigo 50, ou seja, antes, bem como posterior a alteração do referido artigo, faz – se necessário estabelecer a prova do desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, demostrando assim, o abuso da personalidade jurídica, adotando, portanto, a teoria maior. No entanto, a nova redação traz mudanças significativas, como por exemplo, a necessidade de indicar as partes beneficiadas direta e/ou indiretamente pelo o abuso da personalidade. O legislador incluiu essa parte com o propósito de responsabilizar apenas quem cometeu o ato lesivo, porque anteriormente, o entendimento que prosperava era que todos os sócios ou administradores poderiam ser responsabilizados. Assim sendo, a mencionada alteração aplica a responsabilidade aos beneficiados pela prática ilegal do abuso.

Dessa forma é preciso apresentar a comprovação do ato de abuso da personalidade, bem como quais são os sócios beneficiados. Ademais a nova redação traz o conceito de desvio de finalidade e confusão patrimonial, ou seja, trata especificamente de conceituar os elementos que originam a aplicabilidade do instituto da desconsideração.

Neste contexto, verifica – se que os parágrafos 1º, 2º e 5º conceituam legalmente os requisitos autorizadores da desconsideração, enquanto, os parágrafos 3º e 4º, evidenciam a abrangência da desconsideração.

Cabe mostrar de forma individual cada parágrafo de forma individualizada, a fim de expor as referidas mudanças.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O primeiro parágrafo conceitua um dos elementos da desconsideração, assim é a disposição legal: " § 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. "

Anteriormente inexistia o conceito do elemento dito como desvio de finalidade, o que veio ser concretizado com a alteração imposta pela Lei nº 13.874/19, que, além disso, destaca uma responsabilidade subjetiva, ou seja, analisando a conduta do sócio ou administrador para fim de caracterizar o ato de desvio de finalidade, melhor dizendo, para haver o desvio de finalidade se faz necessária a conduta de forma intencional e dolosa.

Com relação a isso, observa-se que o parágrafo acrescido está desacordo com o Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que ensina o seguinte: "*A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico*". No entanto, apesar da incongruência entre a norma e o Enunciado Civilista no tange a responsabilidade, não há de se discutir quanto a clareza da conceitualização do que de fato se entende por "desvio de finalidade".

Na sequência, o parágrafo segundo do artigo 50 do CCB/2002 aduz as possibilidades que configura a "confusão patrimonial", vejamos:

> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
>
> I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
>
> II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
>
> III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Veja que a mencionada norma evidencia mais um requisito da desconsidercação da personalidade jurídica, bem como as possibilidades de ocorrência. No citado parágrafo especificamente trata claramente da ausência de separação real entre o patrimônio da sociedade empresária e dos sócios, nesse caso, há uma mistura do capital, sem que haja uma distinção do patrimônio da pessoa –

sócios – e da pessoa jurídica – sociedade empresária – ficando assim, efetivada a confusão patrimonial.

Assim, surgiu à forma de reconhecimento da confusão patrimonial. Sendo assim, situações específicas de casos concretos que demandam o reconhecimento da confusão patrimonial. Ponto que a nova Lei, reconheceu elemento necessário à desconsideração, bem como atos concretizados cria o presente instituto.

Quanto aos incisos específicos, chama atenção, ensina e destaca o Doutor Anderson Schreiber (2019):

> Os dois primeiros incisos deste parágrafo descrevem exemplos corriqueiros de confusão patrimonial, como o cumprimento reiterado de obrigações do sócio ou administrador pela pessoa jurídica, ou vice-versa, e a transferência de ativos sem efetiva contraprestação. O terceiro inciso refere-se genericamente a "outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial", possibilitando ao intérprete identificar, a partir de elementos do caso concreto, outras modalidades de confusão, como, por exemplo, a prestação de garantia pela pessoa jurídica em negócio de interesse exclusivo do sócio. (Schreiber, 2019).

Com base no ensinamento acima, perceber-se que os dois primeiros parágrafos do artigo 50, do CCB/2002, criaram requisitos, bem como possibilidade que autoriza a criação da desconsideração da personalidade jurídica que anteriormente inexistia. Isso faz com que percebemos imediatamente a grande relevância no sistema jurídico atual, tendo em vista que nasce um marco regulamentador de situações específicas até então inexistente, cujo intuito é regular um instituo necessário na aquisição de patrimônio frente a pratica de atos ilícitos dos sócios empresariais.

Dando continuidade, temos o § 3º, que determina o seguinte: "§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)".

Destacamos especificamente esse parágrafo, pois trata – se da denominada Teoria Inversa da desconsideração, veja bem, segundo a mencionada teoria, ataca – se primeiramente os bens dos sócios que comentem os atos previstos nos parágrafos 1º e 2º do artigo 50 do CC/2002. De modo que esta teria vai à contramão a Teoria Maior prevista no *caput,* do artigo 50 do CCB/2002, que por sua vez procura atingir primeiro os bens da sociedade empresária para se chegar nos sócios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Veja que as alterações não só proporcionaram requisitos novos de aplicação, como veio com o viés de regulamentar de forma teórica seu universo de aplicação. Assim, ensina o Doutor Anderson Schreiber (2019):

> A Lei 13.874/2019 acrescentou ao artigo 50 também o §3º, que consagra a noção de desconsideração inversa da personalidade jurídica, há muito admitida por nossa doutrina e jurisprudência. Com efeito, não obstante a desconsideração ter sido concebida para permitir que credores da pessoa jurídica alcançassem o patrimônio dos sócios ou administradores, admite-se hoje a invocação da teoria para justificar o movimento inverso [...] (SCHREIBER, 2019)

Outro fator importante, esta no parágrafo § 4º "A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)".

Nota – se que os requisitos que trata o caput do novo artigo 50 CC/2002, são imprescindíveis para desconsideração da personalidade jurídica, ainda que apresente uma situação jurídica relacionada aos grupos econômicos. Assim sendo, o simples fato de existir um grupo econômico enseja a autorização da desconsideração da personalidade jurídica.

Essa inovação na legislação vem ao encontro da realidade atual, pois as grandes empresas pertencem em sua maioria ao mesmo grupo econômico, e, portanto, a inovação da Lei nº 13.874/19, oferece segurança para as pessoas jurídicas pelo fato de apresentar elementos taxativos na aplicação da desconsideração.

E por derradeiro o parágrafo 5º, que traz elementos que se praticados, não caracteriza a desconsideração da personalidade jurídica "§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)".

Pois bem, nota – se a existência um limite prudencial no que tange a aplicação do elemento de desvio de finalidade. Ou seja, o desvio da finalidade estende – se bem amis do que os elementos praticados nesse parágrafo para ser reconhecido.

Assim sendo, o parágrafo em comento exprime objetividade e restrição, sem ceder margem para interpretação, quanto a sua incidência.

Nesse aspecto, vejamos a crítica do Mestre Pablo Stolze (2019):

> [...] Ao dispor que não constitui desvio de finalidade a "alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica", o legislador dificultou sobremaneira o seu reconhecimento: aquele que "expande" a finalidade da atividade exercida - como pretende a primeira parte da norma - pode não desviar, mas aquele que "altera" a própria finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica, muito provavelmente, desvia-se do seu propósito.

Diante das explanações expostas, nota – se que com o advento da Lei nº 13.874/2019, surgiram significativas mudanças jurídicas com relação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ciando conceitos e hipóteses de aplicação quanto ao aspecto de despersonalizar uma pessoa jurídica. Deste modo, a mencionada Lei é responsável pela reformulação norma no que tange sua aplicabilidade. Ademais trouxe restrição no campo de aplicação, ou seja, hipóteses específicas que ainda que sejam praticadas não autorizam o instituto em comento. Ficando assim, sem sombra de dúvidas, que o regramento normativo deixou a desconsideração mais restrita, garantindo maior confiança para a atividade empresária.

5. DA RESPONSABILIDADE DE ACORDO A LEI 13.874/19

No que tange a responsabilidade, podemos avaliar que houve alterações nítidas, que não requer amplos comentários, por ser bem compreensível e de cunho informacional. Nota – se que a Lei nº 13.874/19 trouxe a responsabilização de caráter pessoal, levando assim em consideração relação pessoal do agente que direto e/ou indiretamente se beneficia do ato praticado. Nesse víeis, podemos afirmar que apenas serão responsabilizados os agentes que de fato se beneficiarem do patrimônio oriundo de fraude. Assim, Flávio Tartuce. Vejamos:

> (...) nota-se que a lei passaria a possibilitar a desconsideração da personalidade jurídica tão somente quanto ao sócio ou administrador que, direta ou indiretamente, for beneficiado pelo abuso, o que há tempos defendo, para que o instituto não seja utilizado de forma desproporcional e desmedida, atingindo pessoa natural que não tenha praticado o ato tido como abusivo. (2019)

Portanto, a responsabilização ora debatida evidencia a relação causal na prática do ato lesivo e a conduta em si, atribuindo a responsabilidade ao agente que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de alguma forma se beneficiar da conduta lesiva ao patrimônio de forma direta ou indireta.

CONCLUSÃO

Podemos dizer que as alterações feitas pela Lei nº 13.874/19 sobre o artigo 50 do Código Civil Brasileiro, impactou a ciência jurídica relacionada ao tema, tendo vista que além de modificar redação do dispositivo, concretizou uma uniformização acerca do entendimento do assunto em sua prática, que obviamente fará do novo instituto da desconsideração da personalidade jurídica, um procedimento/processo jurídico mais limitado e restritivo.

Ademias restou claro que com o advento da nova Lei houve ainda o acréscimo das teorias que justificam o tema, assim, em cada caso concreto aplicou o que se entende por desconsideração. Fator de muita relevância, tendo em vista que de acordo o caso, aplica- se uma das teorias existentes.

Além do mencionado acima, adicionamos que as alterações em comento criou uma nova possibilidade de responsabilização para o instituto de desconsideração, uma vez que a Lei permite a imputação da responsabilidade aos sócios, referente a relação direta ou indireta dos sócios com o fato.

Finalmente, conclui-se que o assunto em comento evidenciou as suas mudanças dentro de uma espeço jurídico pertinente, sendo responsável pela criação e alteração de possibilidades com caráteres taxativos relacionados à desconsideração que, por se tratar de norma de uso imediato tende a melhorar e acrescentar o entendimento quanto ao instituto dentro do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

_____. Lei nº 10.406/2002. **Institui o Código Civil**. Brasília. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. Lei nº 13.105/2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____.Lei nº 8.078/1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor**. Brasília. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm >. Acesso em: 19 mar. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos Processuais da Desconsideração Jurídica**. 2ª ed., Saraiva, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. V. 2. 11**. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Conselho da Justiça Federal – CJF. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 37**. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>, Acesso em 29 mar. 2020.

Conselho da Justiça Federal - CJF. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 283**. Disponível em:< https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/249>. Acesso em: 19 mar. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil: volume único**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17ª ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SCHREIBER, Anderson . **Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I**. Disponível em:<http://genjuridico.com.br/2019/05/02/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil-parte-i/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

STOLZE, Pablo. **Artigo do Professor Pablo Stolze Gagliano sobre a Lei 13.784/2019 (Lei da Liberdade Econômica)**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760054174/artigo-do-professor-pablo-stolze-gagliano-sobre-a-lei-13784-2019-lei-da-liberdade-economica?utm_campaign=newsletter-daily_20190924_8998&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em: 19 abr. 2020.

Superior Tribunal de Justiça – STJ. **RESP: 279273 SP 2000/0097184-7**. Relator: Ministro ARI PARGENDLER. Data de Julgamento: 04/12/2003. T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJ 29/03/2004. p. 230RDR. vol. 29. p. 356. Disponível em:<

https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381192/recurso-especial-resp-279273-sp-2000-0097184-7>. Acesso em: 19 mar. 2020.

TARTUCE, Flávio. **A Medida Provisória 881/2019 e as Alterações do Código Civil - Primeira Parte: Desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato**. Disponível em:< https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703994479/a-medida-provisoria-881-2019-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-funcao-social-do-contrato>. Acesso em: 25 mai. 2020.

TARTUCE, Flávio. **A Medida Provisória da "Liberdade Econômica" e a Desconsideração da Personalidade Jurídica (Art. 50, CC): Primeiras Impressões**. Disponível em:<http://genjuridico.com.br/2019/05/06/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc-primeiras-impressoes/>. Acesso em 15 mai. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Comentários Breves às Alterações do Código Civil Promovidas pela Medida Provisória 881/2019 (Parte 1.)**. 17.maio.2019. Disponível em:<http://genjuridico.com.br/2019/05/17/comentarios-breves-as-alteracoes-do-codigo-civil-promovidas-pela-medida-provisoria-881-2019-parte-1/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial. Teoria geral e direito societário. v. 1**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação.

NOTAS:

[1] LIPPI, Roger Rodrigues, Mestre em Direito Civil pela UNESA, Professor da Graduação e Pós Graduação na Faculdade Serra do Carmo - FASECI, Pesquisador do Ineac-Lafep/UFF. E-mail: profrogerlippi@gmail.com

[2] O surgimento das pessoas jurídicas é explicado por duas correntes principais, a que diz ser a pessoa jurídica inexistente ou abstrata (teorias negativistas), que não admiti a associação constituída por grupos de pessoas com personalidade individual. E as teorias afirmativas que pressupõem a existência de um grupo de indivíduo que formam uma unidade orgânica, autorizada e reconhecida pelo poder do Estado.

As teorias afirmativas se dividem em dois ramos teóricos: teorias da ficção e as teorias da realidade.

As teorias da ficção se baseiam na doutrina tradicional que se fundamenta no direito Canônico, e que se dá em duas fontes: teoria da ficção legal e teoria da ficção doutrinária.

A teoria da ficção legal, formulada por Savigny, afirma que só a pessoa natural é capaz de titularizar direitos subjetivos e ter ralações jurídicas e pressupõe a pessoa jurídica como sendo criação artificial do Estado por intermédio da lei, ou seja, um ente fictício. De acordo com esses princípios, a pessoa, ou seja, um ente fictício. De acordo com esses princípios, a pessoa jurídica é concebida como algo artificial e só serviria como fato explicativo de certos direitos a uma coletividade de pessoas físicas.

A teoria da ficção doutrinária é definida por Vareilles - Sommieres, afirmando que a pessoa jurídica é uma realização artificial da própria doutrina, ou seja, não tem existência real e sim valor intelectual. Portanto, as teorias da ficção atualmente não são aceitas no âmbito jurídico, pois as teorias da ficção não explicam a existência do Estado como ente jurídico.

As teorias da realidade se caracterizam como reação contrária a teoria da ficção, que formaliza afirmando que as pessoas jurídicas são seres vivos e não seres abstratos, isto é, com existência própria. Se divide em: teoria da realidade objetiva ou orgânica, teoria da realidade técnica e teoria da realidade das instituições.

A teoria da realidade objetiva ou orgânica, sustenta que há junto as pessoas naturais organismos sociais, que são princípios jurídico, possuindo uma existência e vontade própria. Essa teoria afirma que a pessoa jurídica é formalizada pelo valor sociológico. Uma crítica que se faz é que a teoria não exemplifica como os grupos coletivos se tornam sujeitos de direitos e obrigações.

A teoria da realidade técnica, entende que a pessoa jurídica é real, mas dentro da realidade técnica, ou seja, por meio de uma realidade que é diferente das pessoas naturais. Essa teoria afirma que a personificação dos grupos sociais é de ordem técnica, pois é o meio pelo qual o direito encontra para atribuir a existência de grupos capazes.

Fonte: https://juridicocerto.com/p/ivonildo-reis-santo/artigos/direito-civil-das-pessoas-juridicas-1682

[3] Manual de Direito Civil. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 114-115.

[4] A autonomia da separação de patrimônio de pessoa jurídica estabelece que as pessoas jurídicas não se confundem com as pessoas que a integram, conforme

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

preceituava o antigo Código Civil. Em outros termos, a pessoa jurídica e cada um dos seus membros são sujeitos de direito autônomos, distintos, inconfundíveis.

Em razão do princípio da autonomia da pessoa jurídica, é ela mesma parte dos negócios jurídicos. Faz-se presente à celebração do ato, evidentemente, por meio de uma pessoa física que por ela assina o instrumento. Mas é a pessoa jurídica que está manifestando à vontade, vinculando-se ao contrato, assumindo direitos e contraindo obrigações em virtude do negócio jurídico. (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Parte Geral. Pág. 533, 2012)

[5] [...] atuar é intervir na iniciativa privada. Por isso mesmo, a atuação estatal só se justifica como exceção à liberdade individual, nos casos expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer. O modo de atuação pode variar segundo o objeto, o motivo e o interesse público a amparar. [...] O essencial é que as medidas interventivas estejam previstas em lei e sejam executadas pela União ou por seus delegados legalmente autorizados. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 672)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE PRESIDIÁRIOS.

RAQUEL CASUSA DE ALENCAR:
Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ROGER RODRIGUES LIPPI[1]

(orientador)

RESUMO: Diante dos diversos problemas encontrados no sistema carcerário brasileiro, ficam os questionamentos: - o Estado tem responsabilidade civil quanto aos presidiários?; e na morte de detentos, salvo em caso de suicídio, o Estado deve responder por esse óbito? O objetivo deste trabalho foi trazer uma resposta a essas problemáticas, uma vez que o nosso Ordenamento Jurídico Pátrio resguarda o tutelado que está sob o Poder do Estado. Constitucionalmente, o Estado tem o dever de indenizar os familiares dos detentos em caso de morte, na falta da observância do dever de zelar pela a integridade física e psíquica do custodiado. Neste contexto, usamos a Lei nº 12.403/2011 para delimitar o marco temporal, tendo como campo de pesquisa a Comarca de Palmas, Tocantins. Os embasamentos jurídicos desta pesquisa pautaram-se em julgados, leis, doutrinas, posicionamentos do STF, bem como, princípios constitucionais. A abordagem desta pesquisa foi quantitativa e qualitativa, com método investigativo e explorativo. Com base na pesquisa, a Comarca de Palmas, TO, no período apurado, mostrou-se em conformidade com o nosso Ordenamento Jurídico e Supremo Tribunal Federal, onde, dos quatros casos analisados, todos foram julgados procedentes e observando os princípios constitucionais em relação ao quantum a título de indenização por danos morais.

PALAVRAS CHAVE: Dever de Vigilância; Morte de detentos; Responsabilidade Civil do Estado; Teoria do Risco.

ABSTRACT: Faced with the various problems encountered in the Brazilian prison system, the question remains, does the State have civil responsibility for inmates? And in the death of detainees, except for the case of suicide, should the state answer for this death? The objective of this work is to bring an answer to these problems, since our Public Legal System safeguards the guardianship that is under the Power of the State. Constitutionally, the State has the duty to indemnify the relatives of detainees in case of death, in the absence of observance of the duty to ensure the physical and psychic integrity of the custodian. In this context, we will use Law No. 12,403/2011 to delimit the timeframe, having as research field the Comarca de Palmas, Tocantins. The legal basis of this research is based on judgments, laws, doctrines, positions of the Supreme Court, as well as constitutional principles. The

approach of this research will be quantitative and qualitative, with investigative and exploratory method. Based on the research, the district of Palmas, TO, in the period ascertained, proved to be in conformity with our Legal and Supreme Federal Court, where, of the four cases analyzed, all were judged well founded and observing the constitutional principles in relation to quantum as compensation for moral damages.

KEYWORDS: Duty of Surveillance; Death of inmates; State Civil Liability; Risk Theory.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos relevantes sobre a Responsabilidade e o Posicionamento do STF. 3. Análise do Discurso Jurisprudencial sobre Responsabilidade pela a Morte de Detentos durante o Cumprimento de Pena. 4. Os Argumentos Fundamentais para a Condenação por Danos Morais ao Estado por morte de Detentos no Cumprimento de Pena. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho levanta uma discussão acerca da responsabilidade civil do Estado por mortes ocorridas no sistema penitenciário da Comarca de Palmas-Tocantins e que teve seu julgamento entre os anos 2015 e 2020, considerando a Lei nº 12.403/2011, denominada por Lei de audiência de custódia[2], como marco temporal inicial para o desenvolvimento do trabalho. A partir da referida Lei, a audiência de custódia passou a ser mais uma garantia do Réu de ter sua liberdade decretada pelo Estado, detentor do *jus puniend*, considerando que o Estado tem o dever de proteger a integridade física, psicológica e moral do custodiado, livre de discriminação e/ou tratamento desigual independente do estado onde este possa se encontrar[3].

A presente pesquisa considera a grande relevância social do tema, que torna evidente e necessário uma discussão mais profunda sobre o assunto, quando ocorre a morte de um custodiado sob a guarda do Estado é necessário averiguar o que motivou esse óbito, se o Estado agiu de acordo com o seu dever geral de cautela[4] ou se os familiares do detento podem pleitear uma possível indenização[5] com base no que determina a responsabilidade civil do Estado e suas matrizes teóricas e jurisprudenciais.

Nesse sentido, sugere-se que a partir do momento que houver um mapeamento desses relevantes dados, poderá o Estado tomar as medidas necessárias para evitar essa estatística, bem como as cabíveis indenizações que buscam compensar a dor e o sofrimento da família das vítimas.

Dessa maneira, as indenizações pleiteadas na Justiça contra o Estado em razão da má prestação do seu serviço servirão como uma forma de reduzir essa

conduta; por outro lado, essa indenização[6] vem como uma compensação a esses familiares que sofrem a perda, onde, no pior cenário, estes não têm condições para suprir seu próprio sustento.

Consequentemente, não seria possível falarmos em Responsabilidade Civil do Estado por óbito de detentos se, anteriormente, não tivessem princípios fundamentais norteadores do Direito garantindo uma defesa aos direitos desses indivíduos que esteve sob a tutela do Estado. Assim sendo, no âmbito carcerário, o princípio da dignidade da pessoa humana direciona os agentes do Estado no tratamento digno aos detentos. Temos ainda, os direitos da personalidade que consistem em direitos naturais inerentes à pessoa, sendo considerados essenciais para a sobrevivência do ser humano.[7]

Em seguida, abordamos acerca de julgado ocorrido no Estado do Tocantins, buscando qual a teoria adotada pelo o tribunal para a resolução desses temas.

Adiante, foram abordados sobre os princípios constitucionais que por sua vez, asseguram direitos fundamentais para o cidadão e servem também como uma forma de termômetro para limitar a vontade do Poder Judiciário na hora da aplicação de sanções, tendo como base a Lei de Audiência de Custódia para delimitar o período do apuramento.

Além disso, foram analisados os argumentos usados pelo o Poder Judiciário para condenar ou absolver o Estado, da responsabilidade civil pela indenização da morte de um detento, através de jurisprudências disponíveis no website do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

O propósito deste artigo foi de trazer ao leitor uma relevante pesquisa no que tange à responsabilidade civil do Estado pela a morte do presidiário no sistema prisional da Comarca de Palmas, Tocantins, identificada a partir de dados d levantamento jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins relacionado à taxa de mortalidade dos detentos entre os anos de 2015 e 2020, abordando desta forma, uma importante questão social

Tratou-se de uma pesquisa exploratória, tendo em vista que há pouca discussão sobre o tema no Estado do Tocantins, necessitando de informações atualizadas que retratassem a realidade da Comarca de Palmas, TO.

Além disso, foi usado o método investigativo, levantando os casos que vieram a óbito dentro do sistema carcerário e por quais razões. Foi observado, a partir das decisões jurisprudenciais, se houve ou não a omissão do Estado diante da prestação do seu serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, a abordagem deste trabalho foi tanto quantitativa quanto qualitativa, uma vez que pesquisamos uma quantidade de pessoas de um determinado grupo, assim como buscamos interpretar os argumentos e jurisprudências para a concessão ou não da indenização por morte do detento.

Para a coleta de dados, partimos da Lei nº 12.403/2011, para definir o marco inicial da pesquisa. Através do site do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, acessamos o inteiro teor dos julgados apoiando-se na análise do discurso, visto que é uma ferramenta interdisciplinar que auxilia na explicação da análise de decisões judiciais.

2. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O TEMA

O Estado é uma figura abstrata criada pela vontade humana para a preservação do bem comum de uma sociedade, destinado a promover a paz e o bem estar do povo.

Para Dallari (2011, p. 118) o Estado é: "uma ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território"; desta forma, entende-se por ordem de Estado uma administração soberana, tendo como objetivo o convívio social de forma equilibrada e ética, limitando a vontade do povo sem interferir nos seus direitos.

Considerando o objetivo central do Estado, a responsabilidade civil surge, sendo considerada pela doutrina moderna, Mello (2008, p. 977):

> A responsabilidade civil do Estado está ligada a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Por outro lado, a doutrina tradicional, segundo França (1977, p. 32) entende que:

> (...) a responsabilidade civil, nós a diferenciamos da obrigação, surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida. A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano.

ssim, percebe-se uma divergência quanto aos conceitos entre doutrinadores. Entretanto, como o código civil também é usado como base,

se instituiu a responsabilidade civil como uma obrigação de reparar o dano causado.

Mediante ao que foi exposto**,** compreende-se por responsabilidade civil do Estado: fato próprio ou de outrem que resulta num ato ou obrigação onde o responsável pelo o dano tem o dever de cumprir à terceiros, descumprindo esta incumbência por omissão na prestação de seu dever, o Estado deverá responder pelos transtornos causados. Para tanto, existem duas teorias relevantes e amparadas no nosso ordenamento jurídico, bem como a Constituição Federal de 1988.

A nossa Constituição Federal em seu artigo 37, § 6º (BRASIL, 1988), dispõe sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas públicas e privadas prestadoras de serviços público[8], determinado a essas entidades responsabilidade quanto a sua prestação de serviço.

Assim, com a leitura do caput desse artigo, é possível visualizar a teoria adotada pelo Brasil no que se refere a responsabilidade civil, ficando explícita a teoria do risco objetiva, a partir da qual discutimos as duas subteorias derivadas da teoria do risco[9]. No entanto, o mesmo caput garante à entidade, em caso de culpa ou dolo, o direito de entrar em regresso contra o agente fornecedor dos serviços que ocasionou os danos lesivos.

A teoria do risco administrativo é tida como o resultado da relação extracontratual do Estado e seus membros, sendo conhecida como subteoria da teoria objetiva, adotada pelo nosso ordenamento jurídico de modo que, ao desempenhar um determinado serviço, caso afete de forma danosa um terceiro por seus agentes, o Estado é obrigado a repará-lo mesmo no desempenho de atividades lícitas. Entretanto, nesta teoria, aplica-se a excludente de responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima, por força maior e/ou culpa de terceiros.

Para Stocco (1994, p. 275), o exercício constitucional é desempenhado de forma igual no momento em que todos se sujeitam a ordem jurídica determinante de uma obrigação, embora seja o poder público, militar ou civil:

> A base de sustentação do direito constitucional é, sem dúvida, a sujeição de todos à ordem jurídica instituída, de modo que a lesão a bens jurídicos alheios impõe ao causador do dano a obrigação de repará-lo.

Contudo**,** recentemente o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, julgou casos em que a teoria do risco administrativo foi comprovada (BRASIL, 2018), assim vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE DANOS MORAIS E MATERIAIS - MORTE DO FILHO DOS AUTORES DENTRO DA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE ARAGUAÍNA - RESPONSABILIDADE DO ESTADO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DEMANDA PARA CONDENAÇÃO DO ESTADO NO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E DESPESAS COM FUNERAL - RECURSO DO ESTADO - FALTA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA - AFASTADA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - ARTIGO 37, §6º, CF - INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE PROTEÇÃO AO PRESO CUSTODIADO - FALHA NA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO - DEVER DE INDENIZAR - QUANTUM ARBITRADO EM MONTANTE RAZOÁVEL E PROPORCIONAL - VALOR MANTIDO - R$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS DE ACORDO AO ART. 85, §3º, CPC/15 - VALOR MANTIDO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJTO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022109-54.2018.827.0000. Relator: Desembargadora Jacqueline Adorno – 1ª Câmara Cível. DJ: 18/06/2018. Diário da Justiça, 2019) [10].

Para a teoria do risco integral, há muitas divergências doutrinárias quanto a sua aplicabilidade, se tornando uma responsabilidade do Estado mais severa, tendo o Ente Estatal a obrigação de indenizar o terceiro, visto que não se discute a culpa ou dolo, mas apenas se ocorreu o fato e dano, assim, há obrigação de reparar mesmo que a vítima tenha agido com culpa. Essa teoria é pouca usada, por ser considerada muito pesada.[11]

Contudo, para esta teoria existem algumas exceções, estando legalmente adotada nos casos mais sérios, cuja repercussão social atinge um número maior de envolvidos, sendo mais comum em atos de terrorismo, impactos ambientais, acidentes aéreos. Neste sentido têm-se a seguinte decisão (BRASIL, 2017b):

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOSÃO DO NAVIO VICUÑA. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS.

> 3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato" (REsp n.º 1.374.284/MG). 4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador. (STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1.596.081 - PR (2016/0108822-1). Relator: Ricardo Villas Boas Cuêva).

O Estado é uma Pessoa Jurídica de Direito Público que, por sua vez, reparará objetivamente uma coletividade ou particular quando vier a deixar de prestar com suas atribuições de tal forma que observará a dimensão do transtorno causado.

Diante desses aspectos quanto à responsabilidade civil do Estado e suas teorias, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou com relação ao tema, negando provimento ao Recurso Extraordinário impetrado pelo o Estado do Rio Grande do Sul contra o acórdão do TJ/RS, onde reconheceu que o Estado deveria agir com responsabilidade civil, na qual admitiu a teoria do risco administrativo, sendo condenado ao pagamento de indenizações aos familiares do detento que veio a óbito no Estado do Rio Grande do Sul.

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto progenitoras as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra *legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 841526 – Repercussão Geral. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 01/08/2016. Portal Justiça, 2017)[12].

O Superior Tribunal Federal fixou sua tese, assegurando que na falta de observância do dever de proteger a integridade física e moral do detento, o Estado será responsável pelo óbito do mesmo.

3. ANÁLISE DO DISCURSO JURISPRUDENCIAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE DETENTOS DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA

Neste momento da pesquisa, analisamos as jurisprudências no que se refere à Responsabilidade Civil do Estado pela Morte de Detentos durante o cumprimento da Pena, no período de 2015 a 2020, na Comarca de Palmas, Tocantins. Os julgados que aqui são expostos representam decisões de 2ª instância, decididas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Essa análise é uma ferramenta interdisciplinar que visa auxiliar na explicação dos argumentos contidos nas jurisprudências avaliadas, compreendendo de que forma se deu o julgamento de cada caso concreto.

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL 1. A responsabilidade do Estado é objetiva em casos que cabe a este zelar pela integridade física dos detentos sob sua custódia, devendo manter vigilância constante e eficiente no sentido de preservar a vida do preso, conforme assegura o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. 2. Comprovados o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade entre eles, emerge o dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE 3. O quantum indenizatório deve ser fixado diante da análise do caso concreto, atendendo-se ao caráter de punição do infrator, no sentido de que seja desestimulado a incidir novamente em conduta lesiva a terceiros; e ao caráter compensatório em relação à lesão sofrida. 4. Em observância ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade há possibilidade de redução do quantum indenizatório, uma vez que não implicará em enriquecimento ilícito dos autores, tampouco valor simbólico para o demandado. (TJTO. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO: AP/REENEC Nº 0018315-30.2015.827.0000. Relator: Desembargador Helvécio Maia Neto – 2ª Câmara Cível. DJ: 22/02/2017. Diário da Justiça, 2017)[13].

Nesse caso acima (BRASIL, 2017c), a vítima era um indivíduo do sexo masculino, sua morte se deu em razão de assassinato na Casa de Prisão Provisória de Palmas. Conforme o inteiro teor do caso, o juiz sustentou sobre a responsabilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

civil objetiva do Estado, uma vez que não ofereceu as condições necessárias para manter seguro o custodiado.

Ao final, no Acórdão, a 4ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao recurso, onde alterou a sentença de primeiro grau de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) para R$ 70.000,00 (setenta mil reais), sendo R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para a mãe e R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada irmão a título de indenização de danos morais (BRASIL, 2017).

> E M E N T A. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE DETENTO DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Na hipótese de morte de detento sob custódia estatal aplica-se a responsabilidade objetiva, com presunção de culpa. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVAÇÃO. 2. A demonstração de que o evento lesivo (morte) decorre de omissão do Estado no cumprimento de dever de vigilância, por deixar de fiscalizar preso, sob a sua guarda, em estabelecimento prisional, implica reconhecimento da responsabilidade do Ente Estatal na reparação dos danos causados. 3. DANOS MORAIS. QUANTUM. MANUTENÇÃO. Respeita os princípios norteadores do instituto - razoabilidade e proporcionalidade - a fixação de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) como indenização por danos morais, decorrentes de óbito de preso ocorrido dentro de Casa de Prisão Provisória, mormente se levadas em consideração as condições do ofensor e dos ofendidos. 4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A fixação dos honorários advocatícios de sucumbência no percentual mínimo previsto no artigo 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil, de 2015, obsta o pedido de redução da verba no segundo grau de jurisdição. (TJTO. APELAÇÃO: AP Nº 0004220-24.2017.827.0000. Relator: Desembargador Marco Villas Boas – 2ª Câmara Cível. DJ: 31/05/2017. Diário da Justiça, 2017) [14].

No caso em tela, trata-se de uma vítima do sexo masculino, os genitores da vítima pleiteiam uma ação de danos morais alegando que o Estado tem responsabilidade objetiva quanto ao óbito de seu filho. A sentença de primeiro grau condenou o Estado, na qual foi demonstrada a omissão Estatal por não cumprir com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o seu dever e o condenou no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais.

No entanto, o Ente Estatal adentrou com Apelação, alegando que a sentença deveria ser reformada, uma vez que o Estado não cometeu nenhuma ação ou omissão que contribuísse para a morte do detento.

Mediante as alegações e comprovações, o juiz da 2ª Turma da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, por unanimidade de votos manteve inalterada a sentença (BRASIL, 2016):

> EMENTA: APELAÇÕES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE DE MENOR APREENDIDO DE ESTABELECIMENTO SOCIOEDUCATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1. Na hipótese de morte de menor apreendido, sob custódia estatal, aplica-se a responsabilidade objetiva, com presunção de culpa. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVAÇÃO. 2. A demonstração de que o evento lesivo (morte) decorre de omissão do Estado no cumprimento de dever de vigilância, por deixar de fiscalizar com o devido zelo a entrada, em estabelecimento socioeducativo, de materiais que podem ser utilizados como armas, implica reconhecimento da responsabilidade do Ente Estatal na reparação dos danos causados. DANOS MORAIS. QUANTUM. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. 3. Indenização por danos morais, decorrentes de óbito de menor apreendido ocorrido dentro de Centro de Atendimento Socioeducativo, considerando as condições do ofensor e da ofendida, comporta majoração de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor este suficiente para, mediante razoabilidade e proporcionalidade, compensar o infortúnio e punir o responsável pelo ato ilícito, sem provocar enriquecimento sem causa. (TJTO. APELAÇÃO Nº 0000979-76.2016.827.0000. Relator em Substituição: Desembargador Márcio Barcelos Costa – 2ª Câmara Cível. DJ: 22/06/2016. Diário da Justiça**,** 2016)[15]

O presente caso concreto, trata-se de uma ação de indenização por danos morais e materiais interposta pela mãe do menor custodiado do sexo masculino, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

teve sua vida tirada em razão de ter sofrido 39 golpes de instrumento perfurante nas dependências do Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas-TO (CASE).

A sentença de 1º Grau reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado, condenando-o a R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Por outro lado, o Estado entrou com Apelação, alegando não ter cometido nenhuma omissão. A autora também entrou com Apelação, não satisfeita com o valor arbitrado na sentença e requerendo danos matérias que foram improvidos.

Assim sendo, a 2ª Turma da 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, por unanimidade de votos, conheceu os recursos e negou os apelos do Estado, dando parcial provimento ao recurso da autora e majorando a indenização por danos morais para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e determinando ao pagamento de pensão para a autora até a data em que a vítima completaria 65 anos ou até o falecimento da autora (BRASIL, 2019):

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE DENTENDO DENTRO DA UNIDADE PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRECEDENTES STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO. 1. Em caso de morte de detento a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que se trata de responsabilidade objetiva do Estado, não havendo que se perquirir acerca de culpa ou dolo de seus agentes, vez que é dever do estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia. Precedentes (REsp 1671569/SP, REsp 1645224/SP, AgInt no REsp 1581961/SP). 2. O valor fixado na sentença deve ser majorado para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por se mostrar consonante com os valores que vem sendo aplicados por esta Corte de Justiça, bem como está consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se as circunstâncias do caso concreto e o escopo da verba indenizatória. (REsp 1495146/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção). 5. 1º Recurso parcialmente provido. 2º Recurso desprovido. (TJTO. APELAÇÃO Nº 0022109-54.2018.827.0000. Relator: Desembargador Ronaldo Eurípedes – 4ª Turma da 2ª Câmara Cível. DJ: 07/08/2019. Diário da Justiça, 2019)[16].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste caso, a autora é genitora da vítima, onde alega que seu filho sofreu homicídio dentro da Casa de Prisão Provisória de Palmas. A decisão do juiz quanto à responsabilidade civil objetiva do Estado está consolidada com ao Supremo Tribunal Federal.

Na sentença de 1º Grau, o Estado foi condenado ao pagamento de R$30.000,00 (trinta mil reais). No entanto, tanto a autora quanto o Estado adentraram com recurso. Em 2ª instância, foi reconhecido a majoração dos R$ 30.000,00 (trinta mil reais), para os R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pleiteados na apelação pela a autora. Contudo, o recurso do Estado foi improcedente, mantendo inalterados todos os demais termos da sentença.

Portanto, para a coleta dos julgados em questão, foram buscados no site do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, na plataforma em que disponibiliza as jurisprudências, seguido das frases "Responsabilidade Civil do Estado por Morte de Presidiários", ''Responsabilidade Civil do Estado por Morte de Detentos" e ''Responsabilidade Civil do Estado por Morte de Presos", que foram as palavras chaves para se chegar a este resultado.

Por conseguinte, foram analisados: 04 julgados com o pedido de indenização de danos morais em favor dos familiares das vítimas, sendo todos providos; e duas decisões em 2ª instancia, que tiveram acolhido o pedido de majoração dos valores. Desta forma, não há que se falar em decisões julgadas improcedentes no que concerne a esta pesquisa. Tinha-se como um dos objetivos levantar os crimes imputados aos detentos que vieram a óbito, sua faixa etária e gênero; no entanto, nas jurisprudências encontradas para análise, não se discrimina os crimes que foram imputados e tampouco a faixa etária.

Em conclusão, os 04 julgados (quatro) aqui discutidos se deram em virtude de seus julgamentos terem ocorrido no período de 2015 a 2020, uma vez que o marco temporal desta pesquisa foi determinado para estes anos, sendo a Comarca de Palmas, Tocantins, definida como o campo de pesquisa.

4. OS ARGUMENTOS FUNDAMENTANTES PARA CONDENÇÃO POR DANOS MORAIS AO ESTADO POR MORTE DE DETENTOS EM CUMPRIMENTO DE PENA

Conforme os julgados que foram expostos, ouve fundamentações jurídicas para as decisões dos magistrados quanto a essa matéria que trouxeram segurança jurídica aos envolvidos nos processos que foram julgados.

Deste modo, mediante a análise feita dos casos, observou-se que o Poder Judiciário do Estado do Tocantins na Comarca de Palmas pautou seus fundamentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

na Responsabilidade Civil Objetiva do Estado e na Teoria do Risco, estando de acordo tanto com o Supremo Tribunal Federal quanto também com o Ordenamento jurídico pátrio do nosso país. Em suas teses, o Poder Judiciário resguardou a integridade física e psicológica do detento, sendo o Ente Estatal obrigado a indenizar os familiares respaldado nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, baseando-se nos julgados analisados, destacaremos acerca dos fundamentos que resultaram na condenação do Estado pela morte de detentos em decorrência do cumprimento de pena no estabelecimento prisional da referida Comarca, visto que os fundamentos se basearam em garantias constitucionais.

4.1 Direito à Vida

O direito à vida é uma garantia que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, prevê. Essa garantia constitucional permite aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade quanto a sua vida, sem essa validação no nosso Ordenamento Jurídico, seria impossível discutirmos sobre qualquer outra matéria.

Desta forma, o Estado tem o dever de garantir a vida desde a sua acepção até a manutenção desta, de forma segura e digna, conforme entende Moraes (2011, p. 80):

> A Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Tal princípio deve ser entendido à luz do principio da Dignidade da Pessoa Humana, que também é uma garantia constitucional, servindo como base nas relações humanas.

4.2 Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma norma fundamental, expressa no artigo 1º, III, da Constituição Federal e em Tratados Internacionais[17].

Para os nossos antepassados, tal princípio revelava uma qualidade intrínseca e se diferia de pessoa para pessoa, destacando o valor humano, o que este representava para a sociedade. Porém com a Revolução Francesa de 1948, o entendimento sobre esse princípio foi criando novos valores e concepções.

No âmbito constitucional, em 1215 houve o surgimento da Carta Magna na Inglaterra, tendo como objetivo limitar os poderes dos senhores em face dos que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estavam sob sua autoridade. Após este evento, os norte-americanos foram os primeiros a instituir os direitos humanos na Declaração de Independência de 1776. Já no ano 1789, foi a vez dos franceses enunciar os direitos humanos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O princípio em questão foi consolidado na Declaração dos Direitos Humanos em 1948, instituídos na Revolução Francesa. Com esse reconhecimento, surgiu um sistema de proteção dos direitos fundamentais em nível internacional.

No âmbito jurídico, a dignidade da pessoa humana é o centro da relação jurídica, ou seja, cada ser humano merece respeito e tratamento digno do Estado postulando seus direitos fundamentais, conforme o artigo 5º da Constituição Federal:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Neste sentido, todos deverão ter tratamento igual, livre de qualquer diferença, garantindo a inviolabilidade aos seus direitos constituídos no artigo 5º da Constituição Federal e em mais seus (LXXVII) incisos (BRASIL, 1988).

4.3 Aspectos dos Direitos da Personalidade

Primordialmente**,** os direitos da personalidade se caracterizam como direitos essenciais subjetivos, ou seja, inerentes à pessoa, visto que são intransmissíveis e irrenunciáveis; em outras palavras, a pessoa não tem o direito de se limitar a essas garantias constitucionais e civis.

Mesmo que, apesar da morte, em regra geral, esses direitos estingam-se, alguns destes direitos continuam sendo tutelados pelo o nosso ordenamento jurídico, sendo o cônjuge, ou parentes de linha reta ou colateral até o quarto grau[18] legitimados para entrar com pedidos de indenizações em caso de inobservância dessas garantias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo por base a responsabilidade civil do Estado à época do século XIX, o Estado sequer tinha responsabilidade quanto aos seus atos danosos; deste modo, o Ente Estatal era considerado uma "pessoa" (pessoa jurídica de direito público) que jamais cometeria erros, caracterizando assim a teoria da Irresponsabilidade, que, por sua vez, predominou nas relações do Órgão Estatal para com o particular.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, com a vigência do Estado de Direito, a teoria da irresponsabilidade perdeu sua eficácia, sendo adotada a teoria do risco que se desdobrou em suas duas subteorias - a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral – que estão presentes também na nossa Constituição Federal de 1988.

Dito isso, entra o objeto desta pesquisa, aqui evidenciado com base na nossa Constituição Federal, doutrinas e posicionamento do Supremo Tribunal Federal: a obrigação do Estado em ter responsabilidade com os detentos, recaindo sobre si o dever de responder por qualquer ato danoso caso não tenha havido o correto cumprimento da sua obrigação.

Mediante aos julgados que foram analisados, houve um ponto positivo nas demandas no que se refere às problemáticas sanadas na Comarca de Palmas, TO, no período de 2015 a 2020, pelo o Poder Judiciário do Estado do Tocantins.

6. REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Paula. Tocantins Realiza 254 Audiências de Custódia em Cinco Meses. Portal **Poder Judiciário do Estado de Tocantins**. Tocantins, [2020?]. Disponível em: < http://www.tjto.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3902:tocantins>Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional brasileiro**. Vol. III. Brasília: CNMP, 2018a. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf> Acesso em: 23 abr. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Departamento Penitenciário Nacional.** 2017a. Disponível em: < https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil> Acesso em: 23 abr. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de dezembro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Diário de Justiça, 2017b. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso**. Recurso Especial nº 1596081 PR 2016/0108822-1. Lilian Carvalho e GPS Química S/A em Recuperação Judicial, Arauco do Brasil S/A, Momentive Química do Brasil Ltda. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva. 25 de outubro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523412369/recurso-especial-resp-1596081-pr-2016-0108822-1/inteiro-teor-523412373> Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em sede de Repercussão Geral**. Recurso Especial nº 841526. Estado do Rio Grande do Sul e Vandrey Jardim de Quevedo. Relator: Ministro Luiz Fux. 20 de setembro de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=5312452&ext=.pdf> Acesso em: 17 abr. 2020. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 841526 – Repercussão Geral. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 01/08/2016. Portal Justiça, 2017. Disponível em: < https://www.portaljustica.com.br/acordao/303759>. Acesso em: 24 abr.2020

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Diário de Justiça**, 2016. APELAÇÃO Nº 0000979-76.2016.827.0000. Relator em Substituição: Desembargador Márcio Barcelos Costa – 2ª Câmara Cível. DJ: 22/06/2016. Diário da Justiça, 2016. Disponível em: <https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373496886/apelacao-apl-9797620168270000/inteiro-teor-373496922?ref=serp> Acesso em 24 abr. 2020

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Diário de Justiça**, 2017c. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO: AP/REENEC Nº 0018315-30.2015.827.0000. Relator: Desembargador Helvécio Maia Neto – 2ª Câmara Cível. Disponível em: <https://wwa.tjto.jus.br/diario/diariopublicado/2820.pdf> Acesso em: 24 abr. 2020

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Diário de Justiça**, 2018b. APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022109-54.2018.827.0000. Relator: Desembargadora Jacqueline Adorno – 1ª Câmara Cível. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/diarios/193213218/djto-04-06-2018-pg-19?ref=serp> Acesso em: 24 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Diário de Justiça**, 2017d. APELAÇÃO: AP Nº 0004220-24.2017.827.0000. Relator: Desembargador Marco Villas Boas – 2ª Câmara Cível. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/153823352/processo-n-0004220-2420178270000-do-tjto> Acesso em: 24 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Diário de Justiça**, 2019. APELAÇÃO Nº 0022109-54.2018.827.0000. Relator: Desembargador Ronaldo Eurípedes – 4ª Turma da 2ª Câmara Cível. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/253898734/djto-30-07-2019-pg-62> Acesso em: 24 abr. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2008

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 30 ed. São Paulo. Saraiva: 2011.

FRANÇA, Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito.** v. 65. São Paulo: Saraiva, 1977.

FREITAS, Alexandre Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.E-book.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

PARLAMENTO FEDERAL ALEMÃO. Departamento de Relações Públicas. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Versão alemã de 23 de maio de 1949 e última atualização em 28 de março de 2019. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 16 abr.2020).

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____, Rui. **Tratado de responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

[1] LIPPI, Roger Rodrigues, Advogado e Professor Mestre na Faculdade Serra do Carmo. E-mail: profrogerlippi@gmail.com

[2] A Lei 12.403/2011 instituída com o objetivo de reduzir o fluxo carcerário dentro do sistema prisional brasileiro, garante aos detentos medidas cautelares observando a Lei penal para prosseguimento da investigação ou instrução criminal, evitando demais infrações penais, vigorou em 04 de maio de 2011, em agosto de 2015 no Estado do Tocantins, com o apoio do CNJ através do projeto que trouxe racionalização às prisões tendo-a a norma como último ciclo processual, obedecendo ao princípio da presunção da inocência. (BITTENCOURT, 2020).

[3] O preso, a partir de sua prisão ou detenção, é submetido à guarda, vigilância e responsabilidade da autoridade policial, ou da administração penitenciária, que assume o dever de guarda e vigilância e se obriga a tomar medidas tendentes à preservação da integridade física daquele, protegendo-o de violências contra ele praticadas, seja por parte de seus próprios agentes, seja por parte de companheiros de cela ou outros detentos com os quais mantém contato, ainda que esporádico. (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1319-1321).

[4] Admitir a existência de casos para os quais não houvesse nenhuma medida cautelar capaz de evitar um dano irreparável, ou de difícil reparação, para a efetividade do processo seria admitir a existência de casos para os quais não existiria nenhum meio de prestação da tutela jurisdicional adequada, o que contrariaria a garantia constitucional (a qual, relembre-se, está posta entre as garantias fundamentais do nosso sistema político e jurídico). (FREITAS, Alexandre Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 03. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43).

[5] Os legitimados para propor ação de indenização tem o prazo quinquenal até a sua prescrição, ou seja, são contados 05 anos a partir da morte do detento, vencidos esses 05 anos perde-se o direito de ingressar com a demanda. (art. 1º do Decreto 20.910/1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm. Acesso em: 15 mar. 2020).

[6] Em geral mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. No caso de dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor. (GONÇALVES,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*., p.424)

[7] Segundo dados do Levantamento Nacional de informações Penitenciárias - Infopen de 2017, o Brasil é o terceiro país em número de pessoas presas e possui um quantitativo de aproximadamente 726 mil presos (BRASIL,2017a). Já os dados do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, apontam para um total de 670.459 presos, tendo como base o ano de 2017 e o número de 668.23 quando se toma o ano de 2016 (BRASIL, 2018a).

[8] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

[9] É a teoria do risco que serve de fundamento para a ideia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados; e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 325).

[10] Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/diarios/193213218/djto-04-06-2018-pg-19?ref=serp> Acesso em: 24 abr. 2020.

[11] A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da

vítima. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 586).

[12] Disponível em: < https://www.portaljustica.com.br/acordao/303759>. Acesso em: 24 abr.2020.

[13] Disponível em: <https://wwa.tjto.jus.br/diario/diariopublicado/2820.pdf> Acesso em: 24 abr. 2020.

[14] Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/153823352/processo-n-0004220-2420178270000-do-tjto> Acesso em: 24 abr. 2020.

[15] Disponível em: <https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373496886/apelacao-apl-9797620168270000/inteiro-teor-373496922?ref=serp> Acesso em 24 abr. 2020

[16] Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/253898734/djto-30-07-2019-pg-62> Acesso em: 24 abr. 2020.

[17] A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha foi a primeira a instituir o princípio da **Dignidade da Pessoa Humana** como um direito fundamental, estando elencado no seu primeiro artigo da Lei criada em 1949, intitulada como "Carta Magna da Vida Pública Alemã". (PARLAMENTO FEDERAL ALEMÃO, 2019. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 16 abr.2020).

Essa Lei tem efeito *Jus Cognes* em direito internacional positivo, conforme a **Convenção de Vienna Sobre Direitos dos Tratados de 1969.** No decreto 53 do Decreto de número **7030/2009,** em seu artigo 53, assegura que "É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral". (BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Vienna sobre o Direito dos Tratados,** concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 16 abr.2020).

[18] Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

HERMENÊUTICA JURÍDICA AMBIENTAL E APLICAÇÃO NO DIREITO

MIRIAN GRAZIELY ARAÚJO DE OLIVEIRA:
Graduanda de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: O presente trabalho apresenta a compreensão do fenômeno da interpretação da norma constitucional, na visão da hermenêutica, ressalta a importância da interpretação na decisão dos casos difíceis, típicos da matéria ambiental e a utilização das técnicas de ponderação na colisão dos princípios, que afetam os princípios constitucionais do desenvolvimento econômico e da precaução na interpretação de importantes questões relacionadas à proteção ambiental. Este trabalho tem como objetivo é explanar sobre a hermenêutica, com ênfase na hermenêutica ambiental e sua aplicação no Direito.

Palavras- chave: Hermenêutica; Meio Ambiente; Direito.

ABSTRACT: The present work presents the understanding of the phenomenon of the interpretation of the constitutional norm, in the view of hermeneutics, emphasizes the importance of interpretation in deciding difficult cases, typical of environmental matters and the use of weighting techniques in the collision of principles, which affect the principles constitutional principles of economic development and precaution in the interpretation of important issues related to environmental protection. This work aims to explain about hermeneutics, with an emphasis on environmental hermeneutics and its application in law.

Keywords: Hermeneutics; Environment; Right.

1. INTRODUÇÃO

O ato de traduzir e interpretar são de interesse da humanidade desde a Idade Antiga, incluindo textos religiosos, épicos, poéticos, históricos ou profanos. É fato que desde as origens do homem que existe interpretação, todavia, não existia hermenêutica.

De acordo com Araújo (2007), seguindo o pensamento Jean Grondin, pode-se falar do surgimento da hermenêutica, como forma de interpretações, a partir da Idade Moderna, porém, implicitamente, este termo é percebido na antiguidade, contudo, a hermenêutica só surge verdadeiramente quando atinge sua universalização e radicalização com Heidegger. Sendo assim, a hermenêutica, em sua origem, tem sido considerada como uma técnica de interpretação ou uma arte no

uso da linguagem adequada para estabelecer, principalmente, a coesão dos textos bíblicos.

O despertar para as questões ambientais representa salto evolutivo, na medida em que permite ao homem reconhecer-se parte e não proprietário da natureza, forçando-o a abandonar a visão instrumental que preponderou na maior parte dos séculos XIX e XX.

Essa preocupação não induz apenas novos mecanismos para interpretar a lei, mas principalmente para compreender as questões fundamentais que estão envolvidas na solução de cada conflito que a norma pretende regular. O reconhecimento do papel que a hermenêutica desempenha na aplicação do direito está condicionado à visão e expectativa que se tem dela (MIRANDA E DIAS, 2016, p. 314).

A definição do termo hermenêutica, que se faz nas palavras de De Plácido e Silva (2008, p. 387): Do latim hermenêutica (que interpreta ou que explica), é empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo por que se devem interpretar as leis, a fim de que se tenham delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador. Na hermenêutica jurídica, assim, estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto legal. E esta interpretação não se restringe ao esclarecimento de pontos obscuros, mas a toda elucidação a respeito da exata compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos.

Com o auxílio da hermenêutica, pode-se mitigar o impulso, ou a necessidade, que os intérpretes encontram de servir-se apenas das suas convicções pessoais para a solução dos "casos difíceis". A utilização do argumento de autoridade distancia o julgador da lógica argumentativa e retira da decisão a sindicabilidade que a estrutura racionalmente. A possibilidade de submeter a argumentação a processos hermenêuticos identificáveis dota as decisões judiciais de previsibilidade, sem que isso importe manietar a força criadora inerente ao ato de julgar (MIRANDA E DIAS, 2016, p. 297).

Dentre esses mecanismos que intentam promover a concretização dos mandamentos constitucionais, Hesse (2009) afirma que a Hermenêutica, numa perspectiva fenomenológica e dentro de uma linha de trabalho que busca aproximar-se de ideias e conceitos trabalhados no âmbito da hermenêutica filosófica, surge como uma aliada para buscar-se a efetivação da força normativa da Constituição.

Portanto a hermenêutica tem um lugar essencial na esfera do direito, considerando-se, ainda, que as verdades jurídicas estão sempre em mutação e que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

nesse contexto, é a hermenêutica que estabelece a conexão entre "*o mundo da vida e o mundo jurídico, o fato e a norma, sujeito e objeto*" (CUNHA, 2002, p. 317).

O objetivo geral do artigo é explanar sobre a hermenêutica, com ênfase na hermenêutica ambiental e sua aplicação no Direito. Identificando de que modo à previsão constitucional de defesa do meio ambiente afeta a aplicação das normas de proteção do ambiente natural, com considerações de hermenêutica.

Visa ainda demonstrar que traduzir e interpretar também são os fundamentos básicos da percepção ambiental, ferramenta muito utilizada da gestão de áreas protegidas e em trabalhos que visem entender a relação da população de uma determinada região com o meio ambiente.

A justificativa para este artigo inclui preocupação ambiental como critério hermenêutico para diminuir o peso da responsabilidade do julgador nas situações em que a lei se supõe insuficiente e que envolvam direitos fundamentais.

Para metodologia deste artigo foi realizada uma revisão bibliográfica que tem a finalidade de reunir e sintetizar resultados de pesquisas sobre o tema, contribuindo para o aprofundamento do mesmo, visto que possibilita sumarizar as pesquisas já concluídas e obter conclusões de interesse. O levantamento bibliográfico desta revisão foi realizado por meio de busca por artigos científicos encontrados em bancos de dados de revistas cientificas, sites como o Scielo e ainda em artigos publicados na internet acerca do tema. Os critérios de inclusão utilizados para a seleção da amostragem foram as publicações mais condizentes com a questão. Foram selecionados, 20 artigos incluídos, onde foi feita uma leitura na íntegra.

Os seguintes descritores e/ou palavras chaves: Hermenêutica, Hermenêutica Ambiental, Aplicação da Hermenêutica no Direito.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Hermenêutica é considerada a arte ou a técnica de extrair o sentido de textos, visando torna-los inteligíveis, liga-se a uma longa e rica tradição, e é uma ferramenta útil para revelar e reduzir os efeitos reducionistas da linguagem na transmissão da ciência, efeitos capazes de comprometer a comunicação e sua criticidade. A construção cultural somente se torna perceptível pela linguagem, a hermenêutica a torna científica.

Para Araújo (2007), as informações que se apresentam de forma dúbia precisam ser interpretadas de forma clara e considerando o ponto de vista de cada um.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A capacidade de dotar a argumentação de previsibilidade proporciona avanço no conhecimento interpretativo e dos conceitos que são manejados nas decisões, tais como dignidade da pessoa humana, desenvolvimento humano e crescimento econômico, ou mesmo a defesa do meio ambiente, habilitando-os a alcançar maior grau de revelação e de concretização.

Segundo Hermann (2002):

> A hermenêutica provém de uma longa tradição humanística e usualmente refere-se à arte de extrair sentidos explícitos ou ocultos de textos religiosos, jurídicos ou literários. Nos dicionários, o significado de hermenêutica está associado à interpretação do sentido das palavras, no entanto, extrapolando esta interpretação, a hermenêutica emerge na modernidade contra a pretensão de haver um único caminho de acesso à verdade. (HERMANN, 2002, p.15).

A hermenêutica como ciência lança seus métodos ou processos de interpretação. Alguns autores, como Carlos Roberto Gonçalves (2008) e Maximilianus Cláudio Américo Führer (2006), costumam fazer a divisão da interpretação da seguinte forma: quanto à origem, classificam-se em autêntica, jurisprudencial e doutrinária. A interpretação autêntica é a feita pelo próprio legislador, que cria uma norma com o intuito de explicar a norma criada anteriormente. A interpretação jurisprudencial é a determinada pelos órgãos julgadores. A interpretação doutrinária é a que provém dos estudiosos e comentaristas do direito.

Quanto aos meios: a interpretação pode ser gramatical ou literal, lógico, sistemático, histórico e sociológico ou teleológico. A interpretação é gramatical quando se examina o texto normativo sob a égide das regras da linguística, verificando a pontuação, a colocação das palavras na frase etc. A lógica visa descobrir o sentido e o alcance da norma, a intenção do legislador, por meio de raciocínios lógicos.

A Sistemática consiste em interpretar a norma não de forma isolada, mas em conjunto com outras normas pertencentes à mesma jurisdição onde se aplica o direito. A interpretação histórica visa investigar os antecedentes da norma, a fim de descobrir o seu exato significado, relacionando a norma com o momento em que a mesma fora editada. A interpretação sociológica ou teleológica tem por objetivo examinar os fins para os quais a lei foi editada, buscando adaptar o sentido ou finalidade da lei às novas exigências sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para outros autores a hermenêutica não é um método das ciências ou uma característica especial de um determinado grupo de ciências, mas, sobretudo a capacidade natural do ser humano (GADAMER, 2002). Portanto, a hermenêutica não se trata de método, pois este possui diferentes limitações, porém, para construir, ou mesmo, utilizar o método é preciso usar a hermenêutica. Na realidade a hermenêutica corresponde a uma postura adotada, fundamentada num olhar expandido e em saberes não metódicos que reconhecem as restrições do método, em suma, a hermenêutica se trata de ver o invisível.

A hermenêutica é entendida como o complexo estrutural e operacional direcionado para a produção do sentido. A responsabilidade da hermenêutica aumenta, proporcionalmente, com o aumento da exigência da interpretação, ela precisará ser total se a interpretação for mais integral. Para ser total, a hermenêutica terá que abarcar todas as realidades significativas e todas as condições de extração de sentido, para que haja maior entendimento da dimensão interpretada.

2.1 HERMENÊUTICA AMBIENTAL

O principal objetivo da lei ambiental é proteger o Meio Ambiente de degradações, perdas, destruições e etc. Partindo deste pressuposto, qualquer ação que vise minorar ou mesmo inibir práticas consideradas perigosas e danosas ao patrimônio natural da humanidade é mais que bem-vinda.

Poucas questões em direito surgiram com tamanha amplitude e concepções tão heterogêneas carregadas de ideologia quanto a relação entre os seres humanos e seu meio ambiente.

A temática ambiental, sempre e cada vez mais em destaque, exige o crescente interesse da comunidade jurídica acerca do tema, de forma que a junção de elementos teóricos e práticos, hauridos na experiência diária com a matéria, possibilitam um novo olhar sobre as intrincadas questões que são lançadas diuturnamente.

Pode-se dizer que a hermenêutica proporciona destaque para o meio ambiente como aspecto estruturante do direito, na medida em que se torna imprescindível para a existência humana. O imperativo de percepção do mundo que só é capaz de ser alcançado por intermédio da hermenêutica e que consiste em reconhecer o que se mostra, sem esquecer daquilo que não se deixa ver (MIRANDA E DIAS, 2016, p. 301).

Conforme exposto se deduz que a relação necessária de todo o ordenamento com o meio ambiente poderia decorrer tão somente da noção de que todos os

produtos que o ser humano consome, de algum modo tiveram sua origem na natureza, independente dos estágios de transformação e beneficiamento pelos quais passou.

A hermenêutica clássica preserva influência na interpretação constitucional e ajuda a identificar que a previsão constitucional de defesa do meio ambiente afeta a aplicação das normas e deve ser levada a sério. O enquadramento jurídico e o âmbito de extensão das normas de proteção do ambiente natural trouxeram fundamento de validade da legislação como antes não era considerado (MIRANDA E DIAS, 2016, p. 318)

A particularidade de uma hermenêutica ambiental se fortalece, ainda, pelo fato de a ordem jurídica ambiental ser dotada de conceitos vagos, confusos, amplos e indeterminados, além da intensa discricionariedade administrativa que é concedida ao Executivo. Destaca-se, ademais, que diante do caráter principio lógico dos direitos fundamentais, é inevitável a constante colisão entre eles, como ocorre entre o direito ao meio ambiente e o direito à propriedade, o direito à liberdade, o direito à iniciativa privada, o direito ao desenvolvimento, o direito ao pleno emprego, etc., levando à necessidade de técnicas interpretativas adequadas. (BELCHIOR; LEITE, 2010, p. 309).

2.2 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA AMBIENTAL NO DIREITO

Em relação ao Direito, destaca-se que este não exerce tão somente a função tradicionalmente repressiva, mas também, como já defendido por Bobbio (BOBBIO, 2007, p. 43-45), uma função promocional, em que o Estado assume o papel de encorajador (e premiador) ou desencorajador de condutas.

Assim, o Estado e o Direito precisam assumir um papel de estimular condutas ambientalmente desejáveis, ou desestimular outras, na missão de combater a crise ambiental e lutar pela sobrevivência da humanidade (MATIAS; BELCHIOR, 2007, p. 160).

A norma jurídica sempre depende de "algo" que lhe dê um sentido prático e aplicável, conforme assinala Cunha (2002, p. 309), complementando que a normatividade jurídica "é sempre dependente de uma medição. Não poderia ser diferente na medida em que o caráter prescritivo do direito sempre se volta para a conduta social dos indivíduos, dando ao direito um caráter, ao mesmo tempo, normativo e social".

E é importante a orientação dada pelo supracitado doutrinador, ao mostrar que, face ao direito abstrato, o intérprete da experiência jurídica tem um papel essencial, devendo esse intérprete ser não um especialista e, sim, um interessado nos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

temas que analisa. Essa visão é mais importante na medida em que se verifica que o processo hermenêutico e interpretativo implica em um sujeito que interpreta e em um processo de humanização do direito. Em outras palavras, o intérprete da norma precisa pautar-se pelos princípios do direito, direitos humanos, direitos fundamentais à vida, ao ambiente ecologicamente equilibrado e a todos os demais direitos fundamentais.

Fernando Herren Aguiar enfatiza (2010, p. 42), em seu estudo historicista acerca da metodologia do Direito, que "[o] direito é uma ciência interpretativa [...]", mas também adverte que "[...] nem mesmo a lei seria necessária se pudéssemos interpretá-la de qualquer maneira". Sendo a hermenêutica a ciência balizadora da interpretação restrita, que se pretenda científica.

Para Streck (2005, p. 298), a hermenêutica é antirelativista e a discricionariedade não se dá bem com a democracia e considera que nos Estados de Direito, aquele que interpreta precisa, necessariamente, dar à comunidade política as razões de sua interpretação, e é justamente nesta finalidade que a hermenêutica jurídica opera sua razão de ser.

No plano da hermenêutica, a integridade equivale ao respeito à tradição (autêntica/legítima), circunstância que, no direito, assume especial especificidade: se queremos dizer algo sobre um texto (que nunca é algo em abstrato, um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado linguístico), temos que deixar que este nos diga algo (pense-se na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação ôntico-proposicional das diversas manifestações do direito). E este texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição.

Afirma o artigo 225 da Constituição: "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".

A possibilidade de atrair para a dignidade da função, o fundamento da decisão em um caso difícil, naquilo que é reservado à discricionariedade do julgador, transformando argumento racional em argumento de autoridade, é fardo para os que laboram com correção e predisposição para o acerto.

A nova ordem proposta pela Constituição Federal de 1988 incorpora valores por meio dos princípios constitucionais. Os princípios, como mandados de otimização, são desafiados em conflitos entre direitos individuais e os de concepção solidária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante da colisão, o juiz, no desempenho de sua função decisória, vê-se diante do desafio de se desvencilhar da obediência irrestrita ao direito positivado, ainda que injusto. Nesse caso pode buscar, com auxílio da hermenêutica interpretar conforme os valores e postulados que estruturam o ordenamento; ou insurgir-se à lei, curvando-se aos fatos e agindo conforme sua convicção de acerto ou de "Justiça"; o que representaria distanciar-se da imparcialidade necessária.

A expressão do direito ao meio ambiente protegido exige postura ativa, não apenas do Estado, mas de toda a coletividade (CF/88 Artigo 225). A proteção ao meio ambiente submete-se à coordenação dos interesses plurais dentro do Estado nação. Neste formato de Estado, o desenvolvimento humano se revela com dúplice função, é limite e, simultaneamente, vetor para o crescimento econômico; vincula os dois como as faces da mesma moeda, um é o reverso do outro.

Entretanto, Belchior e Leite (2010, p. 309) consideram que de nada adiantará que o Estado se refaça com objetivo de proteger o meio ambiente se não houverem mecanismos adequados para efetivar esses novos valores.

De nada adianta toda uma construção teórica em torno do Estado de Direito Ambiental, se não existirem mecanismos concretos de efetivação. É de se notar, aliás, que uma hermenêutica jurídica específica para lidar com as particularidades e com os desafios do novo paradigma estatal é apenas um desses instrumentos, mas que, se bem utilizado, pode ser fundamental para minimizar os impactos da crise ecológica em prol da sustentabilidade (BELCHIOR; LEITE 2010, p. 309).

Ao adotar o paradigma do Estado de Direito Ambiental, é necessário um novo modo de ver a ordem jurídica, com uma pré-compreensão diferenciada do intérprete, na medida em que a hermenêutica filosófica comprova que o sentido a ser captado da norma jurídica é inesgotável (BELCHIOR; LEITE 2010, p. 309).

No esforço de garantir sobrevivência, a preservação ambiental é um conceito não plasmado, carente de conteúdo, ainda em construção porque oscila entre duas ideias ligadas à cultura, desenvolvimento e economia de quem o elabora: identificar as necessidades da geração presente e o que deve ser considerado impacto ambiental, inadmissível.

No campo do direito ambiental, Germana Parente Neiva Belchior, em sua dissertação fruto da realização do Mestrado em Ciências Jurídicas na Universidade Federal de Pernambuco, constrói um projeto de hermenêutica jurídica ambiental que coaduna com o exposto até momento. A autora defende a necessidade de construção de uma pré-compreensão ecológica geral a ser composta de uma "[...] ética ambiental antropocêntrica alargada e intergeracional, com base no princípio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

responsabilidade, de uma educação ecológicas de uma racionalidade ambiental ″(BELCHIOR, 2011, p. 124).

Assim delineia: [...] é preciso avaliar a forma da relação entre o homem e o meio ambiente e buscar uma convivência harmônica, para ser possível uma pré-compreensão ecológica apta para mudar os valores, pensamento, a atitude, modo como ocorre referida simbiose. Isso só pode ser possível com a superação da modernidade, haja vista que esta se caracteriza pelo logocentrismo e pelo igualitarismo antropocêntrico (BELCHIOR, 2011, p. 116-117).

A hermenêutica é a única forma de conciliar a proposta constitucional sem que as pessoas alcançadas por esse ordenamento possam eximir-se do compromisso geracional e universal de viabilidade biológica da espécie humana. Há, portanto, que se distinguir dimensão temporal e espacial, épocas e espaços distintos ligados pela ponte que atende pelo nome de hermenêutica.

A segurança jurídica desejável, refletida na previsibilidade das decisões, na existência de lei anterior e na responsabilidade, cede lugar a tratamento hermenêutico que se demonstre capaz de apresentar soluções adequadas, mesmo em matéria sobre as quais o homem tem pouca capacidade de influir, como é o caso da natureza.

O desafio consiste em revisitar conceitos que foram estruturantes do direito brasileiro, para refundá-lo, agora sob a imposição ambiental; "certeza e verdade tomam novas dimensões em virtude da necessidade de um gerenciamento preventivo do risco, a própria essência de segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito, também assume uma nova roupagem" (BELCHIOR, 2011, p.9).

Assim, a hermenêutica é trazida ao campo jurídico para exteriorizar o sentido que o texto da lei "quer" exprimir, porém, encontrando-se estagnado, aguardando uma situação concreta para que o aplicador do direito possa adequar a letra da lei ao caso em análise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão permanente da preocupação ambiental como critério hermenêutico retira o pesado fardo do julgador de retroceder e elaborar a cada decisão todas as situações em que a lei se supõe insuficiente e que envolvam direitos fundamentais.

A necessidade de preservação ambiental estabelece mais do que valor, assim é preciso ação, a inércia é incapaz de produzir respostas que a humanidade demanda.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O padrão de comportamento que exige proatividade repercute na expectativa e no papel estatal, a ele incumbe regular de modo a assegurar a livre iniciativa e o direito à propriedade sem descuidar da defesa do meio ambiente.

A hermenêutica desempenha papel relevante nas questões ambientais, primeiramente por ser capaz de ajustar o tema à importância que detém no atual estágio evolutivo. Contribui para despertar no homem a noção de integrante da natureza e não proprietário.

Assim sendo a hermenêutica é utilizada não simplesmente no sentido de interpretar, explicar as palavras, ela é utilizada como metodologia ou meio científico de se chegar ao exato fim que se pretende alcançar com a palavra inserida no texto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. 2010.

ARAÚJO, Maria Luiza Grossi. **Ciência, Fenomenologia e Hermenêutica: Diálogos da Geografia para os Saberes Emancipatórios**. Tese (doutorado em geografia) - Instituto de Geociências, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

ASSIS et. al. **O papel da hermenêutica na concepção da percepção ambiental.** Revista de Geografia (UFPE) v. 30, n. 2, 2013.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; LEITE, José Rubens Morato. **O estado de direito ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica.** 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>. Acesso em: 05.05.2020.

_____, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luís Nogueira. **Propriedade e meio ambiente: uma relação jurídica complexa.** Fortaleza: ESMEC, 2011, p. 9. Disponível em: <www.portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2011/08/artigo-3.pdf>. Acesso em: 04.05.2020.

_____, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

CUNHA, José Ricardo. **Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). Hermenêutica plural**.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Forense**. 24ª ed. Editora Forense, São Paulo, 2008.

FÜHRER, MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO. **Resumo de Direito Comercial.** Atualizada Inclusive pela Lei Complementar 123, de 14.12.2006. 38º Ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2006.

GADAMER, **Verdade e Método II:** complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **Direito civil brasileiro.** Imprenta: São Paulo: Saraiva, 2008.

HERMANN, N. **Hermenêutica e educação**. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2002.

MALTA, Bruno. **Hermenêutica jurídica do meio ambiente.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MATIAS, João Luís Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito, economia e meio ambiente: a função promocional da ordem jurídica e o incentivo a condutas ambientalmente desejadas**. In: Revista NOMOS. Fortaleza, v. 27, p. 155-176, 2007.

MIRANDA E DIAS. **Proteção ambiental: mais que dever, critério Hermenêutico.** Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 16, n. 2, p. 295-322, 2016.

OLIVEIRA, Nevilton da Costa. **A hermenêutica jurídica na pós-modernidade: novos olhares hermenêuticos.** Revista Jus Navigandi, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br> Acesso em: 05.05.2020

SCHMITT, Lilian Alves. **A Hermenêutica de Gadamer e a prática de Educação Ambiental.** Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental Santa Maria, v. 19, n. 2, p. 1055-1059, 2015.

STRECK, Luis Lênio. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito.** 2015. Disponível em:< http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acesso: 05.05.2020.

TORRES, Leonardo Araújo; TORRES, Rodrigo Araújo. **Direito Ambiental brasileiro: surgimento, conceito e hermenêutica.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3248, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21836> Acesso em: 05.05.2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADANIA

MATEUS RUFINO FRANCA:
Bacharelando em Direito pela Faculdade Serra Do Carmo (FASEC)

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO [1]

(orientador)

RESUMO: O artigo busca alternativas para a superação dos obstáculos na efetivação da Lei de Acesso à Informação, no tocante à promoção e garantia do direito de acesso à informação, objetivando a efetivação do direito à cidadania. Haja vista que, a dificuldade de acesso à informação torna ineficaz a efetivação da democracia, pois impede a participação do cidadão nas decisões que impactam diretamente em seu cotidiano, assim como impede a efetivação de outros direitos estabelecidos na Constituição Federal: a moradia, a saúde, a igualdade e a própria dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a cultura do sigilo, do privado é um entrave ao acesso aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, o que pode acarretar num forte controle social se utilizado como forma de opressão das liberdades individuais e coletivas.

Palavras-chave: Acesso à informação. Direitos fundamentais. Cidadania.

ABSTRACT: The article seeks alternatives for overcoming obstacles in the implementation of the Access to Information Law, with regard to the promotion and guarantee of the right of access to information, aiming at the realization of the right to citizenship. Bearing in mind that, the difficulty of accessing information renders democracy effective ineffective, as it prevents citizen participation in decisions that directly impact their daily lives, as well as prevents the enforcement of other rights established in the Federal Constitution: housing, health, equality and the very dignity of the human person. In other words, the culture of secrecy, of the private, is an obstacle to access to the fundamental rights of all citizens, which can result in strong social control if used as a way of oppressing individual and collective freedoms.

Keywords: Access to information. Fundamental rights. Citizenship.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à informação no transcorrer da história se constituiu num dos objetos de poder mais cobiçado e protegido, tornando-se, em regra, um instrumento de controle social por parte do Estado e de seus agentes, pois, quando cerceado aos cidadãos comuns, serviu e ainda serve, entre outras coisas, como elemento de

limitação à efetiva concretização de direitos de natureza fundamental e acesso à justiça.

Ocorre que, com as conquistas de novos direitos, a informação ganhou status de direito fundamental, elencado também como direito humano essencial à concretização da cidadania, sobretudo no que tange ao acesso à justiça. É aqui, pois, que se apresenta numa perspectiva ampla, o tema proposto neste projeto de pesquisa: o acesso à informação como direito fundamental essencial à concretização dos direitos humanos e da prestação jurisdicional.

Numa perspectiva estrita, considerando o direito de acesso à informação a partir da edição da Lei de Acesso à Informação – LAI – Lei n.º 12.527/2011[2], resultando no seguinte recorte: "A importância das Ouvidorias de Justiça para o acesso à informação como direito fundamental essencial à concretização dos direitos humanos e à prestação jurisdicional: desafios e possibilidades de implementação plena da LAI".

Assim, diante da necessidade de melhor compreender os problemas na aplicação da LAI, no âmbito da Administração Pública, se impõe a seguinte problematização: "**A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADANIA**, essencial à garantia dos direitos humanos e à uma efetiva prestação jurisdicional? "

A análise do tema proposto perpassa pela reflexão sobre o direito de acesso à informação como fator de cidadania e de tratamento igualitário, tendo em vista o seu caráter de direito fundamental e de um direito humano essencial à vida em sociedade.

A proposta de pesquisa apresentada ao estabelecer um recorte espacial bem delimitado, tendo como espaço institucional a Administração Pública como órgãos agentes da promoção e efetivação do direito de acesso à informação, se impõe como estudo essencial ao aperfeiçoamento teórico, institucional, profissional e sobretudo meio capaz de criação e aperfeiçoamento de mecanismos de efetividade plena do direito de acesso à informação, vindo a servir de paradigma a outras instituições e órgãos públicos e privados submetido às normas estabelecidas pela Lei de Acesso à Informação.

Diante do problema apresentado e da pesquisa aqui proposta o que se busca é uma compreensão de natureza complexa, no sentido de se perceber o problema na sua completude, a fim de se construir uma nova dimensão prática que transforme a cultura da desinformação vigente em uma nova realidade de acessibilidade à informação, dando a devida concretude a esse direito fundamental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Lei de Acesso à Informação – LAI, Lei n.º 12.527 de 18 de novembro de 2011, é um importante intrumento de controle social, que torna transparente e acessível ao cidadão as informações relativas à execução das competências e atribuições dos entes estatais, no âmbito de todos os poderes do Estado (TELES, 2014, p.30).

Corresponde a um tipo de governança, relevante para uma gestão com maior participação da sociedade nas demandas sociais e transforma-se num instrumento de controle da corrupção e dos desvios de finalidade da Administração Pública, objetivando o fortalecimento da participação popular, da cidadania e da garantia dos direitos fundamentais.

Igualmente, reflete um instrumento de consolidação da democracia participativa ao passo que oportuniza ao cidadão o exercício do direito a participação popular, tendo em vista que a sua efetivação produz um *feedback* para a discussão e a implentação de políticas públicas voltadas a uma gestão participativa e em defesa dos direitos humanos, bem como, a uma maior compreensão da realidade sócio-econômico-cultural decorrente das informações obtidas sobre si e aquelas de interesse público e coletivo.

Entretanto, por vezes, extrair tais informações, mesmo com o advento da norma pertinente, não é uma tarefa fácil, pois a própria Administração Pública que a criou tem dificuldades de executá-la plenamente, necessitando, assim, realizar alguns ajustes para amenizar as suas dificuldades de adaptação (TELES, 2014, p. 30).

Nesse sentido, os obstáculos na implantação e efetivação no cumprimento da LAI dificultam o seu cumprimento, restringindo, com isso, os direitos dos cidadãos e a ampla participação da sociedade na Administração Pública, causando o efeito inverso do que pretende as normas contidas na Constituição da República Federativa do Brasil- CRFB, *in verbis*:

> [...] Art. 5º, inciso 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.
>
> Art. 216 - § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Como visto, a CRFB deu o alicerce para que os cidadãos tivessem voz e novos direitos fossem incorporados à vida política do país. Gradualmente, o controle sob a Administração Pública ganhou corpo através de órgãos de fiscalização como Ministério Público- MP, Tribunal de Contas da União- TCU, Controladoria Geral da União- CGU e posteriormente Policial Federal- PF, possibilitando, com isso, uma maior democratização das informações e maior transparência no trato da coisa pública. (ABRUCIO, 2012).

O papel do Estado é o de protagonista. O que requer atitude proativa no sentido de incrementar políticas públicas voltadas ao enfrentamento de desafios e soluções criativas para lidar num contexto de altas incertezas e de fazer acontecer e apresentar soluções para os problemas de acesso à informação, o que acaba consequentemente refletindo no acesso à justiça, um Estado a serviço da população em geral e não apenas de pequenos grupos sociais.

Conforme Teles (2014):

> Mesmo com pontos importantes a serem corrigidos para sua eficácia plena, a Lei de Acesso a Informação brasileira é considerada a 15ª melhor legislação do mundo no Ranking Global de Direito à Informação. Merece, portanto, um estudo que ajude a esclarecer porque umas das leis de acesso à informação, considerada como uma das melhores no mundo possui problemas em sua aplicação?

3.O ACESSO À INFORMAÇÃO E O DIREITO À CIDADANIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O acesso a obtenção de informações de órgãos públicos, de interesse particular, coletivo ou geral, foi elencado na CRFB como um dos direitos fundamentais assegurados à pessoa humana. Tal direito, para além de constituir um direito fundamental da pessoa, é corolário do princípio democrático e representa igualmente um dos aspectos para a concretização do princípio da publicidade na Administração Pública[3] e do acesso à justiça.

O princípio democrático previsto na CRFB, combina não somente o regime de democracia representativa, em que se desenvolvem a cidadania e as questões de representatividade, mas também, o regime de democracia participativa (SILVA, 2014, p. 681), pela participação direta nas questões relacionadas à coisa pública.

A participação direta das pessoas em questões relacionadas à Administração Pública, é fundamental para que possa ser assegurado ao indivíduo uma existência digna. Hanna Arendt explica que a condição humana compreende algo a mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem, pois, como um ser condicionado, ele sofre repercussão de tudo aquilo com o que entra em contato, tornando uma condição de sua existência. Tudo que é produzido pela atividade humana acaba sendo condicionado pelo fato de que os homens vivem juntos, em sociedade (ARENDT, 2001, p. 32-33).

Assim sendo, cada homem, além de sua vida privada possui uma vida em seu meio social. Neste sentido, ter uma vida no meio social de forma ativa e participativa implica em exercer a liberdade pública de participação democrática (ARENDT, 2001, p. 350).

A CRFB cumpre, reconhecidamente, a função de declarar os direitos fundamentais[4], a qual é imprescindível para a realização material e espiritual da pessoa humana e para o amadurecimento da cultura democrática, contudo, para além da função de declarar, é essencial a instituição de garantias a fim de que esses direitos sejam assegurados no plano prático (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 622).

Para uma democracia mais eficiente, no tocante à prevenção da corrupção e do desrespeito aos direitos fundamentais é preciso dirigir-se para além do campo teórico até a promoção de ações que combatam as diferenças.

Segundo Paulo Freire (2011, p. 29), somente quando os oprimidos descobrem o opressor e se engajam numa luta organizada para sua libertação é que começam a crer em si mesmos e superam a conivência com o regime opressor. Desta feita, o conhecimento libertador e o diálogo crítico, associados a sério empenho de reflexão crítica, direcionam a uma prática efetiva na busca da libertação e transformação social (FREIRE, 2011, p. 29).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, o acesso à informação através dos órgãos públicos representa um mecanismo não somente de tomar conhecimento se as expectativas da população são contempladas pelas ações da Administração Pública, mas também, um meio efetivo de promover a educação para o pleno exercício da cidadania.

O descumprimento pela Administração Pública do pleno direito de acesso às informações detidas por órgãos públicos, além de constituir per si a inefetividade de um direito fundamental, contribui para a geração de um estado de desconhecimento da coisa pública impedindo a efetivação de outros direitos igualmente fundamentais.

Impedir ou dificultar o cidadão de lutar pela igualdade e defesa dos seus direitos fundamentais, por meio de qualquer restrição ao direito de acesso à informação, afasta o discurso teórico de plena eficacia dos direitos fundamentais e da defesa da dignidade da pessoa humana, da real efetivação dos direitos estabelecidos na CRFB e nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é signatário.

O acesso à informação é corolário do princípio da publicidade, expressado no art. 37 da CRFB, que exige uma atividade administrativa transparente para que o administrado tome conhecimento dos comportamentos administrativos do Estado (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 917).

O próprio exercício das atribuições dos órgãos que integram o Poder Judiciário, demanda o cumprimento desse princípio para que atenda eficazmente o direito de acesso à justiça, numa convivência harmoniosa entre o desenvolvimento social do Estado e o respeito à dignidade da pessoa humana, mediante a concretização dos direitos fundamentais contidos na CRFB, particularmente, sobre a participação da sociedade na Administração Pública.

Um relevante empecilho para o atendimento desse princípio é a cultura do sigilo, ainda marcante nas organizações públicas, dificultando o acesso à informação pela sociedade, em que muitos agentes públicos restringem as informações para seu uso, utilizando-a como fonte de poder (GOMES *et all*, 2016, p. 18).

A Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527/2011, além de possibilitar a efetividade de um direito fundamental, encontra-se em consonância absoluta com os princípios da Administração Pública, especialmente a publicidade e a legalidade.

A capacitação dos servidores públicos envolvidos diretamente e indiretamente no tratamento da informação é fundamental para o processo de implementação e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

efetivação da cultura do acesso, independentemente da área de atuação dentro da Administração Pública (SEABRA *et all*, 2013, p. 06).

No âmbito do Poder Judiciário, gestores dos seus órgãos devem primar pela melhoria da estrutura organizacional e a capacitação de pessoas para um pronto e bom atendimento ao cidadão, com a melhoria da gestão documental das ouvidorias, através da atualização das Resoluções que regulam o funcionamento, adequando as novas exigências contidas na Resolução CNJ nº 215, de 16/12/2015 e alterações contidas posteriormente nas Resoluções CNJ 260 e 265 (FERREIRA, 2017).

O acesso à informação no âmbito do Judiciário ainda repercute sobre uma garantia constitucional muito cara, que é a do acesso à justiça. Sendo assim, a investigação sobre o tema objetiva tornar reluzente o verdadeiro papel da prestação jurisdicional das Ouvidorias, qual seja o de garantir a tutela e a efetivação do direito de acesso à justiça, de forma isonômica, célere e efetiva, isto é, garantir a eficácia dos direitos fundamentais insculpidos na CRFB.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho sob o título: **"A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADANIA"**, buscou apontar o seguinte questionamento: "considerando a necessidade de implementação plena da Lei de Acesso à Informação – LAI, no âmbito do Poder Judiciário, quais desafios devem ser superados a fim de se criar novos e aperfeiçoar os instrumentos já utilizados para o acesso à informação, essencial à garantia dos direitos humanos e à uma efetiva prestação jurisdicional? "

O trabalho em seu primeiro capítulo analisou questões relativas à LAI como instrumento de efetivação da participação da sociedade nas demandas sociais e de controle da corrupção e dos desvios de finalidade da Administração Pública, objetivando o fortalecimento da democracia através da participação popular, da cidadania e da garantia dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo foram apresentados os argumentos quanto ao acesso à informação através dos órgãos públicos como um meio efetivo de promover a educação para o pleno exercício da cidadania, fundado no respeito à dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.

Portanto, o acesso à informação tem status de direito fundamental, tendo em vista que sua efetivação garante os direitos fundamentais, atende aos princípios da publicidade e da legalidade, garante a tutela e o acesso à justiça e a isonomia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, Hanna Arendt em sua obra A Condição Humana afirma que tudo aquilo que vem a público, pode ser visto e ouvido por todos e tem maior visibilidade possível, enquanto que o privado, sem acesso à informação causa total ausência de liberdade e desigualdades. Na medida que o homem esteja privado, sem acesso à informação é como se não existisse, desumanizado, porque não se dá a conhecer.

Assim como, essa privação causa opressão às minorias, porque dificulta a participação e emancipação da sociedade, bem como é uma ausência de direitos humanos.

Continua a autora: a natalidade no sentido político é uma condição para a ação, quando permite a renovação de ideias no contexto público, significa novas iniciativas, novas propostas, o nascimento de algo novo, através do diálogo e do debate crítico.

Ainda, destaca que a ditadura apresenta uma estrutura de banimento dos cidadãos da esfera pública, estes devem dedicar-se aos assuntos privados, enquanto o ditador ocupa-se dos negócios públicos. Em sua obra Hannah utiliza a metáfora da luz: "No privado a existência se encontra como que na penumbra, na treva. Todavia, na medida em que vem a público uma luz intensa ilumina os acontecimentos. Fica bastante claro o significado da transparência e do acesso à informação, no tocante à esfera pública, ou seja, a esfera das relações onde o homem pode aparecer, manifestar-se, ser conhecido.

Igualmente, Paulo Freire, destaca em sua obra Pedagogia do Oprimido que informação é poder e instrumento de controle social: "Somente quando os oprimidos descobrem, nitidamente, o opressor, e se engajam na luta organizada por sua libertação, começam a crer em si mesmos, superando, assim sua "convivência" com o regime opressor (pg. 29).

Igualmente, cita também em sua obra que informação é poder e instrumento de controle social, nesse contexto, a liberdade e a transformação social somente é possível através da busca do acesso à informação, do acesso ao conhecimento e da busca pela liberdade.

Nesse contexto, a liberdade e a transformação social somente é possível através da busca do acesso à informação, do diálogo, do conhecimento e reflexão do cidadão quanto ao conhecimento de sua realidade social, sobre o acesso ao conhecimento como elemento da produção da liberdade, associado à educação que também fundamenta o direito de acesso à informação e de participação democrática.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No mesmo sentido, a questão do homem privado do acesso à informação, como se não existisse, desumanizado, como um ser desprovido de direitos humanos.

Dessa forma, a dificuldade de acesso à informação torna ineficaz a efetivação dos direitos fundamentais, impede a participação popular na administração pública, impede a efetivação de outros direitos consignados na nossa carta magna: a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a publicidade dos atos administrativos da gestão pública, ou seja, a cultura do sigilo, do privado é um entrave ao acesso à justiça, o que pode acarretar um forte controle social se for usado como fonte de poder.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando. **A Lei de Acesso à Informação e Cidadania**. Revista Época, jun/2012. Disponível em: http://revistaepoca.globo.com/opiniao/fernando-abrucio/noticia/2012/06/lei-de-acesso-informacao-e-cidadania.html**.** Acesso em: 28 out 2018**.**

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1998**. Disponível em: http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 27 Out 2018.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. **A lei de acesso à informação e o exercício da cidadania**. Palmas: Tribunal Regional Eleitoral, 2018. 32p.

CUNHA JUNIOR, Dirley da.**Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERREIRA, José Otávio de Souza. **Ouvidorias de justiça e Lei de Acesso à informação: a experiência das ouvidorias da Justiça do Trabalho**. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas *et al.* (Coord.). *Ouvidorias de Justiça, Trasnparência e Lei de Acesso à informação:* direito de todos. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 181-196.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 50. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2011.

GOMES, Simone Regina Luiz; MARQUES, Rodrigo Moreno; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. **A cultura organizacional e os desafios da Lei de Acesso à Informação nas**

instituições públicas brasileiras. *Revista Ágora: Políticas públicas, comunicação e governança informa- cional.* Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 4-25, jan. /jun. 2016.

SEABRA, Sérgio Nogueira, CAPANEMA, Renato de Oliveira e outros. **Lei de acesso à Informação: uma análise dos fatores de sucesso da experiência do Poder Executivo Federal.** Disponível em: http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/ministro/artigos/artigos-de-outros-dirigentes/artigo_201307_seabra-capanema-figueiredo_revistaadministracaomunicipal.pdf **.** Acesso em: 28 out 2018.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

TELES, Joice Carvalho Brito. **Problemas de adaptação à lei de acesso à informação.** Disponível em: https://www.uninter.com/revistaorganizacaosistemica/index.php/cadernogestaopublica/article/view/299. Acesso em: 28 out 2018.

NOTAS:

[1] Luiz Rodrigues Araújo Filho, Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (UCB), Especialista em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins (UNITINS), Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins, graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Professor Mestre da Faculdade Serra do Carmo. E-mail: adv.luiz@uol.com.br

[2] No presente Projeto ao se referir à Lei n.º 12.527/2011, esta será denominada LAI – Lei de Acesso à Informação.

[3] 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. [...] § 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.

[4] Art.220 - caput - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

www.conteudojuridico.com.br

PRÁTICAS RESTAURATIVAS COMO FERRAMENTA DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO DOS CONFLITOS ESCOLARES

ARLIR RODRIGUES BEZERRA: Graduando do nono período do Curso de Direito da Faculdade Unicatólica do Tocantins.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS[1]

"Apenas na escuridão você pode ver as estrelas." Martin Luther King Júnior.

RESUMO: Este estudo é dedicado à Justiça Restaurativa, em especial, às Práticas Restaurativas como Ferramentas de Prevenção e Enfrentamento dos Conflitos Escolares. Trata ainda de sua aplicação no sistema penal brasileiro, como alternativa ao atual sistema de resolução de conflitos, que não oferece condições suficientes de ressocialização para o infrator e muito menos para a vítima. Partindo desse princípio, as ferramentas de Justiça Restaurativa objetivam atender às necessidades não supridas pelo processo legal. Através desse olhar, é importante incutir em cada comunidade escolar a necessidade de envolver a sociedade na resolução de seus próprios problemas e conflitos, para que juntos encontrem as melhores saídas para reduzir a intervenção estatal. A pesquisa trata também das práticas circulares e como sua visão abrangente têm construído a paz de maneira dinâmica e possibilitado a aplicação do Direito sob um olhar humanizado, que serve como base para a resolução de conflitos. O trabalho contextualiza a Justiça Restaurativa nas escolas a partir de exemplos de alguns Estados, como Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo, além do Distrito Federal, que passaram a ser referência em todo o Brasil.

Palavras-Chave: Comunidade Escolar; Cultura de Paz; Justiça Restaurativa; Práticas Restaurativas.

Sumário: Introdução. 1. A violência nas escolas. 2. Justiça Restaurativa como Mudança do Paradigma de Enfrentamento dos Conflitos Escolares. 3. Práticas Restaurativas como Ferramenta de Enfrentamento dos Conflitos Escolares. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa parte do princípio de que a humanidade está em estado permanente de mudanças, adaptando-se ao constante vir a ser. Desde o início, houve muitos desvios de conduta que ficaram conhecidos como concupiscência

social. Através desses caminhos não virtuosos é que aconteceram os vários delitos culposos e danosos que chegaram até os dias atuais.

Sabe-se que a violência nas escolas é uma situação grave, que aumenta e preocupa a comunidade escolar, pesquisadores e a sociedade, no mundo inteiro. Pelos meios de comunicação, chegam notícias de agressões físicas entre alunos ou praticadas por estes em relação aos professores e/ou funcionários da escola.

É a partir dessas manifestações sociais que a pesquisa discorrerá sobre as boas práticas de justiça restaurativa, capazes de colaborar com o enfrentamento dos conflitos em comunidades escolares.

Neste sentido, justifica Howard Zehr que:

> A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência da justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isso por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça. (2008, P. 191)

A construção de uma comunidade se dá, simultaneamente, pelo desejo que brota da individualidade e pela coletividade, que faz nascer uma ideia a partir de uma necessidade. Quando Platão (428/427 a.C - 348/347 a.C) relatou o mito da caverna, teve como intuito libertar o homem primitivo das amarras que o escravizavam. O indivíduo que fica escravo de suas próprias ideias não consegue sair do seu casulo e pode causar prejuízos à coletividade que o cerca.

A proposta deste estudo sobre práticas restaurativas não é diagnosticar os conflitos que existem em comunidades escolares e na sociedade em geral, mas sim, tratar dos seguintes itens: As violências nas escolas; Justiça restaurativa como mudança do paradigma de enfrentamento dos conflitos escolares; e Práticas restaurativas como ferramenta de enfrentamento dos conflitos escolares.

Consequentemente, a pesquisa vai elucidar exemplos de iniciativas que surgiram nessa linha de projeto e que se propuseram a intervir nas questões relativas à violência na escola, considerando que: a violência na escola emerge situações de conflito interpessoais/institucionais; está presente nas relações da comunidade escolar e nas desta com a comunidade onde se situa (agentes externos de violência);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e pode variar de transgressões às normas disciplinares a agressões graves, inclusive as situações chamadas de incivilidades ou *bullying*. Por fim, a violência costuma estar atravessada por questões coletivas, nos contextos religioso, social, político, econômica e cultural.

Feitas essas considerações, este estudo se propõe a refletir como as práticas restaurativas podem oferecer à Justiça formas alternativas e complementares de lidar com as violências na escola, levando em conta a dimensão coletiva e sua capacidade de resolução. Conflitos sempre existiram e pode-se afirmar que eles expressam as relações interpessoais de forma natural, conforme explica Chrispino:

> O conflito é, pois, parte integrante da vida e da atividade social, quer contemporânea, quer antiga. (...) se origina da diferença de interesses, de desejos e de aspirações. Percebe-se que não existe aqui a noção estrita de erro e acerto, mas de posições que são defendidas frente a outras, diferentes. (...) O conflito pode ocorrer entre duas ou mais pessoas, entre pessoas e grupos, entre grupos, entre pessoas e organizações, entre grupo e organizações. (...) Podemos dizer que o conflito faz parte do processo comum de interação de uma sociedade aberta (2002, p. 29-31).

A pesquisa também considera que é preciso superar a crença de que a justiça criminal irá resolver todas as situações conflitivas. Neste sentido, o Direito muitas vezes se apresenta como ferramenta de controle social, que nem sempre é a melhor saída. A prática restaurativa, por sua vez, traz um novo olhar sobre a maneira de enfrentar o conflito, sobretudo quando há o diálogo coletivo e imparcial entre ofensor e ofendido.

Nesta direção, a pesquisa demonstrará que tanto o Estado quanto o indivíduo podem auferir vantagens quando compreenderem que a aplicação das práticas restaurativas carrega consigo valores que passam pela via da paz e do amor.

1.A VIOLÊNCIA NAS ESCOLAS

Partindo do princípio de que a escola é segunda casa da comunidade que a integra, é de se destacar todo o esforço de seus integrantes em mostrar o valor do resgate a vidas que estão à berlinda da sociedade, como famílias que perderam seus referenciais culturais, éticos e morais.

Por outro lado, corre-se o risco de que a escola estabeleça uma ordem que não aceita as diferenças e impõe uma homogeneização desnecessária, que pode desencadear revoltas que se manifestam de diversas formas. A este respeito, explica Áurea Guimarães:

> Se a violência é fonte de vida, e se manifesta de várias maneiras, então não é possível analisá-la de um único modo. A pluralidade da violência indica a polissemia do fato social (1990, p. 9).

Também pode-se incorrer que a violência esteja ligada somente à pobreza, ao mesmo tempo em que se esquece que isso não é via de regra, uma vez que existem outros elementos que influem nessa situação, como ressalta Charlot:

> É um erro desconhecer a importância da pobreza e das estruturas sociais no nascimento e desenrolamento dos atos violentos, mas é também um erro supor que o peso desses elementos macrossociais seja sempre igual e é um abuso transformar elementos da situação em determinantes, muito mais em determinantes de "a" violência, como se houvesse uma espécie genérica, "a" violência, cujos fenômenos agrupados sob essa etiqueta fossem apenas variedades (2006, p. 22)

É preciso considerar ainda que o combate à violência escolar passa pela necessidade de superar realidades conflitantes entre si: de um lado, a pouca aceitabilidade dos alunos em relação às normas estabelecidas pela instituição escolar; e do outro, a dificuldade de professores e gestores em fazer valer a disciplina. A este respeito, o autor Nelson Pedro Silva faz associações que trazem em si características de conflitos geracionais.

> A escolarização formal encontra-se igualmente em crise. As crianças e os adolescentes mostram-se, por um lado, pouco acostumados a vivenciar e a respeitar os limites que visam a assegurar a sobrevivência de si e a do grupo no qual estão inseridos. Os educadores, por outro lado, não sabem como agir. As sanções (punições), em outros tempos utilizadas por eles, não são mais aceitas e, mesmo quando são aplicadas, parecem ser ineficientes (PEDRO-SILVA, 2014, p.16).

Há de se cuidar também para que não haja generalização quanto à definição do termo violência, conforme esclarece Charlot:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Se, como pesquisador envolvido na questão da educação, tivesse que propor uma definição da violência, proporia a seguinte: Violência é o nome que se dá a um ato, uma palavra, uma situação, etc., em que um ser humano é tratado como um objeto, sendo negados seus direitos e sua dignidade de ser humano, de membro de uma sociedade, de sujeito insubstituível (2006, p. 24-25).

Fica esclarecido ainda que, segundo o pensamento de Debarbieux (2002) e Charlot (2006), é possível considerar três tipos de violência em relação ao ambiente escolar: a violência "na" escola, violência "à" escola e violência"da" escola.

No primeiro caso, trata-se de uma violência que acontece dentro da escola, mas que está ligada a uma ocorrência externa. Em linguagem coloquial, é a violência que vem de fora para a escola.

Segundo Charlot , a violência "na" escola:

> [...] se produz dentro do espaço escolar, sem estar ligada à natureza e às atividades da instituição escolar: quando um bando entra na escola para acertar contas das disputas que são as do bairro, a escola é apenas o lugar de uma violência que teria podido acontecer em qualquer outro local. Pode-se, contudo, perguntar-se porque a escola, hoje, não está mais ao abrigo de violências que outrora se detinham nas portas da escola (2006, p. 434).

Quanto a violência "à" escola, vale ressaltar que esta é relacionada a fatores institucionais, como por exemplo: a depredação ou a prática de atos violentos contra os que representam a escola, como os professores ou a equipe pedagógica.

Outro fator que deve ficar em evidência nesta pesquisa é a comunidade escolar, que termina sendo "escolhida" por alguns alunos simplesmente para ser "foco" de variados tipos de violência. Estas manifestações agressivas, portanto, comumente estão ligadas à comunidade escolar.

Diante dessa premissa, explica Charlot:

> Sendo assim, claro que sempre é possível encontrar um argumento para defender a tese de que a violência tem fontes nas estruturas sociais ou, pelo contrário, que se enraíza nas interações e situações contextualizadas. Mas o que importa, na

> verdade, não é rotular o fenômeno, é melhor entender como as fontes ditas externas e internas se articulam em casos concretos (2006, p. 20).

Jamais se pode negligenciar ou banalizar a violência. Pelo contrário: há a necessidade de saber as suas causas e efeitos em relação aos alunos que apresentam comportamento agressivo. Sobre isso, Carlos Gadea afirma que:

> Tudo parece indicar que há um evidente deslocamento no objeto a ser analisado: não é mais compreendendo o movimento social que saberemos frente a que definições de situações de conflituosidade nos deparamos, mas sim conhecendo mais sobre a forma do estabelecimento de cenários de conflituosidade é que se poderá compreender o sentido de uma experiência coletiva de conflito. (2011, p. 77)

Acredita-se que a causa da violência venha a ser o conjunto de desequilíbrios e inadequações instituídas através de normas. Nesse aspecto, é necessário destacar as pesquisas de Áurea Guimarães (1990), realizadas na década de 1990 em comunidades escolares da cidade de Campinas (SP). O estudo demonstrou a dificuldade encontrada por diretores em gerir bem a escola, tanto junto ao corpo docente quanto discente. Fica claro na abordagem da autora que os diretores se ocupam apenas de assegurar o cumprimento de normas, deixando de lado o foco no trabalho pedagógico.

Diante dessa reflexão, afirma a autora que:

> Os professores, ao amedrontar os alunos, não impedem os conflitos e acabam transformando-os em outra força de coerção homogeneizadora, através da qual todos ficam quietos; mas essa aparente passividade tem uma dinâmica que pode minar as possibilidades de uma solidariedade interna (GUIMARÃES, 1990, p. 204).

Desse modo, mais uma vez a falta de significação institucional está alicerçada primordialmente a um disciplinamento inadequado e com práticas antidemocráticas na escola, que só tendem a prejudicar crianças, jovens, adultos, famílias e o meio social em que vivem.

E quando é possível analisar a violência escolar sob esse prisma, é sinal de que ainda há muito a se fazer para que o mundo seja mais humanitário, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

educação de qualidade e sem violências. A respeito disso, vale destacar o que diz Éric Debarbieux:

> As vítimas desses pequenos delitos são deixadas com uma impressão geral de desordem e de violência num mundo mal regulamentado. O modelo psicossociológico da insegurança como "fantasia" é assim colocado em questão: longe de ser uma preocupação injustificada num período de rarefação do crime, a insegurança vincula-se a microvitimizações que não são passíveis de serem tratadas pelas autoridades públicas, em razão do seu número (2002, p. 27 – 28).

Por essas e outras razões, incute-se a olhar os vários tipos de violências aqui elencados como parte do dia a dia da escola. E ao mesmo tempo, uma realidade imanente que tem acesso livre a todos os jovens nessa fase do conhecimento.

2.JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MUDANÇA DO PARADIGMA DE ENFRENTAMENTO DOS CONFLITOS ESCOLARES

Quanto mais se mergulha na temática da Justiça Restaurativa (JR), mais se vê a necessidade mudar paradigmas em relação à solução de conflitos escolares, especificamente, a dificuldade de superar a visão punitiva atrelada aos atos danosos. Por isso, a JR tem sido adotada como prática há apenas poucos anos, em um processo tão lento quanto a discussão sobre a reinserção de delituosos na sociedade. E com isso, não se está pedindo que a Justiça Restaurativa substitua a retributiva em todas as situações, mas sim que a complemente, conforme apontam Santos e Gomide:

> O processo restaurativo é complementar, e não excludente ao retributivo, isto é, deve-se salientar que, atualmente, a proposta do modelo restaurativo não é a de substituir o procedimento retributivo, mas de trabalhar junto a ele (SANTOS; GOMIDE, 2014, p. 23)

É importante enfatizar que não se pode simplesmente impor este tipo de ação, muito porque no âmbito social a restauração não é vista como algo bom e necessário. Desse modo, vale a pena refletir sobre o caráter ético da Justiça Restaurativa abordado por Mullet e Amstutz em sua obra Disciplina Restaurativa para Escolas, na qual apontam que ela:

> Promove valores e princípios que utilizam abordagens inclusivas e solidárias para a convivência. Essas abordagens

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> legitimam as experiências e necessidades de todos da comunidade, especialmente daqueles que foram marginalizados, oprimidos, ou vítimas de violência. Essas abordagens nos permitem agir e reagir de forma a restabelecer o outro, ao invés de alienar e coibi-lo (2012, p. 34)

Segundo Siqueira Neto, em seu livro Justiça Restaurativa em Ação – Práticas e Reflexões:

> A Justiça Restaurativa tem trazido mudanças paradigmáticas aos sistemas onde é aplicada porque revoluciona a forma de gerenciamento de conflitos, transformando as relações de resistência e litígios em práticas dialógicas e processos cooperativos (2014, p. 24)

A Resolução 12/2002 de 24 julho de 2002, da Organização das Nações Unidas (ONU), define a justiça restaurativa como "um processo através do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa reúnem-se para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro".

Para Leonardo Sica (2007), a justiça restaurativa e a mediação de conflitos traduzem conceitos "quase anárquicos, abertos, flexíveis, polissêmicos e multifuncionais" (p.19), ou melhor, conceitos que geram múltiplas possibilidades, dentre as quais a participação, o comprometimento e o empoderamento de todos os atores envolvidos em uma circunstância danosa, inclusive os membros da comunidade.

Dessa maneira, fica entendido que a justiça restaurativa é uma das práticas sociais que oferecem o mínimo de justiça que uma sociedade pode ou deve exigir: liberdade, igualdade, diálogo e respeito, estimulando o convite para a ética civil e a articulação do justo e do bom, sendo Justo compreendido como algo que deve ser e que, não o sendo, coloca a pessoa em nível inferior ao da estatura moral que requer a dignidade humana. E o Bom, entendido como algo que causa a felicidade e proporciona a autorrealização pelo alcance dos ideais de uma vida digna. Por fim a felicidade, cujo convite, quando aceito, facilita a realização subjetiva, pessoal e intransferível resultante da adoção desse modelo como norteador da conduta pessoal (ANDRADE, 2010).

A partir dessa visão filosófica e jurídica, há a possibilidade de lançar um olhar sobre a Justiça Restaurativa na polis e suas consequências. E entender o quanto ela está integralmente presente na família, alunos, professores, comunidades escolares

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e na formação integral do ser humano. Com base nesta afirmação, explica Gomes Pinto:

> A partir desse princípio pode-se dizer que é possível acontecer e trabalhar a justiça restaurativa no Brasil. Para isso, é importante conceituar: o que é justiça restaurativa? Praticamente, baseia-se num procedimento de consenso em que vítima e infrator, e também, outras pessoas ou membros da comunidade, encontram-se prejudicados pelo crime, e como sendo sujeitos centrais possam participar coletivamente e afetivamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Na verdade, a justiça restaurativa propõe não somente restaurar, é mais do que isso. Ela nos ajuda não somente entender o que é, mas vivenciar uma prática restaurativa baseada na participação estritamente voluntária, informal e direcionada preferencialmente em espaços comunitários (2005, p. 20).

Ainda de acordo com o autor, é importante ressaltar que o paradigma restaurativo vai além do procedimento dos juizados especiais para "resgatar a convivência pacífica no ambiente afetado pelo crime, em especial naquelas situações em que o ofensor e a vítima tem uma convivência próxima" (Gomes Pinto, 2005, p. 20). Diante dessa realidade, o Juiz Asiel Henrique de Sousa, num estudo preliminar para a implantação de um projeto piloto em Brasília, no Núcleo Bandeirante 2, em suas anotações ainda não publicadas, acrescenta que:

> Em delitos envolvendo violência doméstica, relações de vizinhança, no ambiente escolar ou na ofensa à honra, por exemplo, mais importante do que uma punição é a adoção de medidas que impeçam a instauração de um estado de beligerância e a consequente agravação do conflito" (GOMES PINTO, 2005 p. 20).

São estes, inclusive, alguns dos desafios que o público jovem enfrenta na sua trajetória psíquico humano-afetiva. Quando o sistema judiciário entender que o ser humano não é uma máquina inanimada, tornar-se-á possível sanar os conflitos existentes na vida de muitas crianças e adolescentes que vivem sem vez e voz na sociedade. Enquanto houver um pensamento altruísta excludente e individualista, no qual se ouve quase sempre "manda quem pode e obedece quem tem juízo", jamais se chegará a uma prática restaurativa como estratégia de soluções de conflitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A respeito disso, afirma Marshall Rosenberg:

> A não violência não é uma estratégia que se possa utilizar hoje e descartar amanhã, nem é algo que nos torne dóceis ou facilmente influenciáveis. Trata-se, isto sim, de inculcar atitudes positivas em lugar das atitudes negativas que nos dominam. Tudo que fazem é condicionado por motivações egoístas (Que vantagem eu levo nisso?), e essa constatação se revela ainda mais verdadeira numa sociedade esmagadoramente materialista que prospera com base num duro individualismo (ROSENBERG, 2006, p.15)

Frente a esse contexto, questiona-se: de que maneira a prática restaurativa pode ser empregada para a prevenção de conflitos em comunidades escolares? Diante de qualquer abordagem a respeito da Justiça Restaurativa, vale ressaltar que a resolução dos conflitos penais se dá através do diálogo, propiciando às partes envolvidas e à comunidade diretamente interessada adotar a decisão que aparentar ser a mais adequada ao caso.

As primeiras práticas de justiça restaurativa foram apresentadas ao povo de diversas maneiras. Em alguns momentos, recorreu-se à ancestralidade, por meio dos antepassados. Em outros, as práticas comunitárias, por serem similares às práticas restaurativas, são defendidas como sendo a sua origem e inspiração (JACCOUD, 2005). O que é importante perceber diante dessas afirmativas é que todas tem um eixo comum: a busca da legitimação de práticas restaurativas.

Para entender melhor o modelo de justiça restaurativa, a coletânea de artigos de FAGET (1997, p. 164) sustenta três fatores que muito colaboraram para o seu aparecimento nas sociedades ocidentais contemporâneas, sendo: 1) contestação das instituições repressivas; 2) descoberta da vítima; e 3) exaltação da comunidade. Ainda de acordo com o autor, estes movimentos de contestação das instituições repressivas não apareceram do nada; surgiram nas universidades americanas, com ênfase nos trabalhos da escola de Chicago, bem como os de criminologia radical na Universidade de Berkeley, na Califórnia, que por sinal criticavam profundamente as instituições repressivas, destacando principalmente seu papel no processo de definição do criminoso.

Alguns movimentos surgiram motivados por esse desejo de mudanças. Por exemplo: nos Estados Unidos, os Quakers e os Mennonites unem-se à corrente da esquerda radical para contestar o papel e os efeitos das instituições repressivas (FAGET, 1997, p.164). Certamente, tomaram força a partir do momento em que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

perceberam que existiam mais pessoas envolvidas nessa causa. Ainda segundo a reflexão de Faget:

> [...] movimento crítico americano encontra eco na Europa, onde os trabalhos de Michel Foucault (Surveiller et punir: naissance de la prison, 1975), Françoise Castel, Robert Castel e Anne Lovell (La société psychiatrique avancée: le modèle américain,1979), Nils Christie (Limits to Pain, 1981) e Louk Hulsman (Peines perdues: le système pénal en question, 1982) nutrem a reflexão e o desenvolvimento de um movimento que recomenda o recurso para uma justiça diferente, humanista e não punitiva (1997, p. 65).

Já quase no final da Segunda Guerra Mundial surge e se desenvolve um discurso de cunho científico sobre as vítimas: a vitimologia, conhecimento focado na pura tradição positivista, que caracteriza a criminologia da época ao se preocupar com as razões da vitimização, que tenta identificar os fatores que predispõem os indivíduos a tornarem-se vítimas. São estes – os lobbys vitimistas ligados e apoiados pelos sábios discursos sobre a vítima – que vão sensibilizar profundamente os críticos teóricos do modelo retributivo para as necessidades, mas sobretudo para a ausência da vítima no processo penal. Vale ressaltar ainda que o movimento vitimista inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento (FAGET, 1997, p. 165).

Mesmo assim, é importante lembrar que nas comunidades tradicionais os conflitos eram menos frequentes, menos numerosos e, com certeza, mais administrados entre eles. Isso porque existia a cultura da negociação, que muito contribuiu para o surgimento da Justiça restaurativa (FAGET, 1997, p. 165). Que por sinal, ficou conhecida e denominada como "exaltação da comunidade", sendo este o terceiro e último fator.

Para Howard Zehr (2008, p. 170-171), a Justiça Retributiva trata o crime como uma transgressão contra o Estado, em virtude da desobediência à lei. Por isso, determina a culpa e impõe dor no contexto de disputa entre o transgressor e o Estado, por meio de suas regras sistemáticas. Na justiça restaurativa, por sua vez, o crime é encarado como violação de pessoas, sentimentos e relacionamentos, criando meios que ajudem a corrigir erros. Sob esse prisma, sua prática implica envolvimento entre o receptor, o autor do ato violento e a comunidade, na busca por soluções de reparação, reconciliação e segurança. Consequentemente, a família, os jovens, escola e sociedade são pilares de suma importância na evolução e transformação do adolescente em busca de uma vida íntegra, sem violência e discriminação social.

Antes de dar continuidade, é preciso trazer elementos importantes. Muito do que se busca resolver hoje na vida de um jovem intitulado de mau caráter, possivelmente tem raízes no fato de que o mesmo não tenha sido ajudado na sua formação psíquico humano-afetiva. E essa é uma realidade presente na vida de muitas famílias e instituições voltadas a uma formação humanizada e aberta ao diálogo.

Por isso, é importante entender e propor meios que ajudem a solucionar os conflitos existenciais, que possivelmente foram adquiridos ao longo da vida ou até mesmo no momento da concepção.

Diante desses relatos, é importante compreender o que diz Howard Zehr:

> O crime significa um agravo à vítima, mas poderá também ser um agravo ao ofensor. Muitos crimes nascem de violações. Muitos ofensores foram vítimas de abusos na infância e carecem das habilidades e formação que possibilitariam um emprego e uma vida significativa. Muitos buscam validação e empoderamento. Para eles, o crime é uma forma de gritar por socorro e afirmar sua condição de pessoa. Em parte, prejudicam os outros porque foram prejudicados. E não raro, são prejudicados ainda mais pelo sistema judicial. Tal dimensão nasce, em certa medida, de outras questões da justiça retributiva (ZEHR, 2008, p.171).

A relação psíquico humano-afetiva é de suma importância na vida de professores, alunos, pais e filhos. Um dos pontos relevantes da justiça restaurativa é estabelecer entre esses agentes uma relação integral, baseada no afeto ou afetividade (ABBAGNANO, 1982).

Jamais se pode esquecer que o afeto é um ingrediente primordial em qualquer relação humana e deve estar presente em todas as fases da vida. Ao se analisarem essas relações na atualidade, percebe-se que há um distanciamento da afetividade e uma banalização deste sentimento. E os resultados são visíveis: crianças se tornam verdadeiros "adultos em miniatura", manifestando um comportamento precoce, antissocial e, muitas vezes, agressivo.

A esse respeito observa-se o seguinte, nas palavras de Nicola Abbagnano:

> (*lat.Affectus; ingl.Affection; franc. Afeection; al.Affektion*). Entende-se com esse termo, no uso comum, as emoções positivas que se referem a pessoas e que não tem o caráter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> dominante e totalitário da paixão(v). Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fato ou situações. Os A. constituem aquela classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, parentes), limitada àquela tonalidade indicada com o adjetivo "afetuoso" e que por isso exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. A palavra designa o conjunto de atos ou de atitudes como bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura etc., que, no seu todo podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa "toma cuidado de" ou "nutre solicitude por" uma outra pessoa ou em que esta outra responde, positivamente, ao cuidado ou à solicitude de que foi objeto. O que comumente se chama "necessidade de A." é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas próprias dificuldades, seguindo com olhar benévolo e confiante. Nesse sentido A. não é senão uma das formas de amor(v). (ABBAGNANO, 1982, p. 19-20).

Faz-se necessário saber o quanto é importante a presença de um ambiente agradável e propício ao desenvolvimento do corpo e da alma na vida de um jovem, inserido numa cultura de justiça e paz. Quando se pergunta: de que maneira a justiça restaurativa pode ser empregada como estratégia de prevenção de conflitos em comunidades escolares? – Leva-se a perceber que ela surge não somente para ser um bálsamo paliativo na resolução de conflitos. A respeito disso, também afirma Marshall Rosenberg:

> À medida que a Comunicação não violenta substitui nossos velhos padrões de defesa, recuo ou ataque diante de julgamentos e críticas, vamos percebendo a nós e aos outros, assim como nossas intenções e relacionamentos, por um enfoque novo. A resistência, a postura defensiva e as reações violentas são minimizadas (2006, p.22).

Concretamente, esta fala do autor veio como uma alternativa ao paradigma da Justiça Retributiva tradicional. O seu parecer vivencial passa a fazer parte da sociedade como um grito de socorro, como um remédio para o mal da violência e como uma forma de promover a paz, a dignidade e a restauração das relações. Deve-se refletir e analisar de que não resta dúvida a respeito do fracasso do paradigma retributivo, onde o Estado é o protagonista da ação penal, para a qual se busca um culpado para punir com a aplicação de uma pena que cause sofrimento (ZEHR, 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Acredita-se na proximidade de uma realidade mais justa e fraterna quanto a experiência familiar e escolar. Por isso, é preciso cultivar e vivenciar uma comunicação não violenta. A partir do momento em que a humanidade não precisar da violência, crime, exploração sexual infantil e tantos outros males para sobreviver, haverá a capacidade de entender, com mais clareza, que a comunicação não violenta leva a uma grandeza maior, conforme explica Marshall Rosenberg:

> Para usarmos a CNV, as pessoas com quem estamos nos comunicando não precisam conhecê-la, ou mesmo estar motivadas a se comunicar compassivamente conosco. Se nos ativermos aos princípios da CNV, motivados somente a dar e a receber com compaixão, e fizermos tudo que pudermos para que os outros saibam que esse é nosso único interesse, eles se unirão a nós no processo, e acabaremos conseguindo nos relacionar com compaixão uns com os outros. Não estou dizendo que isso sempre aconteça rapidamente. Afirmo, entretanto, que a compaixão inevitavelmente floresce quando nos mantemos fiéis aos princípios e ao processo da CNV (ROSENBERG, 2008, p. 24).

Como falar em uma Prática de Justiça Restaurativa quando há violação do próprio direito humano? Quando se escuta de muitas vítimas, em especial os jovens, de que as argumentações atuais ainda não são convincentes, é de se ficar estarrecido com o Estado, que tem como responsabilidade objetiva zelar pela pessoa humana. A esse respeito, Cavalieri afirma:

> Independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida no terreno próprio do Direito Público. Chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa (2012, p. 256).

Quanto às queixas relativas ao processo criminal, as argumentações ouvidas são as de que as partes não são escutadas, a dignidade da pessoa humana não é respeitada e o ofensor é desumanizado e tratado como um marginal, independente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do histórico de vida, das violações de direitos já sofridas por ele e dos motivos que o levaram a determinado comportamento. A vítima só é questionada a respeito do fato; o Judiciário não se preocupa com seus sentimentos e necessidades. Quanto à reparação do dano, esta inexiste, visto que a pena é somente uma punição para o comportamento do ofensor, nada representando para a vítima (ZEHR, 2008).

É possível detectar ainda que a vivência da juventude nas camadas periféricas é árdua e difícil: os jovens enfrentam desafios consideráveis. E o mais agravante é que, ao lado de sua condição como jovens, encontra-se a pobreza, ambas interferindo diretamente em sua trajetória de vida e possibilidades. É lamentável dizer, mas é uma corrida constante contra o tempo, um desafio cotidiano para garantir a própria sobrevivência, numa tensão constante entre a busca de gratificação imediata e um possível projeto de futuro.

Numa coletânea de artigos sobre justiça restaurativa nas Escolas, foi publicado um estudo longitudinal nacional de saúde de adolescentes nos Estados Unidos, que confirmou que estudantes que estão conectados à comunidade escolar são menos propensos ao uso de álcool e drogas ilegais, a engravidar, a mostrar comportamento violento ou anticonvencional e, surpreendentemente, a sofrer de angústia emocional:

> A conclusão para a justiça restaurativa é que através da construção da capacidade de estimular relações de companheirismo entre estudantes, as escolas podem abordar os sentimentos de alienação e desesperança que alguns estudantes sentem. A evidência sugere que a base do bem-estar individual, da resiliência, do desenvolvimento social e da cidadania produtiva é nutrir relações positivas dentro da comunidade escolar e da comunidade mais ampla. As teorias que apoiam a prática de justiça restaurativa têm, de diferentes modos, realçado a influência recíproca entre os indivíduos e os grupos na construção de uma cidadania responsável e zelosa (MORRISON, 2005. p.297).

Nessa mesma dimensão, o autor continua a expressar em seu artigo o quanto é importante criar relações interdisciplinares entre família-comunidade, aluno-escola. E nesta visão, o Conselho de Pesquisa Nacional – CPN – recomendou que todos os membros da comunidade escolar estejam atentos, observando e respondendo às ansiedades, angústias, decepções e preocupações dos adolescentes, proporcionando oportunidades e caminhos onde as pessoas jovens sentir-se-ão valorizadas, empoderadas e necessárias. Se o acesso às oportunidades e caminhos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não é criado quando o status de um jovem foi cronicamente ameaçado, eles simplesmente se retirarão ou contra-atacarão. Esta é uma realidade vivenciada *in loco* por muitos jovens espalhados pelo Brasil e que .merece um olhar familiar e escolar mais intenso e corresponsável (MORRISON, 2005, p. 298).

E quanto às práticas restaurativas, vale ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça aprovou em 31 de maio de 2016 a Resolução n° 225/2016, que trata da política criminal da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Essa Resolução apresenta em seu artigo 1º e incisos I e III a ideia de justiça restaurativa, conforme citado por Guilherme Santos em seu livro "Práticas Restaurativas no Judiciário: Institucionalização e lócus de implantação":

> Como corresponsabilidade individual e coletiva, em que o objetivo era entender as estruturas das causas e suas necessidades, visando sempre à reparação do dano e à recomposição das relações interpessoais e sociais, ao envolver a participação direta dos afetados" (SANTOS, 2019).

Observa-se ainda o que relata esta resolução:

> Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:
>
> I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;
>
> III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (BRASIL. Resolução CNJ 225/2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outra fonte de pesquisa indispensável para compreensão da justiça restaurativa é a autora Kay Pranis, que em seus trabalhos propõe criar espaços nos quais as pessoas possam estar em conexão mais amorosa umas com as outras. É através desse alicerce que se tem alavancado o interesse de muitas escolas em desenvolver e construir uma comunidade de paz, por meio do envolvimento de famílias, jovens e professores, como verdadeiras comunidades abertas ao diálogo em prol de um mundo melhor.

Em seu livro – Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção da Paz – Guia do Facilitador –, Kay Pranis deixa claro que o círculo é um processo de diálogo que trabalha de maneira intencional na criação de espaços seguros para dialogar e solucionar problemas muito difíceis ou dolorosos, a fim de melhorar os relacionamentos e resolver diferenças, sejam elas no âmbito familiar, escolar ou social. Estes círculos procuram encontrar soluções que sirvam para cada membro participante. E o mais importante sentir e perceber é que cada integrante do círculo tem igual valor e dignidade. Ou seja, todos são importantes com seus dons recebidos, uma vez que podem oferecê-los como busca de soluções conflitivas (PRANIS, 2011).

Portanto, ao falar de uma cultura de paz focada no cotidiano escolar e na vida familiar dos adolescentes, revela-se a necessidade da compaixão em suas vidas, um fluxo entre eles e os outros com base numa entrega mútua, do fundo do coração (ROSENBERG, 2008). Consequentemente, por não estarem inseridos nessa cultura do bem, da paz e da não violência, tem crescido o número de jovens envolvidos em conflitos escolares e até mesmo familiares, por não saberem lidar com situações pertinentes à sua vida, como por exemplo: a falta de diálogo e dedicação familiar, respeito mútuo, poucas oportunidades de emprego, ausência de vida contemplativa, comunitária e instrução no mundo do saber.

Em meio a este invólucro, torna-se quase inviável incutir na comunidade escolar a responsabilidade de transformar um jovem estudante em um cidadão pleno de direitos e deveres, conforme previsto na Lei.

> 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, 2016, p.68).

É com este olhar que se constata o quanto é importante um jovem cidadão pleno de seus direitos e deveres perceber e acreditar que educar não é apenas instruir, mas oferecer uma experiência significativa que o prepare para uma vida plena e saudável. É por meio desse aprendizado que nos tornamos cidadãos críticos, autônomos e plenamente participativos da dignidade humana. Ainda de acordo com Rosenberg:

> A CNV se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas. Ela não tem nada de novo: tudo que foi integrado à CNV já era conhecido havia séculos. O objetivo é nos lembrar do que já sabemos - de como nós, humanos, deveríamos nos relacionar uns com os outros - e nos ajudar a viver de modo que se manifeste concretamente esse conhecimento (2008, p.21)

A partir desse pressuposto de que os conflitos são inerentes a todos os processos humanos, faz-se necessário tomar iniciativas que sejam voltadas para a educação da paz e justiça restaurativa, envolvendo valores para uma cultura democrática, como participação, diálogo, igualdade, justiça social, respeito à diversidade e aos direitos humanos.

3.PRÁTICAS RESTAURATIVAS COMO FERRAMENTA DE ENFRENTAMENTO DOS CONFLITOS ESCOLARES

É necessário aprofundar neste capítulo a legitimação das práticas da Justiça Restaurativa em solo nacional, principalmente após alguns incentivos institucionais, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Protocolo de Cooperação para a sua difusão e operacionalidade, firmado em agosto de 2014 com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em consonância com a Resolução CNJ n. 125, que fomenta a busca por soluções extrajudiciais para os conflitos. Diante das aproximações entre CNJ, AMB e em consonância com essas Resoluções, é possível linear uma prática restaurativa acessível a todos.

De forma destacada, quando se fala em práticas restaurativas aplicadas aos conflitos juvenis, já existem previsões normativas como portarias, resoluções e também legislação, a Lei nº 12.594/12 – Lei do Sinase - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**,** que recepcionam a Justiça restaurativa, embora ainda não seja uma realidade presente em todos os tribunais.

Contudo, é preciso avançar e romper com a cultura jurídica da lei que transforma comportamentos. Naturalmente, a sua efetiva implementação requer zelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e não imediatismo. Partindo dessa problemática, pode-se perguntar: é possível aplicar suas práticas também em outros ambientes que não o judiciário, como por exemplo, o ambiente escolar?

Este é, concretamente, um dos questionamentos desta pesquisa: encontrar alternativas para soluções de conflitos escolares, trazendo à tona alguns exemplos de círculos reintegrativos e restaurativos aplicados nas escolas e transformando conflitos em oportunidades de aprendizagem e construção de paz social.

É extremamente importante lembrar que a criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu da premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, ou por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada de forma a organizar, em todo o território nacional, não somente os serviços prestados no curso da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação.

Sabe-se que a Resolução 125 do CNJ foi criada diante da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Na verdade, quando se aprofunda um pouco mais o estudo dessa temática, identifica-se que desde a década de 1990 já existiam estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos-piloto: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre outros, bem como práticas autocompositivas denominadas como: oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica; oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção de sobre-endividamento, entre outras (Manual de Mediação Judicial, 2015, pp.33 e 34).

Todo trabalho levado a sério tende a obter bons resultados. E estes projetos demonstram a necessidade de se estabelecer uma política pública nacional em resolução adequada de conflitos. Para atender a essas necessidades, o Conselho Nacional de Justiça aprovou em 29 de novembro de 2010 a Resolução 125.

Todos os objetivos desta Resolução estão indicados de forma bastante taxativa: i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); iii)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º).

Com base nos considerandos e no primeiro capítulo da Resolução 125, pode-se afirmar que o Conselho Nacional de Justiça tem se empenhado e esforçado para mudar a forma com que o Poder Judiciário se apresenta. Não apenas de forma mais ágil e como solucionador de conflitos, mas principalmente como um centro de soluções efetivas do ponto de vista do jurisdicionado (Manual de Mediação Judicial, 2015, pp.33 e 34).

Diante da urgente necessidade de sanar a violência que cresce entre os jovens e da dificuldade em encontrar alternativas para coibi-la, surge a Justiça Restaurativa como nova possibilidade de colaborar de maneira prática para a solução de conflitos escolares e sociais.

Acredita-se que este novo modelo de Justiça seja uma possibilidade a ser aplicada, num primeiro momento, em casos envolvendo atos infracionais de menor potencial ofensivo, assim como para a solução de conflitos decorrentes da indisciplina (ZEHR, 2008, p. 80).

A partir deste olhar comunitário e escolar, é possível entender melhor a dinâmica da Justiça Restaurativa ou prática restaurativa, que é buscar o protagonismo dos envolvidos em um conflito na solução do problema. Vê-se aqui a possibilidade de vítima e ofensor falarem sobre sentimentos e necessidades que permeiam o conflito.

Antes de qualquer crítica, é importante conhecer como um projeto funciona e acreditar que todo trabalho requer muito esforço, planejamento, conscientização e boa vontade de uma equipe gestora para que provoque mudança, como por exemplo, o almejado novo olhar sobre a justiça.

Uma mudança de paradigmas sociais, culturais e históricos que revelam "(...) o quanto a nossa visão do mundo é moldada por lentes específicas, através das quais vemos esse mesmo mundo" (ZEHR, 2008, p. 80) e o quanto os pensamentos são organizados através de percepções, valores e bom senso, baseados em paradigmas pré-existentes, que definem como resultado de pensamentos tradicionais a forma retributiva da punição como resolução dos conflitos. Então, como é possível mudar esta visão de duas justiças distintas?

Segundo o escritor Howard Zehr, é possível entender que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Por um lado, a justiça retributiva, onde o crime é uma violação contra o estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas. Já na justiça restaurativa, o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança. (2008, p. 170-171).

Ao deparar-se com esse tipo de análise, é perceptível o quanto a sociedade é excludente, individualista e, ao mesmo tempo, busca o imediatismo como forma de sanar os conflitos sociais, tirando a criança ou o adolescente da rua como forma de resolver o conflito apresentado. Sendo uma inverdade essa tomada de atitude social ou jurídica, vale ressaltar o que diz Rosemberg:

> A não violência não é uma estratégia que se possa utilizar hoje e descartar amanhã, nem é algo que nos torne dóceis ou facilmente influenciáveis. Trata-se, isto sim, de inculcar atitudes positivas em lugar das atitudes negativas que nos dominam. Tudo que fazem é condicionado por motivações egoístas (Que vantagem eu levo nisso?), e essa constatação se revela ainda mais verdadeira numa sociedade esmagadoramente materialista que prospera com base num duro individualismo. (2006, p.18).

Por outro lado, alegra saber que este novo enfoque da justiça restaurativa abre horizontes e oportuniza uma leitura mais humana das diversas situações de conflito apresentadas – segundo a qual a vítima, devido à sua fragilidade, torna-se prisioneira de sentimentos de culpa, vergonha da sociedade e necessita ser empoderada, para que sua autonomia pessoal possa ser restituída e sua dignidade restaurada.

Sob esta visão, a restauração envolve uma participação ativa da vítima, ofensor e comunidade, oportunizando assim um momento de escuta, entendimento, respeito, pertencimento e acolhimento, que precisam ser garantidos e efetivados, potencializando sua capacidade emancipatória.

Quando um grupo de pessoas tem a coragem de fazer uma experiência desafiadora e o propósito de concretizar uma ação que transforma e motive pessoas

da comunidade a conhecer e se sensibilizar com o Projeto Justiça Juvenil Restaurativa, há uma mudança radical no agir de cada indivíduo.

Em um primeiro momento, a execução de qualquer projeto requer um trabalho de conscientização na comunidade, o que pode ser feito por meio de visitas às instituições nela existentes, como escolas (públicas ou privadas), as comunidades de fé (igrejas), postos de saúde , comércios, entre outras, para que haja sensibilização, divulgação do projeto e a criação do mesmo. Quão importante seria se a sociedade dedicasse um pouco mais de tempo neste momento de sensibilização. Faz-se necessário trocar as lentes, como bem define Howard Zehr, "um modo de começar esta exploração é tirando o crime de seu pedestal abstrato (...) compreendê-lo como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos" (ZEHR, 2008, p. 170).

É preciso enxergar o crime como um conflito de pessoas e aceitar uma nova forma de lidar com ele, que não seja somente o da Justiça Retributiva, que busca um culpado para punir e não dispensa a devida importância às pessoas envolvidas no conflito em questão. "A Justiça deveria se concentrar na reparação, em acertar o que não está certo" (ZEHR, 2008, p. 170).

Nessa perspectiva, elencam-se aqui algumas experiências significativas de Justiça Restaurativa no Brasil. Uma delas ocorreu em São Caetano do Sul (SP), onde o projeto-piloto teve início com foco nos atendimentos e, aos poucos, foi se transformando em práticas de multiplicação da cultura de paz e dos princípios e valores norteadores da Justiça Restaurativa. Relata a comunidade que, neste momento, surgiu a ideia de retomar o contato com as instituições da comunidade e oferecer Workshops de Sensibilização. A partir dessa retomada, perceberam a capacidade de criar uma cultura de práticas restaurativas e que este não seria só mais um projeto, mas que com certeza deixaria frutos (MELO, 2008).

Outro brilhante exemplo de práticas restaurativas se deu no município de Restinga (SP), onde o eixo de formação foi destinado aos profissionais vinculados à rede de atendimento e proteção da criança e do adolescente, bem como à própria comunidade, com a realização de três Workshops de Sensibilização do Curso de Iniciação em Justiça Restaurativa (JR) e do Curso de Formação de Coordenadores.

> Durante o Curso de Iniciação em JR, tivemos a oportunidade de trocar conhecimentos com as pessoas da comunidade, perceber qual é a real preocupação delas em relação aos crimes e conflitos enfrentados diariamente. Identificamos que, apesar das pessoas ainda terem pensamentos retributivos, elas não acreditam mais na forma como o Judiciário lida com os crimes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Elas buscam uma maneira mais eficaz de lidar com eles, pelo menos com aqueles de menor potencial ofensivo, que são os mais recorrentes nas escolas. A Justiça Restaurativa vem ao encontro desse anseio, vem trazer uma nova forma de os indivíduos lidarem com seus conflitos, de responsabilização do infrator pelos seus atos e de respeito às emoções das vítimas, para que ambos sejam empoderados e ouvidos na resolução do conflito. (MELO, 2008).

O que surpreende a cada dia sãos as expectativas quanto aos resultados e conscientização das pessoas. E uma delas ocorreu durante o Curso de Formação de Coordenadores, no qual se registrou uma grata surpresa: uma das participantes, Orientadora Educacional, apresentou um projeto na Secretaria Municipal de Educação (SMED) para trabalhar a Justiça Restaurativa na Escola Municipal de Ensino Fundamental Lidovino Fanton, o qual foi autorizado, conforme relato de Eduardo Rezende Melo (et. al) na obra: Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos e a respeitar direitos e promover cidadania (2008, p. 91)

A partir dessas palestras, experiências e testemunhos, passou-se a realizar de forma permanente Workshops de Justiça Restaurativa e de Comunicação Não Violenta (com professores, educadores, crianças e adolescentes), que foram extremamente gratificantes, surgindo com esta nova demanda de sensibilizações e informações uma necessidade da comunidade de criar uma nova cultura de paz e respeito aos direitos humanos, muito além dos Círculos Restaurativos realizados na Central de Práticas, com os seus procedimentos de pré-círculo, círculo e pós-círculo (cf. Portal Justiça Restaurativa).

Bons exemplos de aplicação das práticas de Justiça Restaurativa também podem ser observados em escolas do Rio Grande do Sul, também de acordo com o relato de Melo (et. al) em sua obra sobre Justiça Restaurativa (2008, p.93). Na EMEF Alberto Pasqualini – Viamão (RS) e EMEF Dolores Alcaraz Caldas – Porto Alegre (RS), foram realizados workshops para todos os docentes e os resultados foram ótimos. Algumas professoras, em ambas as escolas, resolveram formar grupos de estudos de Práticas Restaurativas, para posteriormente implantar um projeto de resolução não violenta de conflitos em suas instituições.

Na EMEF Carlos Pessoa de Brum e na EEEM Raul Pilla, ambas em Porto Alegre (RS), os grupos de JR foram convidados a realizar os Workshops de Sensibilização nos dias de formação dos docentes. Perceberam o quanto os encontros foram produtivos, com inúmeros questionamentos a respeito da teoria e sua aplicabilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

na escola. Outra experiência diferenciada, ocorrida na escola EEEM Raul Pilla, foi a realização de uma dinâmica de escuta ativa e outra de círculo de construção de paz, ensinada a eles pela capacitadora Kay Pranis, pois uma das preocupações da direção desta escola era conseguir restaurar a relação entre os professores, para que estes conseguissem trabalhar os valores da Justiça Restaurativa e da Cultura de Paz com os alunos e a comunidade escolar (PRANIS, K. 2010).

Diantes desses relatos, pode-se dizer que a escola, como instituição de ensino e de formação de cidadãos, tem todo o conhecimento e respaldo para inserir as práticas restaurativas em seu cotidiano escolar e, desta forma, tornar natural a resolução pacífica de conflitos.

Vale ressaltar ainda que uma prática comprometida com os legítimos interesses da comunidade consegue superar os entraves existentes e ampliar os espaços de uma participação popular nas questões que lhe dizem respeito e que são, por excelência, necessárias para um convívio social humanizado (PRANIS, 2010).

Contudo, é preciso mencionar que foi através da experiência de São Caetano do Sul (SP) que a metodologia da justiça restaurativa integrando os Sistemas de Justiça e Escolar se expandiu e foi adotada, com a finalidade de:

> [...] divulgar e aplicar as práticas restaurativas na resolução de conflitos em escolas, ONGs, comunidade e Sistemas de Justiça e Infância e Juventude, com estratégias de enfrentamento e prevenção à violência em Porto Alegre, como consta no documento-base do Programa (BRANCHER;AGUINSKY,2006).

Nota-se que a "institucionalização das práticas restaurativas no Rio Grande do Sul inicialmente se deu mediante Decreto do Presidente da Secretaria do Conselho de Magistratura, em 05 de Fevereiro de 2010, através da Resolução nº 822/2010 – Conselho da Magistratura (Comag TJ / RS), que possibilitou a criação da Central de Práticas Restaurativas – CPR - junto ao Juizado Regional da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre/RS (SANTOS, 2019. p. 107).

Este projeto alcançou uma dimensão maior a partir do ano de 2005, com o tema "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro", que foi promovido pelo PNUD / Ministério da Justiça, que possibilitou a criação dos três programas-piloto do País (Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília), que tinham como foco os jovens. E a partir daí, esse projeto passou a ser referência nacional e, ao mesmo tempo, a difusão da Justiça Restaurativa nesses estados e também em todo o Brasil. (SANTOS, 2019. p. 107 e 108).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com base no referencial teórico e exemplos expostos até aqui, pode-se constatar o potencial das práticas de Justiça Restaurativa para solucionar conflitos, inclusive no ambiente escolar, que é o objeto desta pesquisa. É preciso, pois, torná-la cada vez mais conhecida, para que sua aplicação cresça na mesma proporção.

CONCLUSÃO

Na seara do entendimento humano, é possível imaginar e construir uma cultura de paz, cooperação, não violência e resolução pacífica dos conflitos. Este é um desafio permanente, que deve fazer parte de uma filosofia cotidiana de trabalho, sobretudo na escola, local ideal para que as crianças e jovens desenvolvam concretamente o aprendizado dos valores essenciais de convivência social.

No decorrer deste trabalho, viu-se que a Justiça Restaurativa busca empoderar todas as partes envolvidas em um determinado conflito, transformando-as em agentes ativos ao invés de meros espectadores do processo. Assim, a autonomia é devolvida a esses sujeitos, que se tornam capazes de se responsabilizar por suas atitudes e de se posicionar diante do processo que é de seu interesse. Ocorre, assim, uma equidade de poder.

Faz-se necessário reconhecer que os códigos não tem conseguido acompanhar o dinamismo vivenciado na sociedade. As relações estão passando por constantes mudanças e nem sempre é possível ter a percepção ou convicção de que os meios judiciários convencionais são os únicos ou os mais habilitados a tratar dos conflitos da sociedade, pois esta também vem se tornando mais responsável, empoderada, consciente dos seus direitos e, por isso, mais exigente e participativa no equacionamento e na solução dos conflitos que são de seu próprio interesse.

A responsabilidade, no modelo restaurativo, consiste em olhar de frente para os atos praticados, significa estimular o ofensor a compreender o impacto do seu comportamento, os danos causados e instá-lo a adotar medidas para repará-los no que for possível.

A Justiça Restaurativa envolve escuta, presença, atenção, humanização, pois ela é inclusiva e parte de dois princípios: somos interconectados e interdependentes, trazendo a acepção de que é uma resposta diferenciada para o dano, para o crime, para o ato infracional, pois é um modo de ser e estar no mundo, de estabelecer relações, de olhar para o outro como igual, ou seja, é uma alternativa que pode propiciar uma diferença significativa na vida das pessoas.

Portanto, ela deve ser vista, promovida e adotada como conjunto de ferramentas de um sistema que melhor cuide, receba, trate e responda aos anseios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sociais no que diz respeito aos seus conflitos, inclusive dentro do ambiente escolar. Sendo a escola um espaço no qual as relações sociais são reproduzidas, há a necessidade de se trabalhar nele maneiras de buscar solucionar os conflitos ali gerados, a fim de que se criem condições para que as futuras gerações sejam mais pacificadoras e, assim, criem uma verdadeira cultura de paz. As práticas de Justiça Restaurativa apresentam-se como caminho seguro e viável rumo à plena concretização desses objetivos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1982.

AMSTUTZ, Lorraine Stutzman.; MULLET, Judy H. **Disciplina Restaurativa para Escolas:** Responsabilidade e ambientes de cuidado mútuo. 1ª. ed. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ANDRADE, Luis Carlos de Sousa. **Identidade corporativa e a propaganda institucional**, in: KUNSCH, Margarida M. K. (Org.). Obtendo resultados com relações públicas. São Paulo; Pioneira Thomson Learning, 2006. P. 139-147

BRANCHER, Leoberto Narciso; AGUINSKY, Beatriz Gershenson. **Projeto Justiça para o Século 21**. Relato da implementação do Projeto Piloto de Justiça Restaurativa junto à 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, RS, visando à introdução de práticas restaurativas na pacificação de situações de violências envolvendo crianças e adolescentes, Porto Alegre, 2006. Disponível em: www.justica21.org.br. Acesso em: 8 fev. 2020

CHARLOT, B. **A violência na escola: como os franceses abordam essa questão**. Sociologias, Porto Alegre, Ano 4, número 08, jul/dez 2002, p. 432-443.

_____. **Cotidiano das escolas: entre violências.** Prefácio. Brasília, UNESC0, 2006.

HRISPINO, A. **Políticas educacionais de redução da violência:** Mediação de conflito escolar. São Paulo: Biruta, 2002.

DEBARBIEUX, E.; BLAYA, C. **Violência nas Escolas:** dez abordagens européias. Brasília: Unesco, 2002.

GADEA, C. A. A violência e as experiências coletivas de conflito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Online, v. 92, p. 75-98, mar. 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GUIMARÃES, A. M. **A depredação escolar e a dinâmica da violência**. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 1990: 471 f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1990.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de**. Manual de Mediação Judicial.** De acordo com a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 27 mai. 2020

JUSTIÇA RESTAURATIVA. **O que é um círculo restaurativo.** Disponível em: http://www.justicarestaurativa.com.br/portal/index.php/o-que-e-justica-restaurativa/o-que-e-um-circulo-restaurativo. Acesso em: 03 jun. 2020

MELO, E. R. et al. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul:** aprendendo com os conflitos e a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

NERY, Déa Carla Pereira. **A justiça restaurativa como alternativa de controle social sob a ótica do direito penal do cidadão**. Tese Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.

ONU, Resolução 2002/12 da. **Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.** Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 27 mai. 2020

PEDRO-SILVA, Nelson. **Ética, indisciplina e violência nas escolas.** 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes, et. al. **Justiça Restaurativa:** Coletânea de artigos. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça, 2005

PLATÃO. **O Mito da Caverna.** São Paulo: Edipro, 2019.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

_____. **Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção da Paz:** Guia do Facilitador. Porto Alegre: Escola Superior de Magistratura da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RIO DE JANEIRO, Ministério Público do Estado do. **A Justiça Restaurativa no Ambiente Escolar:** Instaurando o novo paradigma. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/69946/cartilha_justica_restaurativa.pdf. Consulta em: 27 mai. 2020

ROSENBERG, Marshall. B. **Comunicação não violenta:** técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 2. ed. São Paulo: Ágora, 2003

_____. **Comunicação não-violenta:** técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais I Marshall B. Rosenberg ; [tradução Mário Vilela]. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Guilherme Augusto Martins. **Práticas Restaurativas no Judiciário:** Institucionalização e lócus de implantação. Palmas: Appris, 2019.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal:** o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIQUEIRA, Neto. et al. **Justiça restaurativa em ação:** Práticas e Reflexões. São Paulo: Dash, 2014.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça/Howard Zehr; tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

NOTAS:

[1]Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: guilherme@catolica-to.edu.br

www.conteudojuridico.com.br

IMPOSTO ÚNICO E SEU EFEITO NOCIVO PARA OS ENTES DA FEDERAÇÃO

SAULO PEREIRA COSTA: Acadêmico do Curso de Direito - 10º Período da Faculdade Serra do Carmo (FASEC).

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO

(Orientador).

RESUMO: A reforma tributária, dentre seus fundamentos, tem o escopo de modificar a estrutura legislativa para o recolhimento dos tributos, para que o sistema tributário amolde a evolução social. Trata-se, portanto de uma mudança significativa no sistema tributário nacional, através da legislação que regula a tributação no território nacional. Nesse diapasão, com advento da reforma tributária, existiriam, mudanças na forma de recolhimento dos impostos, taxas e contribuições. Conquanto, mudaria drasticamente, a forma de repartição das receitas tributárias. Além disso, as alterações também afetariam a forma como esses recursos devem ser utilizados pelo Estado e diminuiria a burocracia envolvida no recolhimento. Contudo, todas as condicionantes que motivam a reforma tributária brasileira ocasionam sérias discussões, no que atine a prejudicialidade destas medidas aos entes da Federação, haja vista que não teriam a exclusividade no controle e arrecadação dos impostos de sua competência, sendo que, o recolhimento impediria exclusivamente a um entre, que após, seria responsável pela distribuição.

Palavras Chaves: Reforma. Tributária. Entes. Federação. Brasil.

ABSTRACT: Tax reform is one that aims to modify the legislative structure for the collection of taxes, so that the tax system shapes social evolution. It is, therefore, a significant change in the national tax system, through legislation that regulates taxation in the national territory. In this fork, with the advent of tax reform, there would be changes in the way of collecting taxes, fees and contributions. Although, the form of distribution of tax revenues would change drastically. In addition, the changes would also affect the way these resources should be used by the State and reduce the bureaucracy involved in the collection. However, all the conditions that motivate the Brazilian tax reform cause serious discussions, regarding the harmfulness of these measures to the entities of the Federation, considering that they would not have the exclusive control and collection of taxes within their competence, being that, the collection would prevent exclusively to one among, who would then be responsible for distribution.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Keywords: Reform. Tax. Loved it. Federation. Brazil.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. 3. DEFINIÇÃO DE TRIBUTOS, COM ADENDO AOS IMPOSTOS. 4. REFORMA TRIBUTÁRIA E SEUS EFEITOS NOCIVOS AOS ENTES DA FEDERAÇÃO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

É preciso compreender que, há diversos questionamentos acerca da necessidade reestruturação tributários no Brasil, e consequentemente, existem argumentos contra e favor, da reforma tributária brasileira.

É que, em que pese existir a necessidade de uma reforma tributária, o presente artigo abordará de os pontos positivos e negativos que esta reforma acarretará aos entes da federação. A fim de justamente elencar os problemas do Sistema Tributário brasileiro e quais as propostas que buscam solucioná-los.

Nessa senda, antes de serem apresentadas as propostas de reforma, será feita uma breve análise do Sistema Tributário Nacional, de modo que proporcionará ao leitor, visualizar a origem dos tributos, através do princípio da legalidade, e após, as formas de tributos, até chegar à espécie de impostos, objeto da emenda constitucional.

Os objetivos específicos do trabalho consistem em elencar os principais problemas e malefícios causados pela reforma tributária, aos entes da federação. No mais, o presente trabalho foi desenvolvido utilizando o método dedutivo e abordando o problema por meio de pesquisa qualitativa que se resume em uma análise descritiva e comparativa sobre o tema.

Com a proposta de reforma tributária, existem pontos possitivos e negativos, eis que, os impostos passarão a serem exigidos de forma única. O que precisa ficar assente é que, a distribuição tributária, terá destinações específicas aos entes federados, segundo os quais, terão condicionados a utilização, com base na destinação então contida na Constituição Federal, podendo ferir o pacto federativo, haja vista que o ente hoje competente para administrar o tributo, carecerá de administração colegiada.

Desse modo, propõe-se a substituição dos atuais critérios de vinculação e partilha da receita do IPI, do ICMS, do ISS, do COFINS e do PIS por um sistema que garante maior flexibilidade na gestão do orçamento e maior transparência para os

contribuintes, sem, no entanto, prejudicar nenhuma das áreas beneficiadas pelas atuais destinações de receita destes tributos.

Por fim, além da introdução, considerações finais e referências, este artigo está organizado em três seções principais: A primeira abordando o principio da legalidade tributária; Enquanto o segundo, aborda sobre os tributos, com adendo aos impostos, haja vista que estes é que são o objeto da reforma tributária, enquanto na terceira seção, abordou-se os efeitos nocivos da reforma tributária aos entes da federação.

2.DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

De início, partiremos para a definição de princípio, para Humberto Ávila (2011. Pág. 60): Os princípios poderão ser definidos como, normas que estabelecem fundamentos para determinados mandamentos seja encontrando, enquanto, para ele as regras determinam uma decisão. É que, os princípios são normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo direta e indiretamente normas e comportamentos.

O autor supramencionado ainda aborda a questão da legalidade tributária. Vejamos:

> O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de um tributo, então a instituição ou aumento deve ser veiculada por lei, é aplicado como regra se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos. Dessa forma, pode ser equilibrado como princípio se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, enfocar o aspecto tecnológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor liberdade, para permitir o planejamento tributário, e para proibir a tributação por meio de analogia. (ÁVILA. 2011. Pág. 62).

Nessa ordem de ideias, o princípio da legalidade tributária, aquele que transmite a premissa, que, nenhum tributo será criado ou majorado, senão em virtude de lei. Via de regra, a lei apta a instituir um tributo, é por meio de lei ordinária. Este princípio, disciplina ainda, que a lei traga em seu texto todos os elementos caracterizadores da tributação. É dizer, a lei deve estabelecer a descrição do fato jurídico tributário e todos dados necessários à formação da relação obrigacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na assídua definição de Eduardo Sabbag:

> No plano conceitual, o princípio da legalidade tributária se põe como um relevante balizamento ao Estado-administração no mister tributacional. O Estado de Direito tem-no como inafastável garantia individual a serviço dos cidadãos, implicando uma inexorável convergência – e, também, equivalência – de ambos: se há Estado de Direito, há, reflexamente, a legalidade no fenômeno da tributação. Em outro giro, se prevalece o arbítrio estatal, tampouco existirá o Estado de Direito. A esse propósito, Ruy Barbosa Nogueira aduz: "O princípio da legalidade tributária é o fundamento de toda a tributação,sem o qual não há como se falar em Direito Tributário". Tem-se dito, nesse diapasão, que o princípio da legalidade é "o vetor dos vetores". Igualmente, tal postulado, intitulado princípio da legalitariedade, por Pontes de Miranda, mostra-se como um princípio fundante dos demais, irradiando uma carga valorativa de calibragem, no modulado convívio Fisco versus contribuinte. (SABBAG. 2017. Pág. 62).

Na forma do exporto alhures, em síntese, o dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributos, só poderão serem atingidos, desde que respeitado a anterioridade do exercício, bem como em casos específicos, o da anterioridade nonagesimal. Desse modo, o princípio tem cunho de garantir a segurança jurídica, para proibir o aumento do tributo sem respeitar o exercício financeiro, para gerar a confiança, e proibir o aumento individual de alíquotas.

No caso do tema em testilha, a possível alteração na Constituição, acarretará notadamente o desrespeito ao principio da legalidade, ou, em outra premissa, comprometeram o legislativo com criação de diversas leis complementares e ordinárias, para o fim específico de cumprir a legalidade tributária.

3.DEFINIÇÃO DE TRIBUTOS, COM ADENDO AOS IMPOSTOS.

Tributo é uma obrigação legal, exigida em moeda, que não constitui sanção por ato ilícito, e que tem como sujeito ativo, normalmente uma pessoa política e por sujeito passivo qualquer pessoa apontada em lei, lei esta elaborada pelo poder legislativo da entidade tributante.

Nesse contexto, encontraremos o conceito legal de tributo estampado no art. 3º do Código Tributário Nacional, designando:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL. Código Tributário Nacional).

Nos dizeres de Rafael Novais:

> A exigência por meio de dinheiro (moeda) tem a conotação de "facilitar a vida" do ente político no momento de sua arrecadação e realização do pagamento de suas despesas públicas (obrigações oriundas de licitações, contratos, remuneração de pessoal etc.). Aqueles sujeitos que pretendem contratar com a administração pública, realizando a prestação de serviços ou entrega de mercadorias, não estariam dispostos a receber como contraprestação algo diferente de dinheiro. Do mesmo modo, um servidor público dificilmente aceitaria como remuneração de sua atividade a entrega de "cestas básicas". Percebendo tais situações, fácil concluir a necessidade dessa arrecadação tributária ser efetuada por meio da entrega de dinheiro (moeda) e não por outra forma, objetivando simplificar o gerenciamento da administração pública. Nesse sentido, diz-se que sempre que o cidadão é compelido a pagar algo ao Poder Público, e não se trata de uma multa, de uma obrigação decorrente da vontade, nem de uma indenização, só pode se tratar de um tributo. (NOVAIS. 2018, p. 37).

A doutrina majoritária geral inclui o conceito de tributo, como o traço característico da coercitividade. Desse modo, tem-se que os tributos são prestações pecuniárias compulsórias, no qual Estado exige em virtude de diversas obrigações sociais assumidas. É dizer, os tributos decorrem de sua disposição em lei, as quais definem as hipóteses e incidência, bem como o sujeito passivo, alíquotas e fato gerador.

Nesse espeque, vejamos:

> A natureza ex lege do tributo tem matriz no art. 150, I, da CF, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. O princípio da legalidade tributária, por configurar um direito fundamental do contribuinte, é protegido

> pela cláusula pétrea, pelo que não é passível de supressão por emendas (art. 60, § 4º, IV, da CF). Contudo, o que parece óbvio nem sempre é percebido pela jurisprudência, que vem se inclinando pela tese da impossibilidade de discutir perante o Judiciário o débito tributário resultante da confissão decorrente do pedido de parcelamento. Esse posicionamento, além de infringir o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), implica, ipso fato, a rejeição da tão proclamada natureza ex lege do tributo. (Harada. 2018. Pág. 377)

É imperioso destacar ainda que, no direito tributário não se pode emprestar à confissão o mesmo sentido que tem no âmbito do direito privado. Aliás, toda legislação sobre o parcelamento de débito tributário deverá obedecer aos ditames legais, no que atine a confissão irretratável do débito e desistência ou renúncia de procedimentos administrativos ou judiciais, como condição para deferimento do pedido.

Em termos de direito positivo brasileiro, temos as seguintes espécies tributárias: impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório, contribuições sociais do art. 149 da Constituição Federal e contribuições sociais do art. 195 da CRFB/88.

De início, analisaremos, os impostos, que é um tributo, cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte, cujo fato gerador é particular. Com efeito, imposto é espécie do gênero tributo, ou seja, não constitui sanção por ato ilícito e que tem por sujeito ativo, normalmente uma pessoa política e por sujeito passivo qualquer pessoa prevista em lei, conforme disposição expressa contida no art. 3º do Código Tributário Nacional.

Nos ensinamentos de Ricardo Alexandre, vejamos:

> Os impostos são, por definição, tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor). Justamente por isso, o imposto se sustenta sobre a ideia da solidariedade social. As pessoas que manifestam riqueza ficam obrigadas a contribuir com o Estado, fornecendo-lhe os recursos de que este precisa para buscar a consecução do bem comum. Assim, aqueles que obtêm rendimentos, vendem mercadorias, são proprietários de imóveis em área urbana, devem contribuir respectivamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> com a União (IR), com os Estados (ICMS) e com os Municípios (IPTU). Estes entes devem usar tais recursos em benefício de toda a coletividade, de forma que os manifestantes de riqueza compulsoriamente se solidarizem com a sociedade. É importante perceber que os impostos não incorporam, no seu conceito, a destinação de sua arrecadação a esta ou àquela atividade estatal. Aliás, como regra, a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa é proibida diretamente pela Constituição Federal art. 167, IV. Portanto, além de serem tributos não vinculados, os impostos são tributos de arrecadação não vinculada. Sua receita presta-se ao financiamento das atividades gerais do Estado, remunerando os serviços universais (uti universi) que, por não gozarem de referibilidade (especificidade e divisibilidade), não podem ser custeados por intermédio de taxas. (ALEXANDRE. 2017. Pág. 57).

No que atine as taxas, aquelas cujo fato gerador estão intimamente ligadas em virtude do exercício regular do poder de polícia, ou da utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e indivisível, prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição.

Nas lições de Ricardo Alexandre, sobre o instituto em espeque:

> Os contornos da definição constitucional deixam claro que as taxas são tributos retributivos ou contraprestacionais, uma vez que não podem ser cobradas sem que o Estado exerça o poder de polícia ou preste ao contribuinte, ou coloque à sua disposição, um serviço público específico e divisível. São dois, portanto, os "fatos do Estado" que podem ensejar a cobrança de taxas: a) o exercício regular do poder de polícia, que legitima a cobrança da taxa de polícia; e b) a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, que possibilita a cobrança de taxa de serviço. (ALEXANDRE. 2017. Pág. 63).

Nessa ordem de ideias, segundo o doutrinador em testilha, é tributo que tem por hipótese de incidência uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte. Aliás, é incorreto dizer que a taxa está relacionada à condição econômica deste mesmo contribuinte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Existe ainda, a espécie denominada contribuição de melhoria, cuja incidência está condicionada a realização de uma obra pública, que ocasione a valorização do imóvel particular. Nesse sentido, é imprescindível que exista a valorização imobiliária, haja vista que o fato gerador só ocorrerá quando, exista a valorização imobiliária.

Nesse sentido, vejamos:

> A Constituição Federal de 1988, ao prever a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem contribuições de melhoria, apenas declarou que elas decorrem de obras públicas (art. 145, III). Conforme já ressaltado, tais contribuições são tributos vinculados, uma vez que sua cobrança depende de uma específica atuação estatal, qual seja a realização de uma obra pública que tenha como consequência um incremento o valor de imóveis pertencentes aos potenciais contribuintes. (ALEXANDRE. 2017. Pág. 77).

De saída, é preciso mencionar ainda, a existência do empréstimo compulsório, pois também uma espécie de tributo. Todavia, em que pese não existir lei complementar definindo o fato gerador para recolhimento do imposto. Existe apenas a menção de alguns dos requisitos para tanto, quais sejam, despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, investimento público em caráter de urgência, ou seja, são mera possibilidade de criação do empréstimo compulsório, mas não os fatores de incidência do tributo em testilha.

4. REFORMA TRIBUTÁRIA E SEUS EFEITOS NOCIVOS AOS ENTES DA FEDERAÇÃO

De inicio, é preciso esclarecer que, a base significativa de alteração no Sistema Tributário Nacional, está intimamente ligada com a substituição de cinco tributos atuais, quais sejam: Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para o financiamento da Seguridade Social - COFINS, Imposto sobre Produto Industrializado - IPI, Imposto de Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS e Imposto Sobre Serviço - ISS. Acaso a reforma seja aprovada, passará todos os impostos supramencionados, a serem recolhidos pelo denominado, Imposto Sobre Bens e Serviços - IBS.

> Em síntese, o IBS teria as seguintes características: (i) base ampla de bens, serviços, direitos (tangíveis e intangíveis) e quaisquer utilidades destinadas ao consumo, independentemente dos critérios de seletividade atualmente vigentes para o ICMS e IPI (artigo 152-A, parágrafo 1º, IV, e parágrafo 3º); (ii) cobrança em todas as etapas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> comercialização e produção; (iii) não comutatividade plena; (iv) desoneração das exportações; (v) legislação nacional e uniforme; (vi) alíquota única para todas as operações realizadas com bens, serviços e direitos no espaço territorial de um determinado ente federativo, com o intuito de "simplificar" a arrecadação tributária e evitar que seja necessária a classificação dos bens e serviços em diversas categorias; (vii) tributação no destino; (viii) nenhuma isenção, benefícios fiscais ou regimes especiais; e (ix) finalidade puramente arrecadatória (ausência de caráter extrafiscal).Como se trata de tributo que unifica competências tributárias de diferentes níveis na federação, há a previsão da criação de um comitê gestor, via lei complementar, que seria responsável pela arrecadação e distribuição das receitas entre União, estados, Distrito Federal e municípios. A autonomia política e financeira dos entes seria assegurada pela possibilidade de modificação da alíquota referente às parcelas federais, estaduais ou municipais do IBS. Nesse sentido, a PEC prevê competência do Tribunal de Contas da União para indicar as "alíquotas de referência", que podem ou não ser utilizadas pelos entes federativos. Ainda que não haja previsão expressa, cogita-se que a alíquota total seria fixada entre 20% e 25%. (GOMES. 2019. Pág. 234)

Nesse contexto, a Reforma Tributária, produz alterações nas bases e alíquotas de determinados impostos e contribuições, e alterarão a distribuição da carga tributária entre os setores produtivos, mesmo que a carga total permaneça constante.

O que precisa ficar assente, é que com a Reforma Tributária, poderá ofender o Pacto Federativo, haja vista que, cada ente não terá mais controle absoluto, para legislar, cobrar e executar os impostos de sua competência. Isso ocorrerá com União, Estados e Municípios.

É dizer, com a forma de recolhimento uniforme, não terá mais, como o ente, dentro dos ditames constitucionais, exigir os impostos, constantes na proposta de Emenda Constitucional, com a mesma autonomia existente nos dias atuais, sem descurar a prejudicarão no momento da repartição das receitas tributária, pois, ficará na incumbência plural de todos os entes.

Nesse sentido, por mais que, a proposta, em sua justificativa, aparentemente aborde pontos, esclarecendo sobre o respeito do pacto federativo, não passa de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mera alegação, vez que ofenderá por demais a forma de organização de Estado, que por sinal, conforme supramencionado, é uma cláusula pétrea.

Nesse sentido, vejamos um trecho da proposta:

> Neste modelo, para os contribuintes o IBS será um único imposto, com legislação uniforme e recolhido de forma centralizada, mas para os entes federativos será como se cada um tivesse o seu próprio imposto, na medida em que terão autonomia na fixação da alíquota do imposto. Para compatibilizar essas duas dimensões do IBS, propõe-se que a alíquota percebida pelo contribuinte seja a soma das alíquotas federal, estadual e municipal e que, nas transações interestaduais e intermunicipais, seja aplicada sempre a alíquota do Estado e do Município de destino. Operacionalmente, o modelo funcionará da seguinte forma. Haverá três alíquotas de referência do IBS – uma federal, uma estadual e uma municipal – que serão calibradas de forma a repor a perda de receita dos tributos que estão sendo substituídos pelo IBS. Pela proposta, as alíquotas de referência serão calculadas pelo Tribunal de Contas da União e aprovadas pelo Senado Federal. Para a União, a alíquota de referência do IBS será aquela que repõe a perda de receita com o PIS, a Cofins e o IPI, descontado o ganho de receita decorrente da criação do imposto seletivo; para os Estados será aquela que repõe a receita do ICMS do conjunto dos Estados; e para os Municípios será a que repõe a receita de ISS do conjunto dos municípios do país. (CONGRESSO NACIONAL. PEC 45. 2018).

No que atine ao Pacto Federativo, nos dizeres de Gilmar Mendes:

> A forma de estado indica a existência ou não de uma divisão territorial do poder. Há duas formas de Estado existentes: Estado Unitário ou Estado Federal. Unitário é aquele em que há concentração do poder no órgão central. Federal, por sua vez, é aquele no qual há poderes regionais, que desfrutam da autonomia que lhes é conferida pela Constituição, bem como um poder aglutinador, o qual representa a soberania nacional. (MENDES. 2017. Pág. 300).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No atual sistema, cabe a União, os Estados e os Municípios fixar suas alíquotas dos impostos que ora estão sendo atacado pela Emenda Constitucional. Contudo, com a reforma, não se tem garantia quanto a esta prerrogativa, e onerará ainda mais cada ente, comprometendo o tempo, gestão fiscal e desenvolvimento social, principalmente aos munícipes, que por vezes não possuem capacidade técnica para gerir e administrar impostos de competência federal.

Não é demais dizer que, até mesmo no sistema atual, existem falhas, ausência de repasses quando se trata de repartição de receitas tributárias estudadas no tópico anterior, de modo que, é de se destacar que com a reforma, os índices de controle, nos casos de falta de repasse, serão absurdos.

Sem descurar, a dificuldade legislativa, de cada município ou estado, expor, a nível nacional a necessidade de alteração de suas alíquotas, pois, como cediço, qualquer alteração carecerá de aprovação.

Na linha do exposto alhures, tem-se a chamada tripartição dos poderes, por meio da qual, o poder é contido pelo próprio poder. Nesse sentido, durante a desenvoltura da atividade estatal, cada ente executa sua função típica, sem vinculo de subordinação entre si.

Nessa toada, é imperioso destacar que Constituição não é uma norma de livre alteração por parte do Congresso Nacional, de modo que não há como emendar por diversas vezes um texto plenamente elaborado, isso porque, caso contrário, a Carta Magna, poderá perder sua essência.

Nessa ordem de ideias, tem-se que, o Pacto Federativo é cláusula pétrea, aquela que não ser modificado para reduzir um direito já reconhecido. Conquanto, só sendo passível de alteração caso seja para aprimorar o direito ali existente, jamais para retroceder.

Por fim, os atuais tributos sobre bens e serviços, além de serem partilhados com outros entes federados, possuem uma série de destinações previstas na Constituição. A consolidação de vários tributos em um único, ainda que mantidos as atuais vinculações e critérios de partilha, pode resultar no comprometimento da repartição das receitas, haja vista que os entes jamais terão as mesmas condições de fiscalização.

Desse modo, a unificação dos impostos, causa aparentemente uma melhora no recolhimento dos impostos, todavia, dificulta e compromete a destinação estabelecida na Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Noutro giro, poderá ocorrer a vedação a benefícios fiscais, em busca de evitar o risco de que setores específicos busquem um tratamento diferenciado, o que inevitavelmente leva a distorções competitivas e alocativas.

A adoção de um regime uniforme de tributação para todos os bens e serviços prejudica a discussão democrática entre os consumidores/eleitores e o governo, pois torna absolutamente obscuro o custo de financiamento das ações do poder público, contudo, sem o devido controle interno em cada ente.

Cabe abduzir ainda que, nem todos os municípios possuirão a mesma voz no conselho federal, considerando até mesmo as condições de logísticas. Por esse modo, mais uma vez a reforma prejudicará o polo mais fraco. É que, esses impostos serão administrados pelo Conselho de Política Fazendária CONFAZ, todavia, nos dizeres de Marcos Cintra:

> O CONFAZ — Conselho de Política Fazendária, integrado por Secretários de Fazenda do Brasil, foi instituído definitivamente a partir de 1975, um pouco com minha colaboração, a bem da verdade. Fui quase o decano do CONFAZ durante muitos anos e, à época as pessoas podem não acreditar, mas já fui moço também algum tempo atrás, dizia que aquilo era inconstitucional, porque tinha poderes de Senado. Eu não tinha 35 anos de idade, idade mínima exigida para ser Senador, e estava deliberando questões de interesse federativo, portanto, questões próprias e típicas do Senado Federal. Então, veja bem. O que se fez com o Conselho? O CONFAZ faz legislação da maneira mais esdrúxula que alguém pode imaginar, porque não faz legislação para cobrar imposto, mas para dar isenção. (CINTRA. 2017. Pág. 120)

Com advento da reforma tributária, tem-se que a matéria é pertencente a assuntos de isso é matéria de interesse nacional, e não de interesse local ou de uma entidade subnacional, portanto, do Estado ou do Município, que será clarividentemente prejudicado. Sendo assim, todas as vezes que as exportações são desoneradas, do ponto de vista estritamente fiscal, repercute de forma negativa sobre aquela entidade federativa.

Não é demais dizer que, com a proposta, o IBS, que vai ficar no lugar do ICMS, será cobrado no estado de destino do produto. Hoje, o ICMS, um dos tributos que vão compor o IBS, é cobrado no estado de origem, o que tem colocado em lados opostos estados produtores e consumidores. Para tentar diminuir a resistência dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estados produtores, a reforma prevê um período de transição de dez anos para a mudança na cobrança.

É preciso compreender que, a modificação das características dos tributos atuais para aproximá-las das de um bom IVA pode gerar problemas sérios de transição. Consoante a isto, temos a migração do ICMS para o estado de destino, por meio da redução das alíquotas interestaduais do imposto. Em vista disso, ocasionaria diversos problemas de cunho fiscal, vez que com o aumento relevante da carga tributária e o acúmulo de créditos tributários nas operações interestaduais.

No que atine aos Municípios, para recompor a receita dos municípios correspondente à arrecadação com o ISS, existe uma proposta de que seja criada uma incidência do IBS apenas nas vendas a consumidores finais. Ou seja, nas vendas intermediárias para contribuintes a alíquota aplicável seria aquela correspondente à parcela federal e estadual do imposto e nas vendas a consumidores finais esta alíquota seria acrescida de uma parcela municipal. Nas vendas intermunicipais não presenciais (vendas pela internet, por exemplo) seria aplicada a alíquota do município de destino.

De saída, acaso o imposto único seja aprovado, acarretará o acumulo de todas as alíquotas existentes, para que substituísse os atuais impostos sobre o consumo, mais as contribuições cumulativas alcançariam alíquotas absurdas, chegando por vezes a serem superiores a trinta por cento, repise- pois que, isto induziria a uma forte sonegação e resultaria em inevitáveis e indesejáveis desequilíbrios fiscais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De saída, com análise detida da reforma tributária proposto, tem-se que, muito embora o texto legal nos remeta a uma ideia de que não ofenderá o pacto federativo, em verdade ofenderá sim, haja vista que ao ente federado não será possível administrar os impostos de sua competência sem o cunho opinativo dos outros entes da federação.

Nesse sentido, em que pese a reforma parecer ser a solução de todos os problemas tributário do país, na verdade estão se utilizando do formato do Simples nacional, que é uma forma de unificação de arrecadação de tributos, com comitê gestor; porém a união com a criação do IBS, esta retirando dos entes da federação a sua autonomia, sobre á arrecadação própria, que passa de protagonista a espectador, ou seja, pode definir á alíquota do imposto, mas terá que compartilhar a sua arrecadação e fiscalização; e por fim deixa de ter sua receita diária para depender de repasses da união, com datas especificas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desse modo, conclui-se que a proposta de reforma, por sua vez, embora oriunda do Poder Executivo, também não pôde dar garantias sólidas sobre seus resultados. Sempre que se aprovaram diretrizes de política tributária, estava subentendido que os tributos adotados ensejariam forte evasão, cujo combate incumbiria às administrações fiscais.

Nesse diapasão, a título de exemplo, nem todos os municípios terão a mesma voz no conselho federal, por questões até mesmo de logística. Sem descurar o fato que, nem todos os administradores públicos possuem o mesmo conhecimento técnico para gerir e administrar o imposto de sua alçada no âmbito federal.

Nesse sentido, de acordo com a pesquisa realizada, tem-se que, haverá sim, ofensa ao pacto federativo, ao determinar e limitar os poderes conferidos a cada ente federativo, quais sejam, o de administrar, cobrar e executar os impostos de sua competência.

De modo que, não poderá de nenhum modo, à luz dos preceitos constitucionais, ocorrer à interferência na organização de Estado, haja vista que se trata de uma cláusula pétrea.

Assim, a Constituição Federal deve ser analisada de forma conjuntiva e não isolada, e fazendo esta analise perfunctória, tem-se que indiretamente ofende o pacto federativo, a reforma tributária que contenha a intervenção interna de quaisquer dos entes, ainda que seja para administrar ou para a repartição das suas receitas tributárias. É que, pelo presente estudo, atestou-se que, com a reforma em testilha, não serão conferido aos entes plenos poderes, como lhe são conferido hoje, pelo ordenamento jurídico brasileiro, com vênias a legalidade tributária, assim qualquer disposição em sentido contrário ofende o pacto federativo.

6.REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário I.** Ricardo Alexandre - 11. ed. rev.atual. e amp1. - Salvador - Ed. JusPodivm, 2017.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. Ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. Ed. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

BRASIL. **Congresso Nacional.** Projeto de Emenda Constitucional nº 45. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833. Acesso em: 07 de maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 maio de 2020.

CINTRA. Marcos. **A Verdade sobre o Imposto Único**. 2017. São Paulo – LCTE.

GOMES. Daniel de Paiva. **Quais são os pontos centrais das propostas de reforma tributária.** CONJUR. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/opiniao-quais-sao-pontos-centrais-reforma-tributaria. Acesso em: 10 de maio de 2020.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário** / Kiyoshi Harada. – 27. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP).

NOVAIS, Rafael. **Direito tributário facilitado** / Rafael Novais. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário** / Eduardo Sabbag. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

www.conteudojuridico.com.br

GUARDA CIVIL MUNICIPAL: QUAIS SÃO AS SUAS ATRIBUIÇÕES NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA?

JORDEON GAMA DE SOUSA:
Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

MURILO BRAZ VIEIRA[1]

(orientador)

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar os dispositivos insertos na Lei nº 13.022, de 08 de agosto de 2014, que instituiu o Estatuto Geral das Guardas Municipais e apresentar os diversos tipos de interpretação e aplicação frente às Cortes Judiciais Superiores. Temas como Poder de Polícia e Adicional de Periculosidade serão especialmente abarcados ante a intensa polêmica que estes pontos geram no meio jurídico brasileiro, em relação aos guardas municipais. Por meio da análise de estudos realizados pelos mais variados doutrinadores e de decisões judiciais comumente proferidas sobre a matéria, pretende-se avaliar o tratamento dispensado aos guardas municipais em detrimento às forças policiais existentes no Brasil. Busca-se trazer a lume o entendimento das cortes superiores, notadamente à do Supremo Tribunal Federal quanto à hermenêutica empregada à Lei nº 13.022/2014. Para uma melhor ilustração de como as atribuições dos guardas municipais são definidas nos municípios brasileiros, far-se-á uma reflexão sobre os dispositivos insertos na Lei Complementar nº 42, de 08 de novembro de 2001, que trata do Estatuto da Guarda Metropolitana de Palmas/TO. A metodologia aplicada está alicerçada em análise bibliográfica de doutrinadores e estudiosos do Direito de caráter qualitativo, bem como em leis, jurisprudências e normas relacionadas a esta temática.

PALAVRA-CHAVE: Competências; Direitos; Guarda Municipal.

ABSTRACT: This article aims to analyze the devices inserted in Law No. 13.022, of August 8, 2014, which instituted the General Statute of Municipal Guards and to present the different types of interpretation and application before the Superior Courts. Topics such as Police Power and Dangerous Work Additional will be specially covered in face of the intense controversy that these points generate in the Brazilian legal environment, in relation to municipal guards. In this way, through the analysis of studies carried out by the most varied indoctrinators and judicial decisions commonly handed down on the matter, it is intended to evaluate the treatment given to municipal guards at the expense of existing police forces in Brazil. The aim is to bring to light the understanding of the higher courts notably that of the Federal Supreme Court regarding the hermeneutics used in Law No. 13.022 / 2014. For a

better illustration of how the duties of municipal guards are defined in Brazilian municipalities, a reflection will be made on the provisions included in Complementary Law No. 42, of November 8, 2001, which deals with the Statute of the Metropolitan Guard of Palmas / TO. The methodology applied in this research is based on an extensive bibliographic analysis of legal scholars and scholars, of a qualitative character, as well as in laws, jurisprudence and norms related to the topic at hand.

KEYWORDS: Skill; Rights; Municipal Guard.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aspectos Históricos da Guarda Municipal. 2. A Guarda Municipal segundo a Constituição Federal de 1988. 3. Considerações sobre a Lei nº 13.022/2014 e o Estatuto da Guarda Municipal de Palmas/TO. 3.1. Atribuições e Competências da Guarda Municipal definidas na Lei nº 13.022/2014. 3.2. Atribuições e Competências da Guarda Municipal definidas no Estatuto da Guarda Municipal de Palmas/TO. 4. Poder de Polícia e o Adicional de Periculosidade da Guarda Municipal: Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais. 5. O Projeto de Lei nº 4177/19. 6. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, traz em seu Preâmbulo, a instituição do Estado Democrático de Direito destinada a garantir aos cidadãos brasileiros, dentre outras, a liberdade, a segurança e o bem estar.

Para concretizar as garantias constitucionais relacionadas à segurança e bem estar, a Carta Magna estabelece que a Segurança Pública destinada à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio será realizada pela: polícia federal, rodoviária federal, civil, militar, corpo de bombeiro militar e polícias penais federal, estadual e distrital.

Não obstante o rol ostensivo de policiais para combater a violência e a criminalidade há no texto constitucional (art. 144, § 8º da CF/88), a possibilidade dos municípios brasileiros instituírem Guardas Municipais, visando à proteção de seus bens, serviços e instalações.

Por se tratar de norma de eficácia limitada, o artigo supracitado necessita de regulamentação complementar, o que motivou a promulgação, no dia 08 de agosto de 2014, da Lei nº 13.022, para dispor sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais.

Conforme informado anteriormente, a Guarda Municipal não integra o rol de órgãos responsáveis pela Segurança Pública, insertos nos incisos do art. 144 da

Constituição Federal, deste modo, insta estabelecer quais as atribuições, direitos e competências da Guarda Municipal e no que elas diferem das forças policiais.

Através desta análise pretende-se verificar se a atividade exercida pelo guarda municipal se assemelha às de polícia, notadamente se estas são respaldadas no poder de polícia e se fazem jus à aposentadoria especial pelo risco da profissão.

Sob o prisma da hermenêutica das Cortes Superiores serão abordadas algumas teses e estudos doutrinários sobre a matéria, e ainda, será posto a lume a regulamentação e atribuições da Guarda Municipal do município de Palmas/TO, como exemplificação.

O objetivo da presente pesquisa é engrandecer o debate sobre as características das atividades da Guarda Municipal e os direitos a ela expendidos, o que será tratado nos próximos tópicos.

Fora aplicado o método dedutivo-qualitativo de pesquisa, consubstanciado em diversificado material bibliográfico composto por artigos científicos, legislações e doutrinas jurídicas relacionadas ao estudo em destaque.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA GUARDA MUNICIPAL

A Guarda Municipal surgiu no Brasil Império, com a promulgação da Lei de 10 de Outubro de 1831, antes deste fato, não havia uma proteção exclusiva às fronteiras, vilas e cidades do país.

As forças existentes estavam voltadas para a guerra e combates externos, e eram divididas em três escalões: exército pago ou tropa de linha (composto na maioria por oficiais portugueses), milícias (fixadas em uma base territorial) e as Ordenanças. (NASCIMENTO NETO, 2016).

Com o objetivo de proteger internamente o país e manter a paz e a tranquilidade nas províncias a Lei de 10, a Lei de 10 de Outubro de 1831, autorizou a criação das Guardas Municipais, conforme ensina Lima (2015, p. 187):

> No período do Brasil Império, a Regência promulgou a lei de 10 de outubro de 1.831, autorizando as Províncias a criar um corpo de Guardas Municipais, as quais tinham a finalidade de manter a tranquilidade pública e auxiliar a justiça de acordo com os efetivos necessários, sendo nesta data comemorado o dia Nacional do Guarda municipal, que foi instituído em 1833 no Congresso Nacional de Guardas Municipais realizado em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Curitiba. Sendo este um dos atos mais valorosos realizados pelo então, Regente Feijó, o qual tornou pública tamanha satisfação, ao dirigir-se ao Senado em 1839, afirmando a respeito do assunto.

Percebe-se que a motivação da instituição da Guarda Municipal, no Brasil imperial é a de promoção da segurança nas províncias, ou seja, estava associada à proteção da ordem e no auxílio da justiça.

Ao longo da história brasileira, conforme os Estados e as cidades brasileiras se constituíam e evoluíram, a guarda municipal passou por várias mudanças, e em diversos locais do território nacional passaram a ser incorporadas ou extintas ao efetivo de segurança existente no local.

Acerca destas mudanças, Nascimento Neto (2016, p. 04), faz as seguintes considerações:

> Essa evolução histórica mostra que mesmo com a evolução das guardas nacionais ou guardas municipais permanentes este sistema de policiamento municipal não atendia as expectativas do Exército, pois, este necessitava de uma força armada auxiliar e subordinada, fatores estes que não se encaixavam no modelo cívico da guarda, tornando essa atividade ameaçadora ao exército, pois tinham instituições armadas e não subordinadas a ele dentro do seu território.

O exército brasileiro sentia-se ameaçado pela Guarda Municipal, e este fator contribuiu significativamente para esta variação no decorrer da História.

No contexto Constitucional, Lima (2015, p. 189), ressalva que a Guarda Municipal somente fora prevista na Constituição Federal de 1988, conforme se verifica abaixo:

> Para finalizar a contextualização histórica, devemos ressaltar que no decorrer da história de nosso país, as constituições brasileiras sempre foram silenciosas quanto à existência e competência das Guardas Municipais, situação que somente se modificou com a promulgação da Carta Magna de 1988. Com efeito, prescreve o seu § 8º do artigo 144 que: "§ 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Vislumbra-se que embora a Guarda Municipal tenha surgido no Brasil em 1831, somente na Constituição Federal de 1988 é que sua previsão foi expressamente formalizada. É sobre este dispositivo constitucional que será abordado o título a seguir.

2 A GUARDA MUNICIPAL SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Guarda Municipal como visto anteriormente, poderá ser instituída pelos municípios quando necessárias à proteção de seus bens serviços e instalações (art. 144, §8º da CF/88). Interpretando tal assertiva, Silva (2014, p. 653) afirma que:

> Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com qualquer responsabilidade específica pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que, sendo entidades estatais, não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança, e menos ainda de polícia judiciária. A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir Guardas Municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí, certamente, está uma área que é de segurança pública: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia ostensiva, que é função da Polícia Militar. Por certo que não lhe cabe qualquer atividade de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, que a Constituição atribui com exclusividade à Polícia Civil (art. 144, § 4.º), sem possibilidade de delegação às Guardas Municipais.

Abstrai-se da análise do autor que o constituinte não autorizou à Guarda Municipal qualquer atividade de polícia extensiva (função da polícia militar), de polícia judiciária e de apuração de infrações penais (competência da polícia civil).

Neste contexto a guarda municipal seria responsável por assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, ou seja, os bens de uso comum do povo, de uso especial e bens patrimoniais.

No tocante à menção "conforme dispuser a lei" expressa no §8º do art. 144, a interpretação majoritária é a de a lei em referência, trata-se de uma lei federal que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estabeleça regras e procedimentos gerais, no entanto a instituição da guarda municipal deverá ser feita por meio de lei específica de cada município que a implantar. (LENZA, 2016).

Justamente pela necessidade de edição de uma lei federal para regulamentar, em linhas gerais, as atribuições da Guarda Municipal, que a Lei nº 13.022/2014 foi editada, ou seja, quase 26 anos depois promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil.

Não obstante o desiderato de pôr fim à falta de regulamentação e corroborar com as funções expressas no texto constitucional, o Estatuto Geral da Guarda Municipal desencadeou inúmeros questionamentos e polêmicas acerca da constitucionalidade de alguns de seus dispositivos, por ultrapassar as competências delineadas na Carta Magna. Os dispositivos em comento serão estudados a seguir.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 13.022/2014 E O ESTATUTO DA GUARDA MUNICIPAL DE PALMAS/TO.

A Lei nº 13.022/2014 estabelece as normas gerais que irão subsidiar os municípios que quiserem instituir a Guarda Municipal na sua cidade. Também com o condão de ditar diretrizes para a padronização da implantação das guardas municipais, o Ministério da Justiça elaborou o Livro Azul das Guardas Municipais – Princípios Doutrinários da Segurança Pública Municipal[2], que tem por objetivos gerais (BRASIL, 2019, p. 7):

> Apoiar a constituição de instituições permanentes com o compromisso de atender políticas de prevenção primária no âmbito da Segurança Pública, particularmente relativas à Ordem Pública, possibilitando que as Guardas Municipais alcancem regras estabelecidas e que possam integrar o SUSP, com certo grau de uniformidade nacional, executando o papel que lhes foi previsto em lei. Proporcionar ao agente de segurança pública o exercício de suas funções na ocupação e utilização democrática do espaço público, garantir o respeito aos direitos fundamentais do cidadão na vida em sociedade, proteger o meio ambiente, o patrimônio histórico, cultural, ecológico e imaterial, atuando como verdadeira polícia administrativa de postura urbana, além de garantir a correta utilização dos serviços públicos.

Observa-se que um dos objetivos da emissão do livro é fazer com que as guardas municipais integrem o SUSP. O Sistema Único de Segurança Pública – SUSP

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

foi instituído pela Lei nº 13.675 de 11 de junho de 2018, e tem por finalidade, consoante se depreende de seu art. 1º:

> Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade.

A implantação do SUSP pressupõe a atuação integrada das forças de segurança pública, de modo a tornaram mais céleres e eficientes as ações de promoção da segurança, e neste contexto, estão incluídas as Guardas Municipais.

Pela leitura do art. 1º da Lei nº 13.022/2014, a guarda municipal é uma instituição de caráter civil, uniformizada, armada, e que tem por função a proteção municipal preventiva.

Sobre este dispositivo, Ouriques (2017, p. 09), esclarece: "da forma jurídica, vem o caráter civil, enquanto da forma física, que sejam uniformizados. A desmilitarização resulta no caráter civil e uniformizado previsto na lei, em substituição ao modelo militar e fardado deixado como resquício do regime ditatorial".

A guarda municipal possui poder de armamento e atua de forma preventiva, ou seja, se antecipa ou evita a ocorrência da conduta danosa, além do mais traz um aspecto de proximidade com a comunidade, de proteção social.

Quanto às competências da guarda municipal, estas serão estudadas no subtópico seguinte.

3.1. Atribuições e Competências da Guarda Municipal definidas na Lei nº 13.022/2014

As competências da Guarda Municipal estão dispostas nos artigos 4º e 5º da Lei nº 13.022/2014.

O artigo 4º e parágrafo único disciplinam, em suma, a competência geral da Guarda Municipal na proteção de bens, serviços, logradouros públicos e instalações, cujos bens se referem aos de uso comum, de uso especial e dominial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já o artigo 5º elenca através de seus dezoito incisos específicos sobre a atuação da guarda militar. Os dois primeiros incisos estão relacionados à proteção patrimonial, ou seja, vinculada à atividade precípua da guarda.

Analisando os incisos III, V, XVII e XIII verifica-se a competência da guarda municipal para atuar em defesa da segurança de pessoas, vejamos:

> Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:
>
> (...)
>
> III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;
>
> (...);
>
> V - colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;
>
> (...)
>
> XVII - auxiliar na segurança de grandes eventos e na proteção de autoridades e dignitários; e
>
> XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local.

Existem atribuições, conforme afirmam Zago; Carvalho (2015, p. 07), referente à colaboração de forma integrada com órgãos de segurança pública, prisão em flagrante, atuação junto à sociedade civil, dentre outras, consoante se verifica abaixo:

> Há ainda dispositivos que apontam para uma ação na área de segurança pública, como a possibilidade de "colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam para a paz social" (inc. IV) e o dever fixado de encaminhar ao delegado de polícia o autor de

> infração preso em flagrante delito (inc. XIV). Deve-se mencionar ainda a realização de discussões, junto à sociedade civil, de soluções e projetos locais "voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades". Ademais, há a previsão de interação e atuação conjunta com órgãos de diversas áreas, como defesa civil (inc. VIII), políticas sociais (inc. XI), polícia administrativa (inc. XII) e atendimento de emergências (XIII). Especialmente inovadora é a autorização para que as Guardas Municipais exerçam competências de trânsito (VI). 25 Nos dispositivos mencionados, observa-se especial ênfase do legislador no caráter preventivo e integrado da atividade da Guardas Municipais. A esses traços somam-se também os princípios fixados pelo art. 3.º da lei para a atuação das Guardas Municipais, como a "proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas" e a "preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas"

Houve uma ampliação das competências da Guarda Municipal em relação à redação originária prevista no §8º do art. 144 da Constituição Federal, e com isso, várias discussões se ambientaram no meio jurídico acerca da constitucionalidade destes dispositivos.

Sobre o assunto Lenza (2016), esclarece que:

> Em relação às competências (geral e específicas) previstas no art. 5.º do estatuto, a sua interpretação deverá sempre levar em conta os parâmetros constitucionais de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Por isso, parece ter razão o parecer da PGR que sustenta a inconstitucionalidade dos incisos VI, XIII e XVII do art. 5.º da Lei n. 13.022/2014 (atribuem às guardas municipais, em caráter primário, exercício de competências municipais de trânsito; atendimento de ocorrências emergenciais ou de pronto atendimento; auxílio na segurança de grandes eventos e proteção de autoridades e dignitários). Em relação às competências de trânsito, admitíamos apenas aquelas que pudessem ter alguma relação com a proteção de bens, serviços e instalações.

A polêmica envolvendo ao campo de atuação da guarda municipal não reside somente no âmbito jurídico-político é alvo de vários questionamentos dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

servidores/guardas municipais, haja vista, que com a ampliação das competências, passaram a reclamar a percepção de direitos concedidos às forças policiais, como o adicional de periculosidade. A hermenêutica atual sobre o assunto será tratada posteriormente

3.2. Atribuições e Competências da Guarda Municipal definidas no Estatuto da Guarda Municipal de Palmas/TO.

A instituição da Guarda Municipal corresponde a um ato discricionário do Paço Municipal, conforme disciplina o §8 do art. 144 da CF, corroborada pelo art. 6º[3] da Lei nº 13.022/2014.

Sendo assim, cada município disciplinará e regulamentará em Estatuto próprio, as atribuições da sua Guarda Municipal, utilizando como parâmetro, o Estatuto Geral e o Livro Azul das Guardas Municipais.

Para que não haja fuga do tema e explanações extensas sobre os diferentes estatutos municipais da guarda municipal existentes no país, será apresentada a título de exemplificação e de comparação com a norma geral, o Estatuto da Guarda Municipal do município de Palmas/TO.

A autorização para que a Guarda Municipal fosse implantada na cidade de Palmas/TO está estampada no art. 109[4] da Lei Orgânica Municipal, que assim estabelece: "O Município poderá constituir guarda municipal, força auxiliar destinada à proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos da lei".

A Guarda Metropolitana foi efetivamente instituída pela Lei Complementar nº 17, de 09 de fevereiro de 2000, sendo reestruturada e revogada, posteriormente, pela Lei Complementar nº 42, de 8 de novembro de 2001 (vigente).

As funções da guarda metropolitana estão estampadas no parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 42/2001, que assim dispõe:

> Art. 1º Observado o disposto no art. 109, da Lei Orgânica do Município de Palmas, fica instituída a Guarda Metropolitana de Palmas sob forma de atuação complementar, nos termos da Lei nº 973, de 8 de janeiro de 2001.
>
> Parágrafo único. A Guarda Metropolitana de Palmas tem como função, a proteção dos bens públicos municipais, serviços e instalações, controle, fiscalização, orientação e educação ambiental e, subsidiariamente, à complementação e apoio das

> atividades de segurança pública, no Município de Palmas, integrando a Polícia Comunitária.

O Estatuto da Guarda Metropolitana de Palmas/TO teve a maioria de seus artigos revogados, restando somente as funções acima transcritas.

O estatuto em referência não foi alterado após a edição do Estatuto Geral, portanto, as atribuições ainda não foram expressamente definidas no estatuto próprio.

4. PODER DE POLÍCIA E APOSENTADORIA ESPECIAL DA GUARDA MUNICIPAL: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS.

Com o advento da Lei nº 13.022/2014 várias questões foram postas quanto à constitucionalidade de algumas atribuições elencadas no artigo 5º, haja vista, que o guarda metropolitano poderá atuar em situações que fogem da proteção dos bens do Munícipio, expressamente estampada na Carta Magna.

Ao tratar do assunto, Lima (2015, p. 194-195), traz as seguintes considerações:

> A primeira constatação é que a Constituição Federal apresenta de forma taxativa os órgãos que compõe a Segurança Pública, apenas aqueles entes dispostos nos incisos do caput do art. 144. A Guarda Municipal não pode ser considerada como órgão de segurança pública, conforme expõe a extensa doutrina a respeito da temática. (...)
>
> A segunda constatação é que o limite de interpretação do art. 144, §8º, que dispõe sobre a função das Guardas Municipais, conforme a Constituição Federal, as referidas possuem funções limitadas de zelar pelo patrimônio, instalações e serviços do município. No entanto, a interpretação da definição de bens, do §8º, do Art. 144 deve ser limitada, no entendimento de não invadir as atribuições dos órgãos de segurança pública, consolidados nos incisos do caput do art. 144 da CF (...).

Para a autora a Constituição Federal fixa um rol taxativo dos órgãos que compõem a segurança pública, sendo vedado, portanto, a inclusão da guarda municipal nesta seara. Outro ponto aventado é o da impossibilidade da guarda municipal atuar em casos que não estejam relacionados à defesa do patrimônio, instalações e serviços públicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A guarda municipal tem por objetivo proteger bens, instalações e serviços municipais e não deve adentrar nas atribuições da polícia civil, militar ou federal, como tem sido feito por diversos paços municipais, ao utilizar a guarda municipal como polícia repressiva. Tal ato reveste-se de latente inconstitucionalidade. (AGRA, 2018, p. 777)

Fazendo duras críticas à Lei nº 13.022/2014, Moraes (2014) diz que:

> A legitimidade do poder de polícia as Guardas Municipais no exercício da segurança pública se depreende da hermenêutica dos dispositivos constitucionais e da legislação vigente. Buscando-se a mens legis, percebe-se que deve ser aplicado o princípio geral de direito de "quem pode o mais, pode o menos". O que não se justifica no Estado Democrático de Direito, o qual deve defender a legalidade e não o pensamento arbitrário. Deixando claro, a referida legislação a manutenção e preservação dos direitos humanos e civis do cidadão, mas ao exercer poderes que não lhe são afeitos as Guardas Municipais não estão fazendo valer a Constituição Federal, que não lhe outorga poder de policia ou poderes equiparados aos entes policiais, exercendo abordagens sem técnica e com a invasão na incolumidade dos munícipes ao tentar exercer diretamente o patrulhamento fardado ostensivo nas ruas dos municípios.

Para melhor compreensão desta discussão, cumpre trazer à baila o conceito de Poder de Polícia, que se encontra melhor empregado, no art. 78 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional:

> 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 tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O poder de polícia, portanto é um agente limitador, concedido pela Administração Pública no intuito de combater abusos e garantir o bem estar social. Sendo assim, a competência para exercer o poder de polícia é da pessoa federativa

como poderes de regular a matéria. Neste aspecto, em se tratando de interesses nacionais, a sua regulamentação e o policiamento seria da União, sê regionais as normas e polícia seriam da competência estadual, e para interesses locais a subordinação dar-se-ia pelos regulamentos e policiamento administrativo municipal. Deste modo, a guarda municipal teria poderes de polícia administrativa (CARVALHO FILHO, 2017, p. 78).

Estabelecendo as diferenças entre polícia judiciária e administrativa, Moreira Júnior (2017, p. 14) insere no contexto de polícia administrativa a guarda municipal, vejamos:

> Pelo até aqui exposto podemos visualizar que, em um primeiro plano, a polícia administrativa difere da polícia judiciária pelo momento em que agem. A primeira tem cunho preventivo, atuando para que o dano não se efetive. A segunda passa a agir quando o dano já foi consumado, tornando clara sua natureza repressiva. Desse modo podemos inferir que as Guardas Municipais atuam com o poder de polícia administrativo, na prevenção da vida, redução das perdas e danos, no patrulhamento preventivo, proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas, bem como o compromisso com a evolução social da comunidade, desse modo consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.

Sendo assim, divergindo dos posicionamentos anteriormente elencados, Bezerra (2018, p. 72), sustenta que, embora não conste no rol de órgãos responsáveis pela Segurança Pública, os guardas municipais a integram tendo em vista as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

> Quanto ao tema se as guardas municipais estariam ou não inseridas no contexto da segurança pública, recente decisão do STF no dia 25 de maio de 2017 parece ter elucidado a questão ao reconhecer que as guardas municipais desempenham serviço essencial de segurança pública, negando provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 846854, com repercussão geral, que defendia a competência da justiça do trabalho para julgar a abusividade da greve de guardas municipais que trabalham em regime celetista. Em seu voto, o ministro Alexandre de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Moraes, acompanhado por maioria, sustentou não haver competência da Justiça trabalhista neste caso, por tratar-se de área na qual o próprio STF reconheceu que não há direito à paralisação dos serviços, por ser essencial à segurança pública. Logo, se as guardas municipais exercem serviços essenciais a segurança pública e seus agentes estão proibidos de exercerem o direito de greve, segundo o próprio STF, cabe então deduzir que a questão resta pacificada daqui em diante.

Diante de tantas discussões sobre as competências e a própria natureza da guarda municipal, o Supremo Tribunal Federal fora instado a se manifestar sobre o tema, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5156/14 (em sede de repercussão geral), de autoria da Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais – FENEME, contra dispositivos da Lei nº 13.022/2014.

Dentre os pontos suscitados pela Federação na respectiva ADI, impetrada no mesmo ano de vigência da norma, reside a alegação de incompetência da União para legislar sobre guardas municipais; e o segundo contesta todos os dispositivos que, de alguma forma, atribuem competência para o Município desenvolver atividades de patrulhamento preventivo e de proteção da população. (BEZERRA, 2018). Acerca desta ADI, o ministro Gilmar Mendes, no dia 29 de maio de 2020, proferiu decisão extinguindo o feito pela ilegitimidade da Federação em propor Ação Direta de Inconstitucionalidade[5].

O Supremo Tribunal Federal, já proferiu decisão no RE 658.570[6], acerca da atuação da Guarda Municipal na fiscalização do trânsito:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. GUARDA MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE.
>
> 1. Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública. 2. A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais. 3. O Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a

> competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito. 4. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal. 5. O art. 144, § 8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia. Entendimento que não foi alterado pelo advento da EC nº 82/2014. 6. Desprovimento do recurso extraordinário e fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas.

A Suprema Corte em sede de repercussão geral já reconheceu a constitucionalidade do poder de polícia de trânsito das guardas municipais, que poderão então, em razão da sua competência, fiscalizar o trânsito, lavrar auto de infração de trânsito e impor multas.

Observa-se que há uma tendência no reconhecimento das competências insertas na Lei nº 13.022/14, e neste ponto, reside outro ponto comumente pleiteado por servidores/guardas municipais: a concessão de aposentadoria especial concedida às demais forças policiais ante a realização de uma atividade de risco e também o pagamento de adicional de periculosidade.

O Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, em decisão prolatada no Mandado de Injunção nº 6.908 DF[7], no dia 29 de novembro de 2019, entendeu que o guarda municipal não faz jus à concessão de aposentadoria especial prevista na Lei Complementar nº 51/1985, sob o fundamento que só há omissão inconstitucional quando o risco seja, inequivocamente, inerente ao ofício, e que eventual exposição às situações de risco a que podem estar sujeitos os guardas municipais, não garante direito subjetivo constitucional à aposentadoria especial.

Nos termos do inciso II e § 1º do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT:

> Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:
>
> (...)
>
> II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.
>
> § 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.
>
> (...)

Depreende-se dos dispositivos que aquele que exerce atividade de segurança de pessoas ou de patrimônios tem o direito a receber adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário, por atuar em condições de periculosidade. Embora o artigo se encaixe perfeitamente ao trabalho desenvolvido pelo guarda municipal, inúmeras são as decisões judiciais que denegam o pedido da periculosidade, por considerarem que, uma vez regidos por Estatuto, os guardas municipais não seriam alcançados pela CLT. Sendo assim, o adicional de periculosidade somente poderá ser concedido, se houver norma municipal neste sentido. (BEZERRA, 2015, p. 3-4)

Não há, portanto, uniformidade quanto ao pagamento do adicional de periculosidade, eis que a sua aplicação é discricionária a cada município que instituiu a guarda municipal. No entanto, tramita na Câmara Federal um projeto de Lei que visa garantir aos guardas municipais, o adicional de periculosidade, com todos os efeitos jurídicos cabíveis, inclusive os previdenciários, conforme será estudado no item que se segue.

5. O PROJETO DE LEI Nº 4177/19.

Tramita na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 4177/2019[8], de relatoria do Deputado Federal Roberto de Lucena (PODE-SP), que visa alterar a Lei nº 13.022, de 08 de agosto de 2014, que dispõe sobre o estatuto das guardas municipais, reconhecendo a atividade como insalubre e de risco, para todos os fins legais, inclusive previdenciários.

De acordo com a proposta, o projeto em tela reconhece a atividade dos guardas municipais como sendo insalubre, inclusive para fins previdenciários, sendo

assim, uma vez aprovada ficará assegurado aos guardas municipais, ativos ou aposentados, a percepção do adicional da remuneração a título de periculosidade e insalubridade, de caráter indenizatório.

Na data desta pesquisa, o projeto encontra-se aguardando designação de Relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Insta ressaltar ainda, que no Livro Azul das Guardas Municipais há um título destinado à Proposta de Projeto de Lei alterando a Lei nº 13.022/2014 (BRASIL, 2019, p. 92-94). Consta na aludida proposta, dentre outros, o reconhecimento das atividades da guarda municipal como exclusivas de Estado e o pagamento de indenização por Atividade de Risco Policial, em percentual não inferior a 30% (trinta por cento) da remuneração total, da mesma forma como fora proposto no Projeto de Lei 4177/2019.

Se for aprovada, a Lei passará a reconhecer a periculosidade das atividades exercidas pelo guarda municipal e do risco em que incorrem na proteção dos bens municipais, das pessoas e quando agem em contribuição às demais frentes policiais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Guarda Municipal poderá ser instituída no âmbito municipal, por vontade legislativa do chefe do poder executivo municipal para a proteção dos bens públicos, consoante previsão inserta na Constituição Federal.

Por se tratar de norma de eficácia limitada tal previsão constitucional pendia de Lei Complementar para dispor sobre as diretrizes gerais para esta instituição, desta feita, foi promulgada no dia 08 de agosto de 2014, a Lei Complementar nº 13.022.

Neste mesmo ano, foi impetrada uma ADI (pendente de decisão), para questionar alguns dispositivos insertos na referida lei, que estendeu as atribuições dos guardas municipais para além da tutela de bens municipais, sendo abrangidas as fiscalizações de trânsito, proteção de pessoas, dentre outras.

Com a ampliação das atribuições, os guardas municipais reivindicam judicialmente o reconhecimento de sua atividade como de risco para fins de aposentadoria especial e adicional de periculosidade. Há decisão do Supremo Tribunal Federal definindo que o guarda municipal pode atuar na fiscalização de trânsito, exercendo para tanto, o seu respectivo poder de polícia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De outra ponta, o Supremo Tribunal Federal denegou o direito aos guardas municipais à Aposentadoria Especial, dispensada às forças de segurança pública.

A guarda municipal está inserida no contexto atual da Segurança Pública brasileira, embora não conste expressamente na Constituição Federal. Trata-se de uma instituição indispensável para a manutenção da ordem e da segurança de bens e pessoas, no âmbito municipal.

Sendo assim, é inegável que as atividades por eles exercidas são consideradas de risco e devem perceber dos mesmos direitos concedidos às polícias brasileiras, sob pena de infração ao princípio da isonomia.

Ademais, há de se estabelecer uma padronização nas normas municipais que instituírem as atribuições dos Guardas Municipais e seus subsídios. Estes imbróglios devem ser enfrentados com urgência pelo Poder Executivo e Judiciário, haja vista, tratar-se de pessoas, que diuturnamente são expostas às mais diferentes tarefas, sem a razoável contraprestação e isonomia jurídica.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum: 2018.

BEZERRA, David Batista. **Adicional de Periculosidade no labor de guardas municipais**: análise jurídica do caso de Macau/RN em confronto com realidade alguns municípios do Brasil. 2015. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-132/adicional-de-periculosidade-no-labor-de-guardas-municipais-analise-juridica-do-caso-de-macau-rn-em-confronto-com-realidade-de-alguns-municipios-do-brasil/> Acesso em: 01 de mai. 2020

BEZERRA, Thaís Maia Carvalho. Competência Municipal concernente a Segurança Pública com advento da Lei Federal nº 13.022/2014. **Revista de Criminologia e Políticas Criminais**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61 – 80, | jul-dez. 2018. Disponível em: < https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/4766/0> Acesso em: 01 mai. 2020.

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

_____. **Lei nº 13.022, de 8 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: 25 abr. 2020.

_____. **Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018**. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). **Livro Azul das Guardas Municipais do Brasil**. Brasília-DF, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/guarda-municipal/download/livro_azul/livro-azul-das-guardas-municipais-do-brasil_111100-dez-19.pdf> Acesso em 28 abr. 2020.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Mauriti de Campos. Análise Jurídica da Lei nº 13.022 DE 08/08/14 diante das Atribuições Constitucionais das Polícias Militares. **RHM Homens do Mato - Revista Científica de Pesquisa em Segurança Pública**. Mato Grosso, v. 15, n. 1, jul/dez 2015. Disponível em: http://revistacientifica.pm.mt.gov.br/ojs/index.php/semanal/article/view/287/pdf_188 Acesso em: 27 abr. 2020.

MOREIRA JÚNIOR, Luciano José. **O Poder de Polícia das Guardas Municipais e a Municipalização da Segurança Pública**. 2017. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/59842/o-poder-de-policia-das-guardas-municipais-e-a-municipalizacao-da-seguranca-publica> Acesso em: 01 mai. 2020.

NASCIMENTO NETO, Luiz Elias do. **Guarda Municipal: uma análise histórico-jurídica.** 2016. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/51758/guarda-municipal-uma-analise-historico-juridica > Acesso em: 27 abr. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

ZAGO, Mariana Augusta dos Santos; CARVALHO, Guilherme Siqueira de. O Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei n 13.022/2014): considerações sobre sua constitucionalidade à luz da repartição federativa de competências. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. nov-dez. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.21.09.PDF. Acesso em: 29 abr. 2020.

NOTAS:

[1] VIEIRA, Murilo Braz, Mestre em Prestação Jurisdicional e direitos humanos (UFT). Professor do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. E-mail: prof.murilobraz@fasec.edu.br.

[2] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). Livro Azul das Guardas Municipais do Brasil. Brasília-DF, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/guarda-municipal/download/livro_azul/livro-azul-das-guardas-municipais-do-brasil_111100-dez-19.pdf> Acesso em 28 abr. 2020.

[3] Art. 6º O Município pode criar, por lei, sua guarda municipal.

Parágrafo único. A guarda municipal é subordinada ao chefe do Poder Executivo municipal.

[4] BRASIL. **Lei Orgânica do Município de Palmas**. Disponível em: < https://www.palmas.to.leg.br/processo-legislativo/legislacao/lei-organica-do-municipio/lei-organcia-do-municipio-de-palmas-atualizada-2016.pdf/view> Acesso em: 29 abr. 2020.

[5] STF. ADI 5156. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343259275&ext=.pdf> Acesso em: 10 jun. 2020.

[6] (RE 658.570, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, j. 06.08.2015, DJe de 30.09.2015)

[7] MI 6.908 – DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 2ª turma. Julgado em 29 nov. 2019. Disponível em:

< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751583194 > Acesso em: 01 mai. 2020.

[8] BRASIL. Projeto de Lei 4177/2019. Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2213232> Acesso em: 27 abr. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A PESSOA JURÍDICA NO POLO PASSIVO DOS CRIMES CONTRA A HONRA COM ÊNFASE NO CRIME DE DIFAMAÇÃO

THAINA ALVES CARDOSO:
Bacharelanda do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ages. Despite this, there is still a strong doctrinal and jurisprudential opposition that rules out such protection in relation to crimes against the honor of the legal person. That said, beisg the present research (in which the qualitative-bibliographic methodology will be used, whose foundation rests on the understanding of the legal person as a passive subject in crimes against honor, that is, defamation) based on the analysis of the Brazilian law and jurisprudence, as well as doctrines and articles consistent with the theme.

***KEYWORDS*:** Honor. Legal person. Passive subject. Defamation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1 O Nascimento da Pessoa Jurídica. 1.2 A Distinção Legal da Entidade Jurídica. 1.3 Da Personalidade Jurídica Adquirida. 2. Dos Crimes Contra a Honra. 2.1 Calúnia. 2.2 Difamação. 2.3 Injúria. 3. A Pessoa Jurídica como Sujeito Passivo do Crime de Difamação. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A necessidade do Direito de adequar-se à evolução dos comportamentos virtuais mostra-se inadiável. Diante do atual contexto socioeconômico, percebe-se que a pessoa jurídica possui significante participação nas relações sociais, sendo que não é incomum ao navegar na internet deparar-se com comentários e postagens que degradam a imagem e reputação de diversas empresas.

Da mesma forma que as informações se propagam no meio *online* com rapidez, o alcance das ofensas à uma entidade acarretam em danos inimagináveis à sua imagem, uma vez que dado a sua personalidade própria apartada dos seus sócios, a pessoa jurídica é capaz de praticar atos jurídicos e possui reputação a zelar perante a coletividade, de forma que, quando é ofendida, é necessário verificar a possibilidade de responsabilização criminal.

Ocorre que não é pacífico o entendimento sobre a proteção da honra da pessoa jurídica, inclusive, há uma visão conservadora que não aceita que a pessoa jurídica figure como vítima dos crimes contra a honra. Este artigo possui como principal objetivo investigar a possibilidade de uma entidade fictícia e criada por lei

ter sua honra resguardada contra fatos imputados que sejam ofensivos à sua reputação.

Inicialmente, pretende-se analisar a natureza e a formação da entidade fictícia, ressaltando a diferença entre pessoa física e pessoa jurídica, bem como a classificação legal desta última, para então demonstrar como funciona a aquisição e proteção da personalidade jurídica. Em seguida serão apresentados os fundamentos da honra e suas espécies (objetiva e subjetiva) para averiguar se e qual tipo se aplica à pessoa jurídica, bem como introduzir alguns conceitos das condutas criminosas que tutelam a honra no ordenamento jurídico.

Por fim, serão apresentados os argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais que são contra e favor do tema abordado e que irão corroborar e sustentar a conclusão desta pesquisa.

1.1 O NASCIMENTO DA PESSOA JURÍDICA

O homem é um ser social, e é de sua natureza viver em sociedade, seja em grupos de caça na pré-história, seja em associações de negócios da era moderna. E assim como há séculos já existem grupos sociais, dentro destes grupos há relações sociais, e há o direito para regular essas relações. O direito surge da convivência de indivíduos em sociedade, e possui o dever de disciplinar as relações sociais.

Ocorre que a reunião de pessoas em sociedade surgiu de um fator, a necessidade, a qual nem sempre pode ser suprida pelo próprio indivíduo. Para Gonçalves (2018, p. 108), "sem a participação e cooperação de outras pessoas, em razão das limitações individuais". No entanto, nem sempre as necessidades dos indivíduos se alinham com os objetivos daquele grupo, havendo então um conflito de interesses.

O direito entra então, como um regulador das relações sociais, para assegurar participação das unidades coletivas da vida jurídica, e para garantir que se cumpra a finalidade para qual foram criadas. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 108) "a pessoa jurídica é, portanto, proveniente desse fenômeno histórico e social".

Inicialmente, é de suma importância apresentar a acepção jurídica de pessoa. Maria Helena Diniz (2012, p. 129) traz que pessoa "é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito". Neste ponto, deve-se esclarecer que, para o direito, a pessoa pode ser física (natural) ou jurídica (entidade legal).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A pessoa física é nada menos que o próprio ser humano, o qual desde o início de sua existência é sujeito de direitos e obrigações. A pessoa jurídica pode ser definida como uma reunião de bens ou pessoas que, unidas com o mesmo propósito, adquirem personalidade jurídica própria. Roborando o assunto, José de Oliveira Netto (2012, p. 427) traz a acepção legal do termo pessoa jurídica como sendo:

> Uma unidade jurídica resultante de uma coletividade de pessoas organizadas com estabilidade para fins de utilidade pública ou privada, distinta de cada indivíduo que a compõe e dotada de capacidade para possuir e exercitar seus direitos patrimoniais com a sua natureza, bem como o incremento dos direitos públicos.

Ainda, Tarcisio Teixeira (2018, p. 152) complementa que:

> A pessoa jurídica é um ente criado a partir da técnica jurídica, tendo, no caso da sociedade, por fim o desenvolvimento de atividade econômica. Ela não se confunde com os indivíduos que a compõem, pois tem sua própria personalidade jurídica.

Existem diversas teorias que questionam a realidade da pessoa jurídica e a sua capacidade de direito. Há teorias negativistas, que negam a existência da pessoa jurídica, que recusam a ideia de uma associação de bens e indivíduos com personalidades distintas; e teorias afirmativas, com mais adeptos na doutrina, que reconhecem que existem entidades orgânicas, individuais e reconhecidas por lei. Serão tratadas aqui as teorias afirmativistas, que formam a base do conceito legal da pessoa jurídica no direito brasileiro.

Destaca-se a classificação de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 109), o qual explica que "as diversas teorias afirmativistas existentes podem ser reunidas em dois grupos: o das teorias da ficção e o das teorias da realidade".

Primeiramente, Gonçalves (2018, p. 109) ensina que para a teoria da ficção do jurista alemão Friedrich Carl von Savigny, oriunda do século XIX, a pessoa jurídica existe apenas como uma representação fictícia da lei, ou seja, uma visão prática criada pelo homem para concretizar o objetivo de determinadas entidades de exercer direitos patrimoniais. Contrariando a ideia anterior, tem-se a teoria alemã da realidade objetiva ou orgânica, de Otto von Gierke e Ernst Zitelmann, a qual entende que a pessoa jurídica tem identidade própria, mas não personalidade técnica.

Ainda, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2012, p. 265) apresenta outra teoria germânica, a da equiparação, de Bernhard Windscheid e Alois von Brinz, na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

qual a pessoa jurídica possui seu conjunto de bens, direitos e obrigações equiparados aos da pessoa natural. No entanto, nos dizeres da própria autora, a teoria da equiparação "é inaceitável porque eleva os bens à categoria de sujeito de direitos e obrigações, confundindo pessoas com coisas".

De acordo com Tartuce (2015, p. 154), o Código Civil de 2002 adotou a teoria da realidade técnica, cuja criação sobreveio da junção de duas teorias justificatórias e afirmativas já citadas: a teoria da ficção e a teoria da realidade orgânica ou objetiva.

A teoria da realidade técnica ou da "realidade das instituições jurídicas", assim batizada por Diniz (2012, p. 265) é defendida pelo francês Maurice Hauriou, reconhece a existência e atribui personalidade à pessoa jurídica, sendo esta última a teoria adotada pelo art. 45 do Código Civil (BRASIL, 2002), cuja redação dispõe que:

> Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Extrai-se deste artigo que a criação legal das pessoas jurídicas de direito privado dá-se no momento do registro do contrato social, no órgão competente, qual seja a Registro Público das Empresas Mercantis (Junta Comercial), o que lhe confere personalidade jurídica.

1.2 A DISTINÇÃO LEGAL DA ENTIDADE JURÍDICA

O Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) é um compêndio de normas que disciplina as relações jurídicas que se formam entre as pessoas (físicas ou jurídicas) que vivem em sociedade. O referido Código, afirma Gonçalves (2018, p. 115), classifica a pessoa jurídica pela função ou à órbita de sua atuação, havendo, nesse caso, duas espécies de entidades, as de direito público e as de direito privado.

Os artigos 41 e 42 do Código Civil de 2002 relacionam as pessoas jurídicas de direito público que são, no entendimento de Flávio Tartuce (2015, p. 156), uma união de bens e pessoas que se somam e se coletivizam para atender o interesse público, externo ou interno.

As pessoas jurídicas de direito público interno são "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as associações públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei" (art. 41). Enquanto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que as pessoas jurídicas de direito público externo são todos "os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público" (art. 42) (BRASIL, 2002).

Já as pessoas jurídicas de direito privado são "as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada" (art. 44) (BRASIL, 2002).

E, não obstante, Tartuce (2015, p. 156) esclarece que apesar de apresentar algumas pessoas jurídicas de direito privado, o rol art. 44 do Código Civil de 2002, não as prevê de forma exaustiva, haja vista que mesmo sendo criadas por lei, são unidades instituídas pela vontade de particulares, visando atender aos seus próprios interesses e objetivos, podendo existir como outras modalidades.

1.3 DA PERSONALIDADE JURÍDICA ADQUIRIDA

O direito à personalidade é a proteção inata, intrínseca, da pessoa humana, assim como os direitos à vida digna, liberdade, nome, imagem, honra, dentre outros. Anderson Schreiber (2013, p. 223) explica que não há *numerus clausus* dos direitos da personalidade, ou seja, não podem ser enumerados em um único e definitivo rol de direitos, e que como são direitos vitais, sua natureza e entendimento não são fixos, variando de acordo com os costumes da sociedade, vez que a dignidade humana em si também não é um conceito único e fechado, sendo que a categorização destes direitos levaria a uma limitação do alcance dos mesmos.

Entende-se que esta é uma das razões pela qual o Código Civil Brasileiro de 2002 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não esgotam as formas de proteção do ser humano, pois os direitos que já estão previstos nestas leis são apenas, como explica Schreiber (2013, p. 223), uma demonstração das garantias que são necessárias para assegurar a dignidade da pessoa humana de forma expressa e reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Não há lei que defina o conceito de personalidade, cabendo à doutrina fazê-lo. De acordo com Oliveira Netto (2012, p. 426), a personalidade é definida como a "qualidade para ser sujeito ativo ou passivo de direito, também da qualidade de pessoa legal ou jurídica, outrossim, da existência legal da pessoa, singular ou coletivamente considerada".

O art. 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) ainda estabelece que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", trata-se do direito preliminar e universal que um indivíduo possui, desde o início de sua existência, para participar e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

exercer atos no mundo jurídico. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 49) afirma que:

> O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.

A personalidade jurídica, de acordo com Tarcisio Teixeira (2018, p. 152), é uma figura pela qual a entidade, possui potencial para garantir seus direitos e contrair obrigações, adquirindo para tanto, capacidade para atuar em negócios jurídicos. Dito isso, revela-se que as pessoas jurídicas podem ter personalidade jurídica de direito privado ou personalidade jurídica de direito público. A questão é que, a pessoa jurídica, tanto de direito público quanto de direito privado, não nasce com personalidade jurídica, sendo necessário, portanto, adquiri-la.

Em relação às unidades públicas, é o próprio Estado que atribui personalidade aos órgãos públicos. Assim esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 143):

> O Estado tanto pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que tem constitucionalmente a seu encargo, como pode prestá-las através de outros sujeitos. Nesta segunda hipótese, ou transfere a particulares o exercício de certas atividades que lhe são próprias ou, então, cria outras pessoas, como entidades adrede concebidas para desempenhar cometimentos de sua alçada. Ao criá-las, a algumas conferirá personalidade de Direito Público e a outras personalidade de Direito Privado.

Já a pessoa jurídica de direito privado somente adquire personalidade jurídica através da inscrição do ato constitutivo da sociedade no registro próprio e na forma da lei, como extrai-se dos artigos 45, 985 e 1.150 do Código Civil (BRASIL, 2002).

No caso das pessoas jurídicas, os direitos da personalidade são protegidos por equiparação aos da pessoa física pelo art. 52 do Código Civil (BRASIL, 2002), cuja redação diz que "aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E assim, a entidade legal também se torna sujeito de direito e obrigações. Com efeito, Tarcisio Teixeira (2018, p. 153) aduz que é por causa da própria personalidade jurídica que a sociedade pode litigar em juízo, seja como parte autora ou vítima, podendo, assim, acusar e defender-se contra ofensas de terceiros.

O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já possui entendimento consolidado por súmula, a qual além de presumir a sua capacidade postulatória também diz que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral" (Súmula 227) (BRASIL, 1999).

Cita-se, aqui alguns dos direitos relacionados à personalidade da pessoa jurídica, que podem ser cobrados em juízo, dentro os quais pode-se mencionar, o direito à proteção do nome e marcas industriais prevista no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), bem como, o direito à identidade própria (art. 46, incisos I e II), patrimônio próprio (art. 49-A), administração própria (art. 46, IV), domicílio próprio (art. 75), garantidos pelo Código Civil (BRASIL, 2002).

2.DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Desde a época das sociedades organizadas mais antigas, explica Bitencourt (2012, p. 777), a honra tem sido um direito ou interesse penalmente tutelada quando ofendida. Em Roma, continua Bitencourt (2012, p. 777), a honra era vista como uma característica intrínseca do indivíduo, sendo que seu *status* era definido por ela. Durante a Idade Média, o Direito Canônico cuidava das ofensas contra a honra, da moralidade e da intimidade tratando-se, segundo Bitencourt (2012, p. 777), de um interesse coletivo pois eram vistos como jurídicos indispensáveis para a paz social.

Apesar de não haver um conceito legal, Oliveira Netto (2012, p. 322) define a honra como uma qualidade particular do indivíduo que, dentre outras virtudes, se comporta com integridade, atuando nos moldes da moral, sendo visto pela sociedade como digno da admiração pública.

Em nível internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 ou Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, reconheceu a proteção da honra e da dignidade em seu art. 11:

> 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.

Posteriormente, o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) previu que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Os crimes contra a honra estão previstos no Título I, Capítulo V, do Código Penal (BRASIL, 1940): são delitos nos quais o bem jurídico tutelado é a honra do ofendido, seja em sua dimensão subjetiva ou objetiva. A honra subjetiva é o sentimento de apreço pessoal que a pessoa tem de si mesma e a honra objetiva é o apreço que os outros têm pela pessoa, está ligada à imagem da pessoa perante o corpo social.

Os crimes contra a honra exigem que a vítima ou a pessoa no polo passivo seja determinada e identificada, no entanto, Hentz, Rosa e Mandarino (2015, p. 408) destacam que:

> [...] alusões afrontosas, contumeliosas e ultrajantes endereçadas genericamente a grupos de pessoas (médicos, evangélicos, artistas, funcionários públicos etc.) não caracterizam os tipos penais que protegem a honra, salvo quando, mediante referência à comunidade, a ofensa visa a uma pessoa determinada que dela faz parte. Se a ofensa for dirigida contra várias, que não façam parte de um grupo homogêneo, haverá tantos crimes quantas sejam as pessoas.

No capítulo V, o Código Penal tutela os crimes que ofendem os bens imateriais da pessoa, neste caso, a honra. O Código dispõe que são crimes contra a honra: a calúnia, a difamação e a injúria, e estão previstos, respectivamente nos artigos 138, 139 e 140. (BRASIL, 1940).

2.1 CALÚNIA

Segundo Greco (2017, p. 615) a calúnia distingue-se por ser o mais grave dos crimes contra a honra. Caluniar alguém é fazer uma acusação falsa de uma conduta definida como crime por lei. Nestes termos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 138 – **Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:**
>
> Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
>
> §1º – Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.
>
> §2º – É punível a calúnia contra os mortos. (grifo nosso) (BRASIL, 1940)

De acordo com Capez (2012, p. 380) o objeto jurídico do crime de calúnia é a honra objetiva, a qual está ligada à reputação da vítima, ou seja, à visão da sociedade em relação ao indivíduo, no tocante às suas características particulares.

Para que haja a consumação deste crime, não é necessário que a ofensa seja realizada mediante palavras (escritas ou faladas), podendo ser realizada mediante gestos, insinuações, consumando-se com a divulgação da calúnia para terceiro.

Não há calúnia, assevera Bitencourt (2012, p. 794), quando a ofensa decorre de incontinência verbal, ou seja, de uma discussão acalorada, quando uma pessoa emite conceitos depreciativos sem sopesar sobre o que se tratam.

Mister se faz ressaltar que, como salienta Greco (2017, p. 615), também configurará calúnia quando o fato acusado for verdadeiro. Neste caso, a falsa imputação será referente ao fato de que a vítima de calúnia seria a autora de um fato definido como crime por lei.

Um exemplo do crime de calúnia, seria no caso de Fulano postar uma história de que Cicrano teria cometido um furto, que é um crime pelo art. 155 do Código Penal, ao adentrar em sua residência e ter afanado um celular. Neste caso, Fulano cometeu calúnia contra Cicrano. Também caracterizaria calúnia se Beltrano, sabendo da falsidade das acusações de Fulano contra Cicrano, compartilhasse a ofensa a terceiros.

No que tange aos sujeitos ativo e passivo, por se tratar de um crime comum, entende-se que, via de regra, qualquer pessoa pode praticá-lo ou ser vítima dele, inclusive os mortos.

2.2 DIFAMAÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O artigo 139 do Código Penal (BRASIL, 1940) define como crime a seguinte conduta: "difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação. Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa".

A difamação ofende o valor social do indivíduo perante a sociedade e também tem como bem jurídico tutelado a honra objetiva do ofendido.

Neste crime, ao contrário da calúnia, não é necessário que o fato imputado ao ofendido seja um crime, consoante Capez (2012, p. 392) esclarece que para a configuração do crime de difamação não é necessário que o fato atribuído a vítima seja falso, ou seja, mesmo que a ofensa seja verdadeira, ao ofender a reputação de uma pessoa, o agente ainda cometerá o crime de difamação. Ademais, Greco (2017, p. 630) complementa que:

> Para que se configure a difamação deve existir uma imputação de fatos determinados, sejam eles falsos ou verdadeiros, à pessoa determinada ou mesmo a pessoas também determinadas, que tenha por finalidade macular a sua reputação, vale dizer, sua honra objetiva.

Como se depreende dos autores citados, na difamação pune-se qualquer fato que ofenda a reputação de uma pessoa, por exemplo, um indivíduo compartilha em determinada rede social que a pessoa X lhe deve e é mal pagadora. Deixar de pagar contas não é crime, não importa se a pessoa X pagou ou deixou de pagar, apenas que este fato incorre em danos à sua reputação.

Em relação ao tipo, também se trata de crime comum. Assim sendo, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, não se exigindo, também, qualidade especial do sujeito passivo, bastando, para tanto, apenas que a vítima tenha capacidade suficiente para entender que sua honra pessoal está sendo ofendida.

A principal diferença entre calúnia e difamação, diz Bitencourt (2012, p. 804), resulta na natureza da ofensa. Para o crime de calúnia o fato imputado à pessoa é definido como crime por lei, enquanto que na difamação se ofende a reputação da vítima, de forma depreciativa para os outros, mas que não é crime.

Já o que distingue a difamação da injúria, continua Bitencourt (2012, p. 804), é que na primeira imputa-se fato ofensivo a reputação da vítima e na segunda o agente apenas emite conceitos que desvalorizam a honra da vítima, sem acusá-la de praticar fato não criminoso.

2.3 INJÚRIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao contrário dos crimes de calúnia e difamação, a injúria não busca proteger a honra objetiva, mas sim a honra subjetiva. Desta forma, é crime:

> Art. 140 - **Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:**
>
> Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.
>
> §1º – O juiz pode deixar de aplicar a pena:
>
> I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
>
> II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.
>
> §2º – Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:
>
> Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.
>
> §3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
>
> Pena – reclusão de um a três anos e multa. (grifo nosso) (BRASIL, 1940)

Deve-se ressaltar outra diferença da injúria: neste crime, o objeto de ofensa não é um fato injurioso, mas uma emissão de um conceito que ofenda a dignidade e o decoro da pessoa ofendida, os quais são definidos por Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 864) como:

> **Dignidade** é o sentimento da própria honorabilidade ou valor social, que pode ser lesada com expressões tais como "bicha", "ladrão", "corno" etc. **Decoro** é o sentimento, a consciência da própria respeitabilidade pessoal; é a decência, a respeitabilidade que a pessoa merece e que é ferida quando, por exemplo, se chama alguém de "anta", "imbecil", "ignorante" etc. Dignidade e decoro abrangem os atributos morais, físicos e intelectuais. (grifo nosso)

injúria é um crime formal, ou seja, para que haja consumação, não é necessária a divulgação do fato ofensivo, é necessário somente que a própria vítima tome conhecimento das ofensas, independentemente do fato de esta se sentir ou não ofendida, também seja de forma oral ou escrita.

É o caso do exemplo da falsa acusação de furto no crime de calúnia, se Fulano tivesse apenas xingado Cicrano de ladrão, a ofensa à sua reputação seria na forma de injúria. Da mesma forma se o tivesse chamado de burro ou imbecil, seja verbalmente ou por mensagem. Ainda, se o xingamento fosse sobre a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, o crime seria de injúria discriminatória, cuja apena é majorada para a reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Os sujeitos ativos e passivos também podem ser qualquer pessoa, vez que não há exigência legal de nenhuma qualidade especial para tanto. Os mortos, ao contrário da calúnia, não podem ser injuriados.

3. A PESSOA JURÍDICA COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE DIFAMAÇÃO

A honra das pessoas físicas já é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais em relação à possibilidade de a pessoa jurídica figurar no polo passivo dos crimes contra a honra, especialmente quanto ao crime de difamação, mesmo que, via de regra, não exista nenhuma exigência legal para ser vítima dele.

Em relação aos crimes de injuria e calúnia, o entendimento majoritário, afirma Capez (2012, p. 381), é que não se aplicam à pessoa jurídica. A controvérsia descansa, principalmente, em relação aos julgamentos dos tribunais, vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.091/DF (publicado em 23 maio de 2003), no sentido de que é possível a pessoa jurídica ser vítima dos crimes de difamação:

> LEGITIMIDADE - QUEIXA-CRIME - CALÚNIA - PESSOA JURÍDICA - SÓCIO-GERENTE. **A pessoa jurídica pode ser vítima de difamação, mas não de injúria e calúnia.** A imputação da prática de crime a pessoa jurídica gera a legitimidade do sócio-gerente para a queixa-crime por calúnia. (grifo nosso) (BRASIL, 2003)

Contrariamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou seu atual entendimento de que somente a pessoa humana pode ser sujeito passivo na difamação:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DIFAMAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. C. PENAL. SÚMULA 83-STJ. **Pela lei em vigor, pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra previstos no C. Penal.** A própria difamação, ex vi legis (art. 139 do C. Penal), só permite como sujeito passivo a criatura humana. Inexistindo qualquer norma que permita a extensão da incriminação, nos crimes contra a pessoa (Título I do C. Penal) não se inclui a pessoa jurídica no pólo passivo e, assim, especificamente, (Cap. IV do Título I) só se protege a honra das pessoas físicas. (Precedentes). Agravo desprovido. (grifo nosso) (BRASIL, 2005)

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OFENSAS. PESSOA JURÍDICA. HONRA SUBJETIVA. IMPERTINÊNCIA. HONRA OBJETIVA. LESÃO. TIPO DE ATO. ATRIBUIÇÃO DA AUTORIA DE FATOS CERTOS. BOM NOME, FAMA E REPUTAÇÃO. DIREITO PENAL. ANALOGIA. DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E CALÚNIA. [...] **A pessoa jurídica, por não ser uma pessoa natural, não possui honra subjetiva, estando, portanto, imune às violências a esse aspecto de sua personalidade, não podendo ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio e autoestima.** [...] (grifo nosso) (BRASIL, 2017)

Doravante, apesar de existirem doutrinadores que defendam a possibilidade de a pessoa jurídica ser vítima de crimes contra honra, partidários da corrente moderna, também há fortes argumentos daqueles que contrapõem esta ideia, alinhados com a corrente tradicional.

Para a corrente tradicional, Fernando Capez (2012, p. 381) aduz que esta é "fiel ao brocardo romano *societas delinquere non potest*, a pessoa jurídica não pratica crime" de forma que devido à existência deste princípio a pessoa jurídica não poderá figurar com vítima de nenhum crime. Nelson Hungria (1980 *apud* HENTZ; ROSA; MANDARINO, 2015, p. 410) já advertia que:

> Em face do Código atual, somente pode ser sujeito passivo de crime contra a honra a pessoa física. Inaceitável é a tese de que também a pessoa jurídica pode, sob o ponto de vista jurídico-penal, ser ofendida na sua honra. (...) Ora, a pessoa jurídica é pura ficção, estranha ao direito penal. Não tem honra senão

> por metáfora. Falta o íntimo sentimento moral, de modo que as ofensas à honra de uma pessoa jurídica não são, de fato, senão ofensas à honra das pessoas físicas que a representam. (...) Uma ficto juris (que tal é, indiscutivelmente a pessoa jurídica) não pode ser ampliada além da utilidade prática para que foi criada. O direito privado, ao fingir a pessoa jurídica distinta das pessoas físicas que as compõem, fê-lo tão somente para fins patrimoniais ou econômicos. A pessoa jurídica não é instituto ou conceito de direito penal.

Também há Mirabete (2006 *apud* CUNHA, 2016, p. 138) a qual assevera que "o ente fictício não pode ser sujeito passivo de nenhum crime contra a honra, vez que o presente capítulo está elencado no título dos 'crimes contra a pessoa', que tem como vítima apenas a pessoa física".

O primeiro argumento da corrente doutrinária moderna, explicam Hentz, Rosa e Mandarino (2015, p. 414) é o de que as pessoas jurídicas, por serem capazes e autônomas, possuem um conceito social próprio, de forma que, consoante Rogério Greco (2017, p. 635-636) a pessoa jurídica pode ser vítima de difamação:

> Uma vez que, possuindo honra objetiva, esta poderá ser afetada em virtude da conduta praticada pelo agente, levada a efeito para denegrir sua imagem perante a sociedade, podendo, com esse comportamento, macular, por exemplo, sua credibilidade.

Roborando o assunto, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 837-838) afirma que:

> Ninguém ignora os danos e abalos de créditos que as pessoas jurídicas podem sofrer se forem vítimas de imputações levianas de fatos desabonadores do conceito e da dignidade que desfrutam no mercado, e esses valores — conceito e dignidade — são definidos como honra relativamente à pessoa física. Logo, a ofensa a esses valores pode caracterizar, igualmente, crime, observadas as demais peculiaridades.

Cumpre salientar que, apesar de compreender os danos que a entidade pode sofrer com falsas ofensas a sua reputação, Bitencourt (2012, p. 783) ainda argumenta que a "pessoa jurídica, por faltar-lhe a capacidade penal, não pode ser sujeito ativo dos crimes contra a honra".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O segundo argumento, surgiu com a edição do art. 3º, *caput*, da Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, chamada de Lei dos Crimes Ambientais, a qual dispõe que:

> 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. (BRASIL, 1998)

O raciocínio decorre da Lei dos Crimes Ambientais e firma-se na seguinte premissa: se a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crime, também pode ser sujeito passivo. Assim concorda Federico Amado (2014, p. 630) que acredita que a pessoa jurídica possui capacidade postulatória desde antes da Lei 9.605/1998:

> [...] como os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, bem como em razão do Princípio da Supremacia da Constituição, entende-se que mesmo antes do advento da Lei 9.605/1998 já era possível responsabilizar criminalmente um ente moral.

Este pensamento fundamenta-se nos arts. 225, parágrafo 3º, e 173, parágrafo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e afirma que a própria lei teria previsto a capacidade penal ativa e passiva da pessoa jurídica. *In verbis*:

> 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.
>
> [...]
>
> §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. (BRASIL, 1988)
>
> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
>
> [...]
>
> §5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (BRASIL, 1988)

Para tanto, pode-se citar o art. 28 do Decreto-lei nº 4.776, de 1º de outubro de 1942, que considerou as pessoas jurídicas de direito público capazes de serem vítimas de calúnia, injúria ou difamação:

> Art. 28. Proferir em público, ou divulgar por escrito ou por outro qualquer meio, conceito **calunioso, injurioso ou desrespeitoso** contra a **Nação, a Governo, o regime** e as **instituições** ou contra agente **do poder público**:
>
> Pena - reclusão, de um a seis anos. (grifo nosso) (BRASIL, 1942)

Ademais, o art. 9º, parágrafo único, da antiga Lei de Imprensa, Lei nº 2.083 de 12 de novembro de 1953, também tipificava os crimes contra a honra de entidades de autoridade pública:

> Art 9º Constituem abusos no exercício da liberdade de imprensa, sujeitos às penas que vão ser indicadas, os seguintes fatos:
>
> [...]
>
> f) **caluniar alguém**, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: pena de seis meses a um ano de detenção para o autor do escrito e multa de Cr$ 4.000,00 (quatro mil cruzeiros) a Cr$ 8.000,00 (oito mil cruzeiros) para qualquer dos responsáveis subsidiários;
>
> g) **difamar alguém** imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: pena de dois a seis meses para o autor do escrito e de Cr$ 3.000,00 (três mil cruzeiros) a Cr$ 6.000,00 (seis mil cruzeiros) para qualquer dos responsáveis subsidiários;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> h) **injuriar alguém**, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro: pena de um a quatro meses de detenção para o autor do escrito e multa de Cr$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) a Cr$ 4.000,00 (quatro mil cruzeiros) para qualquer dos responsáveis subsidiários;
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Quando os **crimes das letras f, g e h** forem praticados **contra órgãos ou entidades** que exerçam autoridade pública, as respectivas penas de detenção e de multa serão aumentadas de um têrço. (grifo nosso) (BRASIL, 1953)

E ainda que a Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, que seu art. 23, inciso III, que prevê um aumento de pena para os crimes de calúnia, injúria e difamação que são praticados contra órgão ou entidade que exerça função de autoridade pública tenha se tornado inconstitucional pela decisão do STF em 2009, foi decidido que o artigo 5°, inciso V, da Constituição Federal, que garante que o direito de resposta é mais que suficiente para regular a decisão.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Ora, não houve razão para o legislador deixar de conferir a capacidade passiva da pessoa jurídica de direito público, sendo assim, não haveria motivo para negar a proteção da honra da pessoa jurídica de direito privado.

O terceiro argumento, afirmam Hentz, Rosa e Mandarino (2015, p. 414), refere-se a previsão do art. 52 do Código Civil (BRASIL, 2002) que, como dito, equiparou a proteção da personalidade da pessoa jurídica aos da pessoa física, sendo que dentre os direitos da personalidade, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) previu em seu art. 5º, inciso, X, a garantiu a proteção da honra. Quanto a isso, de acordo com Rogerio Sanches Cunha (2016, p. 177) "imputar, fatos criminosos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sabidamente inverídicos, contra pessoa jurídica, capaz de abalar o seu crédito e a confiança exigida pelo mercado configura crime de calúnia", seja ela entidade pública ou privada.

Do que se extrai dos argumentos doutrinários, das leis brasileiras e de alguns dos julgados dos principais tribunais, uma vez que esta é a posição da maioria dos representantes da ordem jurídica, é forçoso reconhecer que a pessoa jurídica pode ser vítima do crime de difamação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pessoa jurídica é uma entidade criada por lei que assim como a própria sociedade, evolui em suas relações sociais, ultrapassando a ideia de mero conjunto de bens e pessoas, de forma que passou a integrar o corpo social com força ativa e permanente.

Como dito, assim como os indivíduos podem ser vítimas de ofensas à sua reputação, a proximidade dessa relação resultou que a pessoa jurídica também pode ser alvo de danos morais.

Ademais, é fato que a pessoa jurídica possui personalidade própria, sendo vista pela sociedade de forma externa e autônoma dos sócios ou bens que a compõem e que seus direitos de personalidade, dentre eles a honra, são protegidos por lei.

No transcorrer deste estudo, foram vistos alguns dos vários argumentos que acusam a pessoa jurídica de não possuir capacidade para buscar a reparação de sua imagem em juízo ou de sequer possuir honra passível de proteção legal.

Contudo, há aqueles que contrapõem esta noção e que afirmam que esta entidade, mesmo sendo um ente fictício criado por lei, merece ter sua honra resguardada e o seu dano moral indenizado.

Diante de todas as informações expostas no decorrer deste estudo, apesar dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais controversos, prevalecem os argumentos a favor da possibilidade de a pessoa jurídica ser vítima dos crimes contra a honra.

Verifica-se que, com base na interpretação do Código Civil de 2002 e do Código Penal de 1940, da Constituição Federal de 1988, bem como da legislação extravagante e seus históricos de lei que já possuíam esse entendimento, que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entidade legal possui capacidade para postular em juízo e requerer a reparação de fatos lesivos à sua honra.

Conclui-se que, em concordância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como com base nos argumentos explicitados pela doutrina, que as pessoas jurídicas, assim como as pessoas físicas, devem ter a sua honra protegida por lei e que pode ser vítima de difamação.

5.REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 630. ISBN: 9788530955106. [E-Book].

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial, dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 777-864. v. 2. [E-Book].

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 4.766, de 1 de outubro de 1942. Define crimes militares e contra a segurança do estado, e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4766-1-outubro-1942-414873-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 31 maio 2020.

_____Brasil. Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953. Regula a liberdade de imprensa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2083.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

_____Brasil. 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: 3 mar. 2020.

_____Brasil. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.605-1998?OpenDocument. Acesso em: 10 maio 2020.

_____Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus 83091/DF. Relator: Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, 23 maio 2003. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744480/recurso-em-habeas-corpus-rhc-83091-df?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 maio 2020.

_____Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 672522/PR. Relator: Felix Fischer. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17 out. 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464676282/recurso-especial-resp-1650725-mg-2017-0018900-9?ref=serp. Acesso em: 10 maio 2020.

_____Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1650725/MG. Relator: Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 maio 2017. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464676282/recurso-especial-resp-1650725-mg-2017-0018900-9?ref=serp. Acesso em: 10 maio 2020.

_____Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 227. Diário de Justiça, Brasília, 10 out. 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf. Acesso em: 3 mar. 2020.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código penal comentado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 380-392. [E-Book].

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 138-177.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria: geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129-265. [E-Book].

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 49-115. [E-Book].

GRECO, Rogério. **Código penal:** comentado. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 615-636. [E-Book].

HENTZ, Luiz Antonio Soares; ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Porsella. A pessoa jurídica como vítima de crimes contra a honra. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais,** Belo Horizonte, v. 67, p. 399-420, 2015. Disponível em:

https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1735. Acesso em: 31 maio 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 143. [E-Book].

OLIVEIRA NETTO, José de. **Dicionário jurídico universitário**: terminologia jurídica e latim forense. 5. ed. Leme: Edijur, 2012. P. 322-427.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 223. [E-Book].

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado:** doutrina, jurisprudência e prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 152-153. [E-Book].

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. São Paulo: Método, 2015. p. 154-156.

NOTAS:

[1] Najla Lopes Cintra é Mestre em Direito das Relações Sociais (subárea Direito Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professora na Faculdade Serra do Carmo (FASEC) de Palmas-TO. E-mail: prof.najlalopes@fasec.edu.br.

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E A RELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO TÉCNICO-JURÍDICO

WILLIAN INDALÉCIO DE OLIVEIRA: estudante do 9º semestre do Curso de Direito – Universidade Brasil – Campus Fernandópolis - SP.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Professoras Orientadoras: Prof. Me. Janaina Guimarães Mansilia e Prof. Érica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: Juizado Especial Cível é um órgão da Justiça Comum Estadual, que integra o Poder Judiciário, visando, principalmente, a realização de conciliações. É destinado a este órgão, os julgamentos e execuções de menor complexidade legislativa, por tal fato, a presença do advogado é facultativa nas ações com valor inferior a 20 salários mínimos. O objetivo desse artigo é estudar a importância do advogado no Juizado Especial Cível e a relevância do conhecimento técnico-jurídico deste profissional. A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica das principais doutrinas, jurisprudências e legislações ligadas a temática. Este artigo busca ressaltar a relevância do profissional, levando em consideração sua bagagem jurídica e o modo como o mesmo pode auxiliar a sociedade, que em geral carece de conhecimento técnico. Trata-se dos procedimentos envolvendo o Juizado Especial Cível, abordando sobre sua legislação específica e o modo com que o Advogado vem a acrescentar nas demandas pleiteadas.

Palavras chave: Juizado Especial Cível; importância do advogado; conhecimento técnico-jurídico.

ABSTRACT: Special Civil Court is an organ of the Common State Justice, which integrates the Judiciary Power, aiming, mainly, to make conciliation. It is intended for this body, the judgments and executions of lesser legislative complexity, for this reason, the presence of the Lawyer is optional in actions with value below 20 minimum wages. The purpose of this article is to study the importance of the lawyer in the Special Civil Court and the relevance of the technical-legal knowledge of this professional. The applied methodology was the bibliographic analysis of the main doctrines, jurisprudence and legislation related to the theme. This article seeks to emphasize the relevance of the professional, taking into account his legal

background and how he can help society, which in general lacks technical knowledge. These are the procedures involving the Special Civil Court, addressing its specific legislation and the way in which the Lawyer comes to add to the pleaded demands.

Keywords: Special Civil Court; importance of the lawyer; technical-legal knowledge.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS; 2.1. Dos propósitos dos juizados especiais cíveis. 3. DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA (JUS POSTULANDI). 4. DA ACESSIBILIDADE À JUSTIÇA; 4.1. A relevância do advogado para garantir o acesso à justiça; 4.2. Desvantagens da falta de um patrocínio advocatício. 5. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E A POSSIBILIDADE DE AUSÊNCIA DE ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. 6. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é estudar a importância do advogado no Juizado Especial Cível e a relevância do conhecimento técnico-jurídico deste profissional.

A metodologia utilizada neste artigo é constituída por pesquisas bibliográficas das principais doutrinas, legislações, jurisprudências ligadas a temática.

Será abordado neste artigo cientifico um pouco sobre a história dos Juizados Especiais Cíveis, a sua finalidade e as motivações da criação da Lei nº 9.099/95.

Bem como, sobre a capacidade postulatória frente ao Juizado Especial Cível, onde será acrescido de depoimentos de doutrinadores com relação a importância do Advogado perante ao juizado.

Após, é falado do acesso à justiça e o acesso à justiça de qualidade, visto que se trata de uma garantia constitucional.

A frente será mencionado sobre o conflito da ampla defesa e do contraditório e a ausência de advogados nos Juizados Especiais Cíveis.

Posto isto, a finalidade do presente artigo é esclarecer à sociedade, a importância da presença do Advogado no tocante as ações de pequenas causas, se é gerado ou não dano à parte que optar por ajuizar a causa sem um advogado para auxiliar.

Será dado ênfase a importância do advogado perante os Juizados e o quão bem representado o cidadão estará ao escolher trabalhar com um profissional qualificado.

Correlacionado ao objetivo especifico, este é, denotar que o advogado devidamente constituído, buscará atingir o pleito de seu cliente, favorecendo-se de uma linguagem técnica, onde o direito do cidadão estará melhor protegido.

2. DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

É nítido o carecimento de agilidade tratando-se dos órgãos judiciários, independentemente da região ou estado brasileiro, isso ocorre não só pela falta de servidores públicos nas referidas jurisdições, mas também pela rigorosa formalidade que existe tratando-se dos procedimentos processuais e, principalmente, as causas de baixo valor econômico, que são uma das principais responsáveis pelo congestionamento de ações ingressas diariamente.

Perante a presente situação, o país sentiu a necessidade de buscar uma solução, visto que o indivíduo ao observar seu processo não correspondendo com a agilidade esperada e acompanhado, por muitas vezes, de autos custos processuais, o autor preferia ver seus direitos se diluírem prescrição temporária em vez de recorrer-se a justiça. Desta forma, tinha-se a ideia de que todo o desgaste em busca de uma solução por meio do poder jurisdicional não era viável, pelo fato de o autor ver-se preso as garras retrogradas dos Tribunais.

Buscando um seguimento que sanasse a atual situação do Estado, foi-se criado o Juizado Especial Cível, cuidando este, dos conflitos de menor complexidade, reestruturando os conceitos de acesso à Justiça, garantindo mais agilidade a toda pessoa que sentisse necessidade de procurá-la.

Por ser uma extrema revolução Judiciária, o Juizado Especial Cível, conhecido também como Juizado de Pequenas Causas, foi criado através da promulgação da Lei. 9.099, de 26 de setembro de 1995, abordando de forma mais esclarecida as perspectivas de Justiça, sendo mais eficiente e mais voltada a humanização. O Juizado nasceu com enfoque em desburocratizar o acesso a Justiça, dando viabilização a todo aquele que necessite de ajuda.

A própria Carta Magna de 1988, traz determinado em seu artigo 98, inciso I, a criação dos referidos Juizados.

A Lei que cuida dos Juizados Especiais Cíveis retificou o nome de Pequenas Causas para o conhecido Juizado Especial Cível, liberando a competência dos Juizados para o teto de 40 (quarenta) salários mínimos, correlacionado ao valor das ações que podem tramitar dentro deste procedimento. Tratando-se de ações com valor inferior a 20 (vinte) salários mínimos, o indivíduo jurisdicionado pode se apoiar ao Princípio do *Jus Postulandi*, o qual trata-se da capacidade facultada, até então,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

somente aos advogados, de postular perante a justiça suas pretensões, mas que com a vigência da Lei dos Juizados, adveio a possibilidade de as partes litigarem perante juízo sem o auxílio de um advogado. Acima do teto de 20 (vinte) salários mínimos, a participação do Procurador torna-se obrigatória.

Com as palavras de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 46), segue-se:

> Os Juizados Especiais não são simples rito a ser cumprido pelos juízes já existentes. São na verdade, novos órgãos judicantes, cuja implantação depende não da lei federal que os regulamentou, mas de leis que efetivamente os criem (art. 1º, da Lei nº 9.099/95). Assim poderá acontecer que alguns Estados não os criem ou que estabeleçam apenas em algumas comarcas, restando, pois, um número considerável de comarcas e juízos que ficarão fora do campo de atuação dos Juizados Especiais e que terão de continuar aplicando, nas causas de pequeno valor ou de menor complexidade, o procedimento sumário.

É valido ressaltar que os Juizados Especiais Cíveis são consolidados nos seguintes princípios: Economia Processual, Publicidade, Oralidade, Celeridade, Simplicidade e Informalidade.

2.1 Dos propósitos dos juizados especiais cíveis

No Brasil, houve a necessidade criar os Juizados Especiais, para que as ações de menor valor econômico viessem a ser separadas das demais, visto que estas com muito esforço chegavam ao conhecimento do Poder Judiciário.

Tais fatos ocorriam por carência de conhecimento técnico-jurídico ou pelo valor do litígio, visto que não existia condição da parte em arcar com as custas e despesas processuais, até mesmo os honorários advocatícios do profissional, que lhes defenderia de maneira criteriosa, como deve ser, tendo o seus direitos postulados e acompanhados de um olhar crítico.

Dito isto, deu-se origem a necessidade de criar um novo procedimento, capaz de acolher essas lides de menor valor econômico e menor grau de complexidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O clamor por um procedimento mais célere surge a partir demanda grandiosa de se impor um processo mais ágil para os litígios de menor complexidade, que inclusive, poderiam ser resolvidos pelas próprias partes, que por grande maioria das vezes não eram levados ao Judiciário pela ideia que se pairava em respeito a falta de credibilidade, morosidade e excesso de formalismo.

A forma de trabalho do Juizado Especial Cível adota mecanismos distintos no que se refere aos prazos e atos processuais.

3. DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA *(JUS POSTULANDI)*

A luz do ordenamento jurídico vigente, para o melhor funcionamento do processo, a capacidade de postular perante juízo é excepcional aos advogados devidamente inscritos na OAB, sendo estes, indispensáveis pelo cliente, representando-o perante o tribunal, como nos traz expresso no Art. 36 do Código de Processo Civil.

Como bem esclarece o Art. 36, os indivíduos não inscritos na OAB devem nomear um advogado, sob pena de nulidade processual.

Muito interessante a possibilidade de informalidade abordada no Juizado Especial Cível, evidencia que o cidadão pode ajuizar uma ação perante a este, sem necessariamente ser representado por um advogado qualificado, desde que, o valor da causa não supere o teto de 20 (vinte) salários mínimos.

Desta forma, o cidadão comum pode recorrer-se ao Judiciário, como também pode acompanhar todo o processo, sem necessariamente constituir um procurador em sua defesa. Referida capacidade encontra-se no dispositivo do Art. 9º da Lei 9.099/95, que impõe limites aos Juizados Especiais Cíveis.

Nos JEC's, como também são conhecidos, é possível ajuizar uma demanda processual superior a 20 (vinte) salários mínimos por uma pessoa leiga, todavia, para que a relação processual composta seja válida, é imprescindível que a parte tenha um advogado devidamente constituído, representando-o em juízo.

Cabível no momento, breve trecho narrado por Luciano Alves Rossato (2012, p. 97), em sua obra "Sistema dos Juizados Especiais Cíveis: análise sob a ótica civil.", correlacionado a assistência do advogado nos Juizados Especiais Cíveis:

> Como forma de proporcionar um sistema de justiça mais informal e próximo da população, a lei dispensa a assistência de advogado nas demandas de até vinte salários mínimos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> hipótese em que o pedido poderá ser formulado diretamente na secretária do Juízo, oralmente e reduzido a escrito pelo servidor, ou ainda apresentada a petição subscrita pelo próprio demandante. É certo que tal medida proporciona a celeridade no procedimento e autoriza o acesso à Justiça sem qualquer obstáculo.

Entretanto, se a parte requerida apresentar, em audiência de instrução e julgamento um advogado devidamente constituído e o autor não estiver representado, é cristalina a visão de que o desenrolar da referida audiência trará uma irreparável desvantagem para o autor, sendo assim, caberá ao Magistrado analisar, contudo, a fragilidade que o mesmo se encontra.

O *Jus Postulandi,* é cabível somente ao advogado, isto é, o defensor por meio de um Instrumento de Mandato (procuração) devidamente assinado, no qual outorgará poderes inerentes ao outorgado com o intuito de postular em juízo e assim ter seu direito reservado e ser assistido da melhor forma possível.

3.1 A capacidade postulatória e o entendimento do Superior Tribunal Federal (STF)

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em setembro de 1994 veio a propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 8.906/94 (lei que regimenta o atual Estatuto da Advocacia).

A mencionada ação, visava o pedido liminar da suspensão da eficácia dos dispositivos apontados como inconstitucionais, esta foi levada ao STF, concatenada ao nº 1.127-8, sendo deferida em parte a liminar pleiteada em outubro de 1994.

Dentre os dispositivos, o primeiro alvejado pela AMB foi o inciso I, do Art. 1º do Estatuto da OAB (EOAB), que retratava, ser a atividade privativa da advocacia "a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais". A entidade protestou a constitucionalidade do dispositivo baseando-se na contrariedade aos incisos I e II do Art. 98 da CF, no que cuida a simplicidade que desejam ceder para as justiças do trabalho, de paz e aos Juizados Especiais, ao revelar que estes seriam guiados pelos princípios da oralidade, simplicidade, celeridade e informalidade.

Valido trazer trechos extraídos da sessão de julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Ministro Carlos Britto – "quais são os valores constitucionais que se contrapõe aqui? Muito bem. De uma parte, com a dispensabilidade do advogado, se favorece mesmo o acesso à jurisdição. O acesso a jurisdição fica desembaraçado. Mas como disse o Ministro Eros Grau: por outro lado, em contraposição a esse argumento, a garantia constitucional da ampla defesa estará muito mais bem efetivada com a presença do advogado.
>
> Ministro Carlos Britto – "tenho extrema dificuldade em relativizar uma palavra que a constituição usou com sentido absoluto: "indispensável". É indispensável, ou seja, imprescindível; e, ainda abri mão e relativizar esse comando?"
>
> Ministro Carlos Britto – "o cliente será muito mais bem assistido com a presença do advogado."
>
> Ministro Gilmar Mendes, em seu voto – "[...] sabemos da má situação das defensorias públicas. O ideal é que as tivéssemos em condições e, assim, essa questão não estaria sendo colocada [...].

Conforme supracitado, a figura do advogado é imprescindível ao acesso a uma justiça **mais** digna e eficaz, onde há garantia do contraditório e da ampla defesa, apoiando-se nas normas cabíveis a cada fato processual.

4. DA ACESSIBILIDADE À JUSTIÇA

A Constituição garante a todos o amplo acesso à justiça, onde é dever do Estado e encontra-se previsto no art. 5º, inciso XXXV, onde traz: "a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito." Conhecido também como princípio do direito de ação ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

É ressaltada também pela Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos a relevância de aplicar as garantias do devido processo legal.

Watanabe (2005, p. 67), em suas escritas sobre o Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, discorre acerca do tema com grande classe ao dizer que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim, de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Falar sobre o acesso à ordem jurídica justa é como dizer explicitamente sobre a eficiência da justiça, já que, atualmente este assunto é a maior dificuldade dos sistemas jurídicos, organizar e dar continuação aos processos com a celeridade e eficácia esperada. A terminologia "justiça" está totalmente ligada a ideia de "dar a cada indivíduo o que lhe é devido", como também, "dar a cada um o que é devido, porém, em conformidade com a letra da lei, tudo isto no seu devido tempo".

4.1 A relevância do advogado para garantir o acesso à justiça

Historicamente falando, a advocacia traz traços enraizados na necessidade iminente de defesa das pessoas hipossuficientes e carecidas de conhecimento técnico-jurídico, onde acabam por ser vítimas de injustiças, visto a falta de preparação e conhecimento sobre o caso. No vertente sentido, passaram a existir indivíduos que, inconformados com as injustiças que surgiam, começaram a exercer de forma gratuita a ampla defesa destes que por serem carentes de recursos ou conhecimento, tinham seus direitos atropelados.

Nesta diapasão, baseando-se em justiça e direito, nasceram homens justos e prontos para defender aqueles desprovidos de conhecimento técnico-jurídico, a esta luz, deram vida a uma profissão que tem por principal objetivo a defesa da dignidade da pessoa humana.

Em 1827, a advocacia no Brasil começou a realizar seus primeiros movimentos, com ideia de criar cursos jurídicos, assim sendo o Instituto da Ordem dos advogados do Brasil (IOAB) e a Ordem dos advogados do Brasil (OAB) os principais colaboradores da profissão neste território.

Até o ano de 1994 a advocacia, carente de privacidade, obteve o seu estatuto, sendo transcritos os seus direitos básicos em relação ao advogado, por exemplo: honorários sucumbências, teto salarial e a jornada de trabalho. Hoje em dia, o referido estatuto é fundamentado na Lei. Nº 8.906/94, onde vem sendo corriqueiramente alterado, em conformidade com a evolução dos costumes do país, tendo em vista o crescimento populacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entretanto é válido destrinchar a ideia de que os bacharéis em Direito que visam a carreira advocatícia, obrigatoriamente, devem se submeter ao Exame de Ordem, realizado pela própria OAB, buscando assim a aprovação, para que deste modo seja efetivamente considerado advogado.

Nos traz, a Constituição Federal em seu capítulo IV do titulo IV, a inserção da advocacia como serviço essência à justiça, "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus ato e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

Todavia, cabível é a reflexão abordada pelo próprio Estatuto da Advocacia:

> Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.
>
> § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.
>
> § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

Como abordado nos artigos retro mencionados, é de grande importância o exercício da advocacia, participando este profissional, arduamente nos processos de conhecimento, seja então, o profissional que obtém o conhecimento jurídico está atrelado as atribuições que baseiam-se no conhecimento do âmbito jurídico, para que assim, possam realizar a defesa dos cidadãos não portadores dos conhecimentos técnicos desta ciência.

O profissional narrado neste artigo, por ser portador de formação jurídica, aptidão crítica e formadora de opinião, deve utilizar o Direito, que é um elemento essencial a política, utilizando-o como ferramenta de trabalho de maneira crescente, permitindo o desenvolvimento humano, cooperando com a evolução social, principalmente no que é tangível ao Poder Judiciário.

Como já exposto, o advogado é indispensável no âmbito jurídico, sendo, inclusive, abordado no disposto da Constituição vigente, o que ressalta não só a importância do profissional perante o judiciário defendendo o estado democrático de direito.

José da Silva Afonso (1998, p. 109), alude em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, a carreira do advogado como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Acresce ainda que a advocacia é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário. Tudo isso deve ter conduzido o constituinte à elaboração da norma do art. 133.

Importante mencionar que a advocacia é uma profissão que é praticada de forma independente, desta forma os frutos de seu trabalho perante o âmbito judiciário dependerá de decisão de um Magistrado, valido realçar que a advocacia não é apenas importante por encontrar-se positivada na nossa Carta Magna, como também por sua relevante alteração no pensamento jurídico.

4.2 Desvantagens da ausência de um patrocínio advocatício

Seria muita ingenuidade acreditar na probabilidade de uma pessoa, sem uma boa estrutura jurídica, ajuizar uma ação no Juizado Especial, que em tese vem por favorecer os cidadãos hipossuficientes de nossa sociedade, visto que não possuem recursos financeiros suficientes para contratar um advogado, e por fim conseguir resultados positivos em sua ação.

Na verdade, acaba por depreciar o andamento do processo, bem como as audiências de conciliação e instrução e julgamento. Tendo em vista que uma exordial mal redigida, associada da falta de argumentação jurídica e provas probatórias, extremamente raro será a possibilidade de se alcançar o resultado objetivado, em outras palavras, terminará por piorar ainda mais a situação, visto que, caso ocorra a sentença de improcedência, o que é provável, a parte afetada necessitará interpor recurso, que neste caso a Lei 9.099/95 é bem transparente ao informar a obrigatoriedade de representação por meio de um advogado ao utilizar-se o segundo grua de jurisdição, onde encontra-se a Turma Recursal.

Além do mais, ao chegar na Secretaria do Juizado e informar os fatos que lhe ocorreram, o cidadão faz com que o Poder Judiciário forneça servidores públicos para se incumbirem da função de atendimento, onde no neste caso, poderiam estar realizando outras tarefas que colaborariam com a celeridade dos outros processo, só que invés disto, acabam se prendendo a esta cena quase que diariamente, que no caso exige exagerado tempo, visto a necessidade de atenção que o cidadão requer ao cuidar de seu direito. Deste modo, é evidente que há uma complexidade envolvendo o procedimento judicial a quem é leigo, que requererá uma análise minuciosa, mas que mesmo assim é pura ingenuidade crer que o indivíduo sairá do recinto Judicial totalmente esclarecido, isto, não por negligência do servidor, mas sim, pelo número de demandas existentes, associado da estrutura precária oferecidas ao Judiciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Rafaela Andrade Ferreira e Carolina Lopes Campos (2016, p. 33), em suas escritas sobre a ausência de defesa técnica nos Juizados Especiais Cíveis, nos trazem a seguinte ideia:

> Em que pese a importância do princípio da indispensabilidade do advogado, este não é absoluto, sendo que em determinadas ocasiões definidas em lei, confere-se à pessoa que não tem conhecimento técnico o direito de postular em juízo por conta própria, sem a participação de advogado, como ocorre na justiça voluntária, no "habeas corpus", no direito do trabalho e nos juizados especiais cíveis e federais.

No que tange sobre a inexigibilidade de advogados nos Juizados, a lei 9.099/95, que é objeto chave deste Artigo, outrora as partes, o direito a capacidade postulatória, nas causas não superiores a 20 salários mínimos, como narra o art. 9º, já elencado acima.

Esclarecidamente, da mesma forma que ocorre nas audiências de conciliação e instrução e julgamento, a inércia de um advogado representante gerará um desequilíbrio evidente na balança entre requerente e requerido, visto aquele não possuir o conhecimento técnico-jurídico e a aptidão que porta o profissional da área, por este motivo, acaba consequentemente, vindo a ferir o princípio da ampla defesa e do contraditório, quais são cláusulas pétreas em nossa Constituição Federal.

Deste modo, o art. 9º da Lei já mencionada, deixa de ser um direito processual garantido pela constituição e se torna nada mais que um desserviço do Estado.

5. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E A POSSIBILIDADE DE AUSÊNCIA DE ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

O advogado é figura de extrema importância tratando-se de atuação correta em demandas judiciais, por mais que pareça positiva a novidade que nos traz a Lei tratada neste artigo, cuidando que as partes possam ajuizar uma ação, embasando-se em seus direitos sem que haja "necessidade" de um advogado, mesmo que evidente os prejuízos causados, devido ao alivio trazido pelos princípios do contraditório e ampla defesa e os afins princípios constitucionais existentes tratando-se do processo civil brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para a grande massa populacional não detentora do conhecimento técnico-jurídico necessário, a possibilidade criada pela Lei, aqui tratada, em princípio, pode até ser analisada como algo positivamente acessível aos caminhos da justiça, que visa o sanamento de um lide, obviamente que, como se espera, com uma sentença favorável. Entretanto, o mesmo cidadão, ao participar de uma audiência, seja de conciliação ou instrução e julgamento, onde a parte contrária, ora parte ré, encontra-se munida dos conhecimentos técnicos de um advogado, associado ainda de sua análise minuciosa e boa fundamentação jurídica, assim, pode ser que o autor sinta-se menorizado pelo fato de seu conhecimento extremamente raso, percebendo que não haverá, por menor que seja, oportunidade de seus direitos já devidamente elencados junto a exordial, ganharem notoriedade perante o julgador, além deste também não ser dominador dos ritos processuais.

Doutro lado, encontra-se o requerente, munido do conhecimento de seu advogado, observando a parte contraria sem auxílio por completo, aquele detém todo o suporte técnico-jurídico e o conhecimento dos ritos processuais, tendo assim muitas oportunidades de articular eficientemente todos os fatos narrados pelo autor em sua petição inicial.

Posto isto, é nítido que o acesso para com a justiça não dispensa o advogado, visto que, não há justiça onde uma das partes encontram-se atadas por falta de conhecimento técnico, condenada a observar seus direitos, que mal fundamentados, estão a se perder nas defesas contrarias.

Por maior que seja a persistência da Lei 9.099/95 em garantir tal faculdade, é imperdoável a dispensa da atuação de um advogado, haja vista garantir aos cidadãos carecedores de conhecimento jurídico a possibilidade de defesa de direitos lesados. À aqueles que são considerados hipossuficientes, o Estado deverá cuidadosamente fortalecer a Defensoria Pública, órgão responsável por atuar judicialmente nos caso de cidadãos sem condições financeiras para arcar com os honorários de um advogado particular, investindo efetivamente nos JEC's, com intuito de diminuir as desvantagens que existem entre as partes litigantes, como também eliminar as lesões aos princípios constitucionais que cuidam da igualdade, ou seja, devido processo legal e contraditório e ampla defesa.

6. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso em tela, por advento da Lei 9.099/95, mesmo que criteriosamente procure sempre uma forma de conciliação, com alusões me combater o retardamento judiciário, acaba que não inviabiliza o acesso à justiça quando lhe é

facultada a possibilidade de ingressar sozinho em causas de até 20 (vinte) salários mínimos, dispensando assim a figura do advogado.

A real luta pela efetivação do acesso a justiça, construindo uma ordem mais social e mais justa, não podem, de forma alguma, serem menosprezadas, evitando assim qualquer tipo de falsa alusão. A terminologia "justiça" está inerentemente ligada a ideia de "dar a cada indivíduo o que é, realmente, seu", porém, retificadamente, creio que é melhor definido com as seguintes palavras "dar a cada indivíduo o que é, realmente, seu, porém, em conformidade com as normas vigentes e tudo no seu devido tempo por meio de um tramite legal."

A própria Carta Maior, prevê que é indispensável o advogado perante a administração judicial. Foi analisado cuidadosamente, a necessidade de se ter um profissional que viesse a participar da propositura das ações, com também em todo o tramite processual, sendo irrelevante o valor da causa, tendo em vista a participação deste profissional gerar uma grande melhoria e acessibilidade para as partes.

Constituir um advogado, sem sombra de dúvidas, sempre será a melhor forma para que haja um serviço de tutela jurisdicional adequado. Ressalva-se ainda, que é imprudência valorar um direito, desentranhando o advogado e colocando o bem tutelado nas mãos de servidores dos Juizados Especiais Cíveis, que tem de analisar de forma criteriosa caso por caso, além disto, ainda tem que fornecer uma visão jurídica, informando também como prosseguir em cada ato processual, por fim, esperando que o cidadão leigo tenha captado tudo que lhe foi transmitido.

Diante de todos os fatos elencados, é cabível salientar uma breve indagação, qual seja: se nos Juizados Especiais Cíveis, no momento em que se é buscado uma proteção aos seus direitos, via processo judicial, o que seria defensor destes, no caso o advogado, é opcional, por qual motivo, extrajudicialmente ele é figura imprescindível para realização da pretensão?

Posto isto, valido informar que a indispensabilidade do profissional jurídico (advogado), que é constitucional, necessitaria estar concatenada a tais legislações, tornando o advogado fundamental, como de fato é. Assim, possivelmente, haveriam possíveis melhorias ao se tratar de conhecimento técnico-jurídico e análise detalhada em relação aos pedidos e os requerimentos tratados ao decorrer do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José da Silva. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: volume 1. 25ª edição**. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. 3ª edição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DUARTE, Paulo Roberto Pontes. **JUIZADOS ESPECIAIS CIVÉIS: A indispensabilidade da assistência de um advogado é um direito processual constitucional do jurisdicionado? Ou um desserviço do próprio Estado ao limitar o exercício da advocacia nas causas de menor complexidade?** São Paulo, 2008.

FERREIRA, Rafaela Andrade; CAMPOS, Carolina Lopes. **Da ausência de defesa técnica nos Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo, 2011. Disponível em:

<http://sistemabatista.edu.br/SEER/index.php/Dir/article/download/70/57>. Acesso em: 12 de out. 2019.

FILHO, Elias Henrique dos Santos**. Uma análise crítica sobre a capacidade postulatória nos Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo, 2012. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 12 de out. 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos. 4º edição**. Revista eletrônica atual. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional. 24ª ed**. São Paulo: Atlas, 2009.

PORTI, Marli Eulália. **Acesso à Justiça: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo, 2016. Disponível em:

<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/75-artigos-jul-2007/5646-acesso-a-justicaaspectos-constitucionais-e-processuais>. Acesso em: 20 de out. 2019.

ROSSATO, Luciano Alves. **Sistema dos Juizados Especiais Cíveis: análise sob a ótica civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume I. Editora Forense, 50ª edição**. São Paulo, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade moderna**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROJETO DE LEI 5.532/2019 E A NOVA PROPOSITURA PARA A TUTELA DOS IDOSOS

CLÁUDIA COELHO DA COSTA FARIAS: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA[1]

(orientadora)

RESUMO: Atualmente existe um rol de políticas sociais direcionadas a pessoa idosa, principalmente no que tange a garantia do bem-estar físico e psíquico, contudo essas políticas não estão sendo capazes de coibir o abandono da pessoa em idade senil. Conforme o Estatuto do idoso é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar a efetivação dos direitos dos idosos. O presente artigo discute em seus tópicos breves considerações sobre o envelhecimento, faz também uma explanação jurídica sobre a proteção do Estado direcionada a pessoa idosa através do Estatuto do Idoso: Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 e da Política Nacional do Idoso: Lei nº 8.842, 04 de janeiro de 1994. Os tópicos elencados versam ainda sobre a questão dos idosos abandonados e o papel do Estado e da família e a nova proposta de tutela dos idosos, o Projeto de Lei 5532/2019. A pesquisa foi realizada por meio de uma revisão de literatura em livros, doutrinas e legislações que abarcam o tema em estudo.

Palavras-chave: Projeto de Lei 5532/2019. Tutela Jurídica. Idosos.

ABSTRACT: Currently, there is a list of social policies aimed at the elderly, especially with regard to the guarantee of physical and psychological well-being, however these policies are not being able to curb the abandonment of the elderly person. According to the Statute of the elderly, it is the obligation of the family, the community, society and the public authorities to ensure the realization of the rights of the elderly. The present article discusses in its topics brief considerations about aging, it also makes a legal explanation about the protection of the State directed to the elderly person through the Statute of the Elderly: Law 10.741, of October 1, 2003 and the National Policy for the Elderly: Law No. 8,842, January 4, 1994. The topics listed also deal with the issue of abandoned elderly people and the role of the State and the family and the new proposal to protect the elderly, Bill 5532/2019. The research was carried out through a literature review in books, doctrines and legislation that cover the topic under study.

Keywords: Seniors. Bill 5532/2019. Legal Protection.

1 INTRODUÇÃO

O cuidado atribuído a pessoa idosa ainda está muito restrito ao âmbito familiar e a carência de suporte à família pode levar à institucionalização da pessoa idosa, ou seja, são colocados aos cuidados de uma instituição especializada. Essa deveria ser a última opção e como uma alternativa bastante inovadora proposta atualmente é o Projeto de Lei 5532/2019 que propõe a adoção de idosos no Brasil.

Consolidam atualmente, a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso, como os principais dispositivos de tutela a pessoa idosa, entretanto esses dispositivos, em suas redações, não propuseram a possibilidade de adoção da pessoa idosa.

O objetivo deste estudo é analisar o Projeto de Lei 5532/2019, além de identificar os dispositivos jurídicos de proteção a pessoa idosa e apresentar o papel do Estado e da família em relação aos idosos e os tipos penais em relação ao seu abandono.

Oportunamente o Projeto de Lei 5532/2019 propõe inovar esses dispositivos, principalmente devido ao fato da grande quantidade de idosos institucionalizados no país, que segundo dados do Ministério de Desenvolvimento Social (2020), no ano de 2012 possuía 45.827 idosos em abrigos conveniados aos estados e municípios no país, passando para uma quantidade de 60.939 no ano de 2017, evidenciando assim um aumento de 33%. Dados esses que foram os mais recentemente encontrados.

Para alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa utilizou a metodologia do trabalho jurídico que é voltada às instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico com a técnica exploratória bibliográfica.

Os tópicos elencados neste artigo são: Breves considerações sobre o envelhecimento; Estatuto do Idoso: Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; A Política Nacional do Idoso: Lei nº 8.842, 04 de janeiro de 1994; Idosos abandonados: papel do estado e da família; Proposta de novas configurações para a tutela dos idosos: Projeto de Lei 5532/2019.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENVELHECIMENTO

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, define que: "Idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos". (BRASIL, 2003). Entretanto, a Organização Mundial da Saúde OMS (2002) entende que idosa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é aquela pessoa com 60 anos ou mais, em países em desenvolvimento, e com 65 anos ou mais em países desenvolvidos.

O envelhecimento é entendido como parte integrante e fundamental no curso de vida de cada indivíduo. Para Camarano (2016) envelhecer é um processo natural que caracteriza uma etapa da vida do homem, do qual se constitui em mudanças físicas, psicológicas e sociais, pois o determinismo biológico envolve processos que implicam na diminuição gradativa da possibilidade de sobrevivência, acompanhada também pelas alterações patológicas e emocionais.

Contudo, é preciso compreender que o envelhecimento é um processo normal, inevitável e irreversível, portanto, não deve ser tratado apenas com soluções médicas, mas sim através de intervenções sociais, econômicas e ambientais.

O envelhecimento populacional tem impacto significativo sobre as diversas áreas da sociedade: trabalho, política, direito, cultura, economia, entre outras. Os estudos de Silva (2008) apontam que a velhice surge com o processo de modernização das sociedades ocidentais, isto é, a partir do curso da vida moderna que data da passagem entre os séculos XIX e XX.

Dessa forma, aos idosos foi garantida a absoluta prioridade de atenção por parte da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público para a efetivação "do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária" (HATHAWAY, 2015, p. 48).

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

2.1 Estatuto do Idoso: Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003

A Constituição Federal de 1988 representa um marco importante na trajetória de lutas pelos direitos da pessoa idosa, foi esta que introduziu em suas disposições gerais o conceito de Seguridade Social, fazendo com que a rede de proteção social alterasse o seu enfoque estritamente assistencialista, passando a ter uma conotação ampliada de cidadania.

Na positivação dos direitos dos idosos por força da Constituição Federal de 1988, foi instituída a Lei nº 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso. O Estatuto, assim garante, nos termos da lei, os direitos humanos fundamentais que devem ser

estendidos aos idosos, versando, o direito personalíssimo do envelhecimento e a sua proteção, que é um direito social assegurado a pessoa idosa.

O Estatuto do Idoso, está assim determinado que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (LEI nº 10. 741/2003, art. 3º).

A aprovação do Estatuto do Idoso é um grande avanço para a sociedade e é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (BRASIL, 2003).

Preceitua o art. 230 da Constituição Federal que, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. A Carta Magna dispõe ainda que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares (artigo 230, § 1º), e confere aos maiores de sessenta e cinco anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (artigo 230, § 2º).

Para Hathaway (2015) aos idosos foi garantida a total prioridade de atenção por parte da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público para a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A garantia de prioridade compreende:

> [...] atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> idosos; viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio dos idosos com as demais gerações; priorização do atendimento dos idosos por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos (HATHAWAY, 2015 p. 06).

O Estatuto garante aos idosos o direito de serem preservados da negligência, da discriminação, da violência, da crueldade ou da opressão. Todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, é punível na forma da lei. A todos, segundo o Estatuto, cabe prevenir a ameaça ou violação aos direitos dos idosos, sendo que as obrigações previstas no Estatuto não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados (VIEGAS, 2016).

Este dispositivo inova ao estabelecer que a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade tanto da pessoa física como da pessoa jurídica, nos termos da lei.

Nesse contexto, como leciona Madaleno (2018), o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Respectivamente é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O art. 10 do Estatuto do Idoso dispõe que:

> É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – prática de esportes e de diversões;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> V – participação na vida familiar e comunitária; VI – participação na vida política, na forma da lei; VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação (LEI nº 10. 741/2003. ARTIGO 10).

Vale ressaltar que, o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais (VIEGAS, 2016). Constitui-se então, dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a resguardado de qualquer tratamento desumano, violento, intimidador, humilhante e constrangedor.

2.1 A Política Nacional do Idoso: Lei nº 8.842, 04 de janeiro de 1994

Este dispositivo legal ainda tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Inspirado nas políticas sociais básicas deve ser realizada por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (VIEGAS, 2016).

Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

> [...] viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações; participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos; priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência; descentralização político-administrativa; capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços; implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo; estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento; priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família; apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ao envelhecimento. Parágrafo único. É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social (BRASIL, 1994).

A política nacional do idoso é regida pelos princípios da família, da sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.

Nesse âmbito, a proteção social básica tem os seguintes objetivos: prevenir situações de risco por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições, e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, já a proteção social especial é "a modalidade de atendimento assistencial destinada a famílias e indivíduos que se encontram em situação de risco pessoal e social (FERREIRA, 2014).

Em relação à esta política cabe ponderar que:

> [...] representa a voz e plenitude das garantias sociais das pessoas com mais de sessenta anos que vivem neste país. As leis formuladas para manter a ordem e o bem-estar social, expressam formas de proteção ao indivíduo e à coletividade, para tanto o regramento da Política Nacional ao Idoso é importante para edificar os direitos sociais e instrumentalizar o poder público e a população nas suas reivindicações. [...] A Política Nacional, o Conselho e o Estatuto do Idoso potencializam com força jurídica o Estado, municípios e sociedade para garantir o reordenamento nas questões de democratização dos direitos sociais (REGERT, 2014 p. 08).

Vislumbra-se assim que a proteção social básica tem um caráter eminentemente preventivo e no que compete aos direitos sociais da pessoa idosa a Política Nacional do Idoso reafirma esses direitos garantidos constitucionalmente, e aponta "a participação da sociedade civil como espaço de efetivação de serviços e proteção social ao idoso, em especial, a modalidade não mercantil, como a família.

3 Idosos abandonados: papel do estado e da família

O fenômeno da grande expansão do envelhecimento populacional no Brasil aconteceu com as mudanças socioculturais na sociedade relacionadas não apenas à maior participação feminina no mercado de trabalho, mas também à alteração na estrutura das famílias e no aumento da expectativa de vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mesmo assim, é dever dos filhos o cuidado aos pais idosos estabelecido pelo Estatuto do Idoso, confirmado pelo art. 229 da Carta Magna de 1988, assim:

> 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. [...] É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988).

Viegas (2016), leciona que, a Constituição Federal de 1988 atribui primeiramente à família o dever de cuidado aos pais idosos podendo se extrair que esse cuidado deve advir primeiramente de seus descendentes. Nessa seara, não se pode esquecer que embora exista uma "ordem de preferência", muitos filhos não estão preparados para receber seus pais idosos.

A Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) regula de forma diferenciada os alimentos devidos ao idoso, ao prescrever, no artigo 12, ser solidária a obrigação alimentar devida ao ancião, que pode escolher quem será o prestador de sua pensão alimentícia.

A solidariedade convoca cada membro da comunidade familiar e importa na convergência de esforços individuais para responderem pelo bem-estar do outro,82 tendo como pressuposto que os alimentos do idoso têm caráter de urgente necessidade, e ao permitir que ele possa reclamar integralmente os alimentos de um só dos diversos devedores (um filho dentre os vários existentes), quis o legislador criar uma exceção à norma geral da divisibilidade alimentar ao configurar como solidários os alimentos do idoso (MADALENO, 2018).

Portanto, no âmbito dos alimentos devidos ao ancião, a solidariedade é excepcionalmente imposta pelo artigo 12 do Estatuto do Idoso, e vincula como devedor de alimentos qualquer parente de qualquer classe de parentesco (descendentes, ascendentes) e os colaterais até o segundo grau, como também a obrigação alimentar pode ser endereçada ao cônjuge, ou ao companheiro.

Esta é uma mera faculdade do credor de alimentos que pode pedir o cumprimento do seu direito alimentar de qualquer de seus devedores solidários, elegendo a sua vontade, o sujeito passivo de sua ação alimentar, mas se preferir pode dirigir sua demanda simultaneamente contra todos os coobrigados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em relação ao abandono, cumpre ressaltar que no campo jurídico, o abandono se dá quando alguém se abstém de forma negligencial em relação a uma pessoa ou a um bem em determinada situação, causando consequências jurídicas. O abandono será material, quando o idoso é privado de acesso a itens básicos de sua subsistência, seja água, comida e roupagem adequada, contrariando dispositivos legais e comprometendo a expectativa de vida digna do idoso. Nesse sentido, o idoso encontra-se respaldado nos arts. 229 da CR/88, 1.696 do CC/02, bem como no art. 244 do Código Penal (VIEGAS, 2016).

A terceira idade jamais mereceu maior atenção do legislador brasileiro, salvo os direitos previdenciários, ou para proibi-la de escolher livremente o regime matrimonial de bens a partir dos 70 anos de idade (Lei n. 12.344/2010). Apenas o menor estava protegido pelo Direito brasileiro, e com alguma timidez, resguardada a figura da mulher. Contudo, o ancião não era sujeito passivo de qualquer tutela infraconstitucional de maior relevo e repercussão até a edição da Lei n. 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, ao conferir integral amparo ao ancião.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, em seu Capítulo III – Dos Crimes em Espécie, prevê em seu texto crimes que envolvem ações relacionadas ao abandono afetivo. Vide:

> Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, ART. 97).

Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa (Lei nº 10.741/2003, art. 98).

Ademais, expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa. § 1o Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de 1 (um) a

4 (quatro) anos. Se resulta a morte: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos (Lei nº 10.741/2003, art. 99).

O direito à velhice coloca-se como direito que há de tutelar-se desde o início da vida do indivíduo, pois, como afirma Tavares (2018), a sociedade precisa oferecer esses benefícios desde o início da existência das pessoas, porque se assim não agir estará atentando contra o direito à vida destas, uma vez que se tivessem uma vida com dignidade, desde o princípio, teriam oportunidade de ter uma vida mais longeva.

Portanto, resta claro que o direito à velhice é uma decorrência da própria dignidade da pessoa humana, levada a tutela da vida até o último dia de existência do ser humano.

3.1 Proposta de novas configurações para a tutela dos idosos: Projeto de Lei 5532/2019

No Brasil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE,2018). A população brasileira manteve a tendência de envelhecimento dos últimos anos e ganhou 4,8 milhões de idosos desde 2012, superando a marca dos 30,2 milhões em 2017, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios.

Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico ao tratar da tutela dos idosos, recentemente propôs um Projeto de Lei n. 5532/2019. A redação do projeto pretende alterar a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que "Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências", para inserir no ordenamento jurídico brasileiro a adoção de idosos, com a nomenclatura de Lei Dona Cotinha.

Dentre os artigos estabelecidos pelo Projeto de Lei acima citado, estão:

> [...] colocação em família substituta. §1º As pessoas idosas receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento ativo e saudável; § 2º A colocação em família substituta far-se-á mediante acolhimento, curatela ou adoção, nos termos desta Lei; § 3º Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais será assegurado o seu consentimento, colhido em audiência, para colocação em família substituta; § 4º Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado; § 5º A adoção de idosos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. § 6º A colocação do idoso em família substituta terá acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar (PROJETO DE LEI N. 5532/2019, ART. 45).

A propositura da lei acima é relevante e inovadora, pois é fato que não são todos os idosos que tem o privilégio de conviver e ter o apoio de suas famílias naturais, seja em razão do abandono, ou pela ausência desta, motivo pelo qual muitas vezes os idosos recorrem a asilos ou Instituição de Longa Permanência, o que nem sempre é possível diante da falta/ou insuficiência de asilos públicos na maioria dos estados do Brasil.

Dentre a justificação para o Projeto de 5532/2019, cita-se:

> [...] a sociedade brasileira tem passado uma dicotomia entre a família natural, formada pelos filhos ou qualquer de seus descendentes e uma possível família substituta, que em muitos casos permanecem sem se quer cogitar a possibilidade de família substituta para uma pessoa idosa. Assim, a família substituta abrange a colocação da pessoa idosa sob os cuidados de pessoa diversa dos filhos (que atua em substituição a eles). Tal colocação deve se dar, preferencialmente, com membros da família extensa ou ampliada (modalidade qualificada de colocação em família substituta), formada por parentes próximos com os quais o idoso convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade ou ainda pessoa sem qualquer vínculo familiar, mas que efetivamente possa amar e cuidar do idoso adotado (PROJETO DE LEI N. 5532/2019).

O envelhecimento populacional é um fenômeno mundial e portanto traz grandes desafios e com a possibilidade de abandono de idosos no Brasil torna-se importante a criação de leis para que se efetivem o direito dos idosos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal, em seu art. 1º declara que são princípios fundamentais da República Federal do Brasil, a cidadania e a dignidade humana (incisos I e II), assim a proteção ao idoso possui assento constitucional.

O idoso é ser humano, portanto, possui status de cidadão e, consequentemente, deve ser por todos os instrumentos asseguradores da dignidade humana aos brasileiros, sem distinção. No texto do Projeto de Lei, o teor da sua justificativa tem ainda a seguinte amplitude:

> [...] a nosso juízo bastaria essa consideração. Mas como o idoso quase sempre não é tratado como cidadão, a realidade obrigou o constituinte a ser bem claro no texto, estabelecendo meios legais para que o idoso deixe de ser discriminado e receba o tratamento que lhe é devido. A propositura do presente projeto de lei objetiva que o Estatuto do Idoso ampare a família natural, isto é, com os familiares que mantém vínculo biológico e consanguíneo e na ausência ou abandono desta o idoso poderá ser adotado por família substituta (PROJETO DE LEI N. 5532/2019).

Permanece certo que, o Estatuto do Idoso, não possui uma norma expressa sobre as modalidades de família substitutas, o que impede, por exemplo, a adoção de idosos em situações peculiares. Neste contexto, ressalte-se que existem muitos idosos que vivem sozinhos acometidos por sérias limitações, com perda de autonomia e independência. Com efeito, a colocação de família substituta poderá ser determinada como medida de proteção, quando apurada situação de risco, mas não apenas neste caso.

Assim sendo, a pessoa idosa será amparada em uma família substituta pelo acolhimento, curatela ou pela adoção. Diante disso além normatizar as modalidades de família substituta, entende-se recomendável que a legislação seja aprimorada no sentido de incorporar ao seu texto alterações que viabilizem a adoção de idoso como modalidade de família substituta, a fim de assegurar o direito à convivência familiar, além de averiguar a finalidade da adoção para os pretendentes e sua efetiva capacidade como adotante.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 representa um marco importante na trajetória de lutas pelos direitos da pessoa idosa, nessa mesma linha a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Os dispositivos jurídicos trazidos à baila neste estudo deixaram claro que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar a efetivação dos direitos dos idosos, mas em nenhum deles traz a possibilidade da adoção de idosos por uma família diferente da sua.

Nesse sentido, o Projeto de Lei 5532/2019 discutido neste estudo trouxe uma inovação em sua redação, que é a possibilidade de idosos abandonados em instituições serem adotados.

O Projeto de Lei 5532/2019 encontra-se em tramitação na Câmara Legislativa, contudo, diante os pontos elencados acima bem como o teor da sua justificação espera-se num futuro não muito distante que seja aprovado com vistas a garantir e efetivar a tutela jurídica aos idosos em situação de abando.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.842 de 04/01/1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso**. MPAS, SAS, Brasília 2003.

BRASIL. **Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 3 out. 2003.

BRASIL. **Municípios e Estados se reúnem para discutir ações voltadas a idosos. Secretaria Especial do Desenvolvimento Socia**l. Disponível em: http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2018/novembro/municipios-e-estados-se-reunem-para-discutir-acoes-voltadas-a-idosos. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5532/2019. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que "Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências", para inserir no ordenamento jurídico brasileiro a adoção de idosos. (Lei Dona Cotinha).** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=80C13A771EA0699BBA00B248F7C7FD96.proposicoesWebExterno2?codteor=1827181&filename=PL+5532/2019. Acesso em junho de 2020.

CAMARANO, Ana Amélia (Org.) **Os Novos Idosos Brasileiros: muito além dos 60?.** Rio de Janeiro: IPEA, 2016. Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/005/00502001.jsp?ttCD_CHAVE=274 Acesso em maio de 2020.

FERREIRA, P. G. et al. **A qualificação do cuidado ao idoso e o apoio a cuidadores familiares na atenção primária para a promoção do envelhecimento ativo, cuidado e proteção da velhice.** Belo Horizonte: Rona, 2014.

HATHAWAY, Gisela S. de A. **Comentários ao Estatuto do Idoso: Lei 10.741/2003.** Brasília: Consultoria Legislativa, Câmara dos Deputados, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 8. ed., rev., atual. e ampl.Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REGERT, Romi Margô. **Direito, cidadania e políticas públicas: velhice bem-sucedida**. (2014). Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11841/1670. Acesso em junho de 2020.

SILVA, Luna Rodrigues Freitas. **Da velhice à terceira idade: o percurso histórico das identidades atreladas ao processo de envelhecimento (2008). Disponível em:** https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702008000100009. Acesso em junho de 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole (2016).** Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS - Qualis B1 em Direito. Disponível em: https://seeBBr.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610/40474. Acesso em junho de 2020.

NOTAS:

[1] Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Professora de Direito da Faculdade Serra do Carmo FASEC. Orientadora desse TCC. prof.karinemota@fasec.edu.br

www.conteudojuridico.com.br

DESPERSONALIZAÇÃO DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

TAMIRES FERNANDES LUNA: Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho elucida a respeito da terceirização no Brasil, advindo da lei 13.429/2017, com a sua promulgação, tal ordenamento jurídico vem ganhando notoriedade com as chamadas Reformas Trabalhistas, flexibilizando normas no direito do trabalho e permitindo o recrutamento de mão de obra temporária para exercer atividade-fim, tornando-se um ponto focal de interesses e discussões tanto na sociedade civil quanto no mundo jurídico.

Palavras-chave: Terceirização. Direitos Fundamentais. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The present work clarifies abut outsourcing in Brazil, arising from Law 13.429/2017, with its promulgation, such legal order has been gaining prominence with the so-called Labor Reforms, easing rules in labor law and allowing the recruitment of temporary labor to exercise core activity, becoming a focal point of interests and discussions in both civil society and the legal world.

Keywords: Outsourcing. Fundamental rights. Labor reform.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, tem a finalidade de estudar a terceirização nos moldes da atual legislação trabalhista. O objetivo é estudar acerca da aplicabilidade da terceirização no direito do trabalho e a sua relação junto as empresas tomadoras de serviço.

Para o presente estudo, foi utilizado o método de abordagem de revisão literária, abrangendo processos de pesquisa bibliográficos e documentais. Portanto, é necessário foco na Investigação Histórica, privilegiando a pesquisa que estuda as relações entre variáveis dependentes e independentes.

Já o capítulo I, introduz a terceirização, seu conceito, sua historicidade, natureza jurídica e a necessidade de intervenção legislativa, abrangendo a Súmula

331 do TST. Ademais, o presente capítulo guia a elucidação de dúvidas na atividade-meio e na atividade-fim, sanando eventuais lacunas.

O capítulo II, insere a lei 13.429/2017 (Lei que trata do trabalho temporário), classificando a terceirização, definindo suas áreas, realizando ainda, uma analogia entre a lei e o direito civil.

A distinção entre a terceirização lícita e ilícita, está contida no capítulo VI, analisando as hipóteses de aplicação da lícita, bem como suas obrigações, para que tal benesse tenha eficácia jurídica nos moldes da atual legislação.

2 HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO

Ao examinar a terceirização, há necessidade de lembrar *sua gêneses* e seu desenvolvimento no decorrer do tempo. Trata-se de uma realidade histórico-cultural, que deve ser estudado de acordo com a noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo, é possível compreender o desenvolvimento decerto instituto ou tema no decorrer dos anos, o que se mostra uma necessidade premente, segundo as lições do jurista Waldemar Ferreira "Nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas atuais". Na Grécia pessoas alugavam escravos para outras, que eram usados no trabalho nas minas. (SARAIVA, 1992. p.1).

A terceirização como processo técnico de gestão administrativa e operacional inicia-se em países industrialmente competitivos, originando-se nos Estados Unidos depois da eclosão da Segunda Guerra Mundial, isso porque as indústrias bélicas precisavam centraliza-se na produção de armamentos, e no seu desenvolvimento, para serem usadas contra as forças do eixo e, com isso, passaram a delegar algumas atividades às empresas prestadoras de serviços.

As grandes empresas, no entanto, precisavam se colocar novamente dentro do mercado de forma intensa, pensando em "olhar para dentro", acabaram descobrindo saídas para entrar de forma competitiva. Foi introduzido o *downsizing*, que nada mais é do que a redução dos níveis hierárquicos, enxugando o organograma e reduzindo o número dos cargos dentro das empresas, o que agilizava as tomadas de decisão. O processo permitiu que as empresas obtivessem uma evolução parcial ao tentarem se tornar mais ágeis. (PETRIN, 2019).

Com isso, a reorientação empresarial fez com que chegassem à conclusão de que, para tornar ainda mais ágil, deveriam transferir para terceiros a incumbência de execução de atividades secundárias, focando todos os esforços da empresa nas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

atividades principais. Isso gerou mais resultados e ficou conhecido como outsourcing, ou terceirização, em português. (PETRIN, 2019).

De acordo com Sergio Pinto Martins, (2018);

> A terceirização é um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países. Num mundo que tende à especialização em áreas integrais, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as, para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução dos serviços em que não se especializaram. (MARTINS, 2018.p.22).

Constitui-se a terceirização numa realidade que o direito do trabalho tem que analisar. Este é um ramo do direito bastante dinâmico, que deve verificar os avanços na estrutura da empresa e compatibilizá-los de acordo com a legislação vigente.

O Sistema de informação da legislação trabalhista (Guia trabalhista), traz como definição, a Terceirizar consistindo na contratação de empresa tomadora de serviços com empresa prestadora de serviços, por meio de empresa ou trabalhador intermediário (interposto) entre o tomador de serviços e a mão-de-obra, mediante contrato de prestação de serviços. A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante (tomador) destes. É um procedimento que se dá através do código civil, que possibilitando um processo gerenciado de transferência, a terceiros, da atividade-meio da empresa, permitindo a esta concentrar-se na sua atividade principal.

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviço de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e fazendo a montagem final do veículo. (MARTINS, 2018.p. 22).

Os artigos 17 e 18, da Lei 4.594/64 dispõe que a seguradora não pode fazer a venda de seguros diretamente, o que tem de ser feito através de corretos autônomo ou corretora.

Já os Decretos-Leis n.º 1.212 e 1216 de 1966, permitiram aos bancos disporem dos serviços de segurança prestados por empresas particulares, gerando o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fornecimento de serviços realizados por pessoal habilitado, por empresas que atuam da área de segurança privada.

Não obstante, o Decreto 62.756, de 22 de maio de 1968, dispõe sobre a coordenação e fiscalização das Agências de Colocação, submetendo-as ao controle do Departamento Nacional de Mão-de-Obra, e dá outras providências, relevando que a partir do referido momento havia licitude na contratação de agências terceirizados, ou seja, empresas prestadoras de serviços.

O Deputado João Alves teve a iniciativa da apresentação do Projeto de lei nº 1.347, que se transformou na Lei nº 6.019/74. A justificativa do projeto (publicado no Diário do Congresso Nacional, de 30 de junho de 1973, p. 3.766) mostra que o:

> Contingente de trabalhadores é representado, por exemplo, por estudantes que não dispõem de um tempo integral para um emprego regular; por donas de casa que, apenas em certas horas, ou em dias da semana, podem se dedicar a um trabalho para o qual tenham interesses e qualificações, sem prejuízo para seus encargos domésticos; para os jovens em idade do serviço militar, que encontram dificuldades de emprego justamente pela iminência de convocação; para os trabalhadores com mais de 35 anos, ou já aposentados, mas ainda aptos e que não encontram empregos permanentes, ou não o querem em regime regular rotineiro. Serve, também, àqueles trabalhadores que ainda não se definiram por uma profissão definitiva e que, oportunidade de livres-escolhas entre várias atividades, podem se interessar por uma delas e, afinal, consolidar um emprego permanentemente. E, por outro aspecto, não se deixam de atender àqueles que, apesar de já empregados, desejam, com um trabalho suplementar, aumentar seus rendimentos.

Neste contexto, surge a primeira norma que efetivamente tratou de terceirização, entretanto, não com está denominação e sim como trabalho temporário, ademais o objetivo de tal lei fora para que os trabalhadores que não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como estudantes, jovem em período de prestação do serviço militar, donas de casas que não obtinham de tempo para trabalhar de forma integral e aposentados, que não queriam emprego permanente, e até mesmo os que não se decidiram pela profissão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Após, surge a Lei n.º 7.102 de 20 de junho de 1983, surgindo assim a relação triangular (empregado, empregador e tomador de serviços) e retilíneo como previsto na CLT (empregado e Empregador).

Nos ensina Sergio Pinto Martins (2018); que a terceirização é um fenômeno que vem sendo largamente utilizada no mundo moderno, especialmente na Europa. Em nosso pais é que passou a ser adotada pelas empresas. Isso mostra que estamos saindo da era industrial para adentrar na era dos serviços. (MARTINS, 2018. p. 24).

2.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Terceirizar é externalizar a produção, ou seja, ao invés de uma empresa realizar determinada atividade, contrata-se uma empresa terceirizante (intermediária), que terá como papel efetuar a função que, em princípio, caberia à empresa tomadora dos serviços praticar. Embora utilizada pelas empresas a terceirização até o presente momento não está definida em lei, nem há norma jurídica cuidando do tema, sendo utilizada como uma estratégia na forma de administrar pelas empresas tomadoras de serviços, que tem por objetivo organiza-las e estabelecer métodos da atividade empresarial. Entretanto, a utilização da terceirização pelas empresas traz problemas jurídicos, que necessitam ser analisados, normalmente no campo trabalhista. Não obstante, é fato que as empresas devem obedecer às estruturas jurídicas vigentes, principalmente às trabalhistas, sob pena de arcar com as consequências decorrentes do não cumprimento de suas obrigações, no que diz respeito aos direitos trabalhistas. (MARTINS, 2018. p. 31).

As lições do professor Hélio Santos (2010).

> "O processo terceirizante é a utilização de mãos de obra por pessoa diversa da pessoa do seu empregador". De forma ilustrativa, explica o referido professor que a terceirização ocorre quando a prestação laboral é obtida de trabalhador vinculado à outra sociedade empresarial prestadora de serviço, a qual é a responsável direta pelo vínculo empregatício. (SANTOS, 2010. p. 123).

Denota-se ainda, que a terceirização traz duas relações jurídicas distintas, elencada no Direito Civil e outra de Direito do Trabalho, as quais são consideradas por ele como essenciais para caracterização do fenômeno em estudo. O vínculo com o Direito Civil, no qual, consiste na relação jurídica entre a prestadora e a tomadora dos serviços, enquanto que, o vínculo entre Direito do Trabalho é tida entre a prestadora e seus empregados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Nascimento (2013)

> O conceito de terceirização está intimamente ligado ao de subcontratação no Direito Civil. Segundo o autor, terceirizar é a transferir a trabalhador na terceira pessoa, determinada obrigação e um direito, exercitáveis, a princípio, no âmbito do contrato originário, mas que passam, por meio da subcontratação, a ser exercitáveis no âmbito do contrato derivado, nesse sentido, traz a terceirização como uma relação jurídica bilateral, consoante ao conceito de subcontratação adotado por ele. (NASCIMENTO. 2013. Pág. 47).

Rubens Ferreira de Castro (2000. P.78), conceitua terceirização como sendo:

> O vocábulo utilizado para designar uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias as empresas especializadas nessas atividades, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal. (CASTRO. 2000. Pág. 78).

2.2 NATUREZA JURÍDICA

A priori, é difícil dizer qual é a natureza jurídica da terceirização, pois, como foi visto anteriormente, há varias concepções a serem analisadas, assim poderá haver a combinação de elementos de vários contratos distintos: de fornecimento de bens ou serviços de empreitada, em que o que interessa é o resultado; de franquia de locação de serviços, em que o que importa é a atividade e não o resultado; de concessão de consórcio; de tecnologia, know-how, com a transferência da propriedade industrial, como inventos, fórmulas (etc). (MARTINS, 2018. p. 33).

Faz-se mister, que não existe normatização para o instituto da terceirização no conjunto legislativo brasileiro, a lei 6019/74 e 13.429/2017, existente versam sobre hipóteses muito específicas, delegando-se ao Tribunal Superior do Trabalho, através da súmula 331, estabelecer diretrizes sobre o tema, dispondo em quais momentos terceirização será considerada lícita ou ilícita, visto que a suprema corte tem o compromisso constitucional em decidir os casos concretos que são subordinados a ela. Portanto o instrumento normativo que regula tal instituto é a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual delimita direciona e configura os modos de terceirização. (MARTINS, 2018. p.166).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.3 NECESSIDADE DE INTERVENÇÕES LEGISLATIVAS

Em que pese, as críticas a terceirização, a evolução da terceirização no âmbito produtivo brasileiro é significativo e tem impelido a configuração linear, bilateral dos artigos nos artigos 2.º, caput, e 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho. Por conseguinte, aponta como singularidade que o efeito terceirizante tem se desenvolvido de forma expansivamente ao longo dos anos requerendo assim esforços e demandando de atenção intrínseca cuidados e esforços para normatização e garantia dos preceitos fundamentais dos cidadãos.

Nas palavras de Delgado (2014)

> Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônomo estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho no país. (DELGADO, 2014. p. 455).

Conforme o CNI (Confederação Nacional das Industrias), insta salientar que a terceirização é um fenômeno que não retroagirá, sendo necessário para resistência e competitividade na economia hodierno como um todo. Ademais a terceirização é método para expansão nos setores produtivos e de serviços, visto que é realizado por especialistas em áreas especificas acarretando assim, diminuição de tempo de produção e custeio. CNI, 2014.

Tramita no Senado Federal Projeto de Lei n.º 4.330/2004, é de relevante valor para continuidade na economia, vez que aumentaria a opção por terceirizar e asseveraria a multiplicidade de tal instituto sem retrair direitos dos funcionários contratados por empresas prestadoras de serviços, garantindo maior proteção aos empregados criando ambientes propícios aos trabalhadores, segurança jurídica e garantia dos direitos individuais, insta salientar que o projeto citado fui aprovado na Câmara dos Deputados antes mesmo da lei 13.429/2017.

Relata a autora, que o objetivo do projeto é a redução de custos com a diminuição dos salários e que a sua aprovação trará como consequências a perda de diversas conquistas trabalhistas, como benefícios previstos em convenções e acordos coletivos. Ademais, provocaria problemas na organização sindical e seria nocivo do ponto de vista da isonomia. (CASSAR, 2015. p. 486 - 487).

Diante do exposto e da atual regulamentação da terceirização no Brasil, destacando-se a deficiência da normativa estatal sobre a questão, percebe-se que há uma necessidade de regulamentação legislativa sobre a terceirização, tendo em vista

o propósito de conciliar o objetivo de crescimento econômico com a proteção dos direitos trabalhistas.

Tal regulamentação deve levar em consideração, primordialmente, os atuais princípios que regem as relações de trabalho, visando a maior proteção possível dos benefícios já conquistados. Entretanto, não é correto desconsiderar as demandas do setor econômico, devendo-se abrir espaço para ponderação os interesses da classe empresária, especialmente do setor da indústria, tendo em vista as necessidades de avanço econômico do país. (PORTAL DAS INDUSTRIAS. 2017).

Entretanto, a Lei que trata especificamente sobre a terceirização não fora aprovada, visto que o impasse continua até hoje, pois, embora a Câmara Federal tenha aprovado o Projeto de Lei 4.330/04, que regulamenta a terceirização, o mesmo encontra-se no Senado Federal sem condições de prosseguimento, antagonismo entre representantes dos interesses dos trabalhadores e dos empregadores naquela Casa Legislativa. (MANUS. 2016).

Assim, viu-se o Tribunal Superior do Trabalho obrigado a estabelecer parâmetro para a terceirização, fixando uma diretriz a respeito. A súmula em questão não seria necessária se o legislador lograsse disciplinar a questão, com a Súmula n.º 331. (MANUS. 2016).

3 ATIVIDADE – FIM

De acordo com Sergio Pinto Martins (2018): Atividade-fim é a que diz respeito aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a comercialização etc. É a atividade central da empresa direta de seu objeto social, ou seja, a atividade principal, nuclear ou essencial para que possa desenvolver seu labor. A atividade-fim da empresa não é o lucro, este é o seu objeto.

Para o Direito Comercial, a atividade-fim é a que consta do objeto do contrato social. É a atividade principal. (MARTINS, 2018, p.165).

O art. 60 da Lei nº 9.472/97 dispõe que:

> § 1. ° Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Sendo está a atividade-fim.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O art. 94, II, da Lei 9.472/97 permite a terceirização da atividade-fim. Pode ser utilizado por analogia a regra do § 2º do art. 581 da CLT, no sentido de que: "Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional". (MARTINS. 2018, p. 165).

É aquela cuja rotina está diretamente ligada ao segmento de atuação da empresa. A atividade-fim compreende as atividades essenciais do negócio, em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada.

3.1 ATIVIDADE – MEIO

Entende-se como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objetivo central. É uma atividade de apoio a determinados setores da empresa ou complementar.

São exemplos de terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância etc. (MARTINS, 2018. p. 166).

4 LEI 13.429/2017

A lei n.º 13.429/2017, de 31 de março de 2017, deu nova redação e acrescentou dispositivos à Lei n.º 6.019/74. Passou a tratar não só do trabalho temporário, mas também da terceirização, com sua promulgação, permite-se terceirizar todas as atividade da empresa, não tendo definição entre atividade meio e atividade-fim, de forma desenfreada, ilimitada, irrestrita, sem qualquer normatização, ou seja, foi autorizado a terceirizar todas as atribuições oriundas da empresa, A Lei nº 13.429/2017, prevê a responsabilidade entre empresa contratante e tomadora de serviços é subsidiaria, ou seja, tenha responsabilidade subsidiária, nos caso em que a empresa de prestadora de mão de obra falhe no pagamento das verbas salariais e consectários legais oriundas do contrato de trabalhos. Ademais, o trabalhador somente poderá acessar à Justiça do trabalho se todas as medidas administrativas para recebimento de verbas trabalhistas forem sanadas na esfera administrativo, não havendo hipóteses de recebimento, poderá chamar a lide como litisconsórcio passivo a empresa contratante. Em se tratando do projeto de lei (Projeto de Lei nº 4.330/2004), neste ponto a norma era mais favorável ao trabalhador, entendendo que a empresa contratante já seria incluída no polo passivo da demanda respondendo desde já subsidiariamente ao processo. (MARTINS, 2018. p.181 - 184).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com aprovação da lei supracitada, houve desvirtuamento completo do instituto da terceirização. Aproveitou-se da súmula n.º 331, item I do TST e inseriu-se na lei de serviço temporário a possibilidade de terceirizar qualquer trabalho, independente da atividade que a empresa tomadora de serviços ou a empresa contratante exerça.

No dia 30/8/18, o STF julgou a ADPF 324 e o recurso extraordinário em repercussão geral 958252, que versavam sobre a possibilidade de terceirização em todas as atividades da empresa. Por maioria de 7 votos contra 4 contrários, o Tribunal julgou que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim. Nesse sentido, a modificação realizada pela reforma trabalhista passa a ser reconhecida pelo STF, cuja decisão tem efeito vinculante para todo o Poder Judiciário. Votaram a favor da licitude da terceirização nas atividades-fim os ministros Luís Roberto Barroso (relator da ADPF), Luiz Fux (relator do RE), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. De forma contrária, votaram os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Do julgamento do recurso extraordinário 958252 foi firmada a seguinte tese de repercussão geral. (PORTAL STF).

Faz-se mister, denotar a gravidade para além da regulamentação do trabalho temporário nas empresas urbanas, que sempre foi o cerne da Lei n.º 6.019/74, com a alteração do dispositivo da citada lei, passou-se acrescentar dispositivos danosos ao labor acerca da relação de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros. (ANTONIO, 2017. p. 12).

Conforme Dr. Enoque Ribeiro dos Santos desembargador do Trabalho do TRT, o surgimento de uma lei de uma legislação contemporânea para tratar do assunto, por envolver grupo social economicamente hipossuficiente, anômalo, eivado de vulnerabilidade, não se pode desconstruir anos de conquistas sociais de luta, atingidos com lagrimas e suor e batalhas na luta sindical, no debate acadêmico e na edificação de jurisprudência de nossos Tribunais. Ao contrario deve-se somar a caligrafia, à luz do poder político máximo que representa a Carta Magna Brasileira, em um Estado Democrático de Direito. (ER SANTOS, 2017).

Nesse ponto, o entendimento de que a atribuição da responsabilidade solidária à tomadora de serviços em todos os casos teria sido a melhor solução legislativa para obstar os abusos na utilização da terceirização e minimizar os efeitos sociais deletérios decorrentes da terceirização, é fato que não foi essa a opção do legislador nas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017. Conforme mencionado, o artigo 7º

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da lei 13.467/2017, estabelece expressamente a responsabilização subsidiária da tomadora, como se vê abaixo:

> Art. § 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Portanto, agora por expressa previsão legal, a tomadora responde pelos créditos dos trabalhadores terceirizados que atuaram em seu benefício, porém, apenas é instada a pagar quando a empregadora, acionada judicialmente, não paga o débito. (GARCIA, 2017. p.13-14).

4.1 TERCEIRIZAÇÃO E O TRABALHO TEMPORÁRIO

A priori, faz-se necessário que saibamos diferenciar tanto o trabalho temporário como a terceirização. O trabalho temporário é exercido por pessoa física, funcionário de uma empresa, que tem por objetivo social a prestação de serviços a empresas tomadoras de serviços, funcionando da seguinte maneira: Em um restaurante que tem a função precípua de preparar alimentos, hipoteticamente, a cozinheira entra em licença maternidade ou goza de férias, tendo em vista que ela é uma excelente cozinheira e a empresa não quer contratar outra pessoa para exercer a função, assim que a cozinheira voltar as suas funções terá seu emprego garantida, mas, ao mesmo tempo, a sua ausência restarão grandes prejuízos para empresa, nesta situação hipotética, o restaurante procura uma empresa que forneça tal mão, a saber, um cozinheiro, que substituirá temporariamente a falta daquela funcionária. (MARTINS. 2018, p.159).

> Art. 2º da lei 13429/2017, traz que "Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços".

Luciano Martinez, (2016) nos ensina que a contratação do trabalhador temporário é excepcional, tendo em vista que ele é selecionado pela empresa tomadora como se seu efetivo empregado fosse, isto deixa claro o caráter pessoal na contratação do trabalhador, fenômeno que não ocorre na terceirização de serviços. Importante ressaltar que nesta modalidade o trabalhador temporário presta serviço consciente da atividade-fim que será exercida, uma vez que é contratado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

justamente para substituir o funcionário regular e permanente. (MARTINEZ, 2016, p. 460).

Por força desta excepcionalidade, a permanência do trabalhador temporário é limitada em 180 dias, consecutivos ou não (§1º, art. 9.º), podendo ser prorrogado por mais 90 dias, consecutivos ou não (§2º, art. 9.º da lei 6.019/74) (MARTINS, 2018, p. 159).

CONCLUSÃO

É evidente que o tema em questão, é o principal meio de modernização das relações trabalhista, a terceirização implica na própria sobrevivência da empresa, tendo em vista a necessidade da diminuição dos custos gerais e operacionais. A nova Lei pode regularizar a situação milhares de trabalhadores, que atuam sob a informalidade, respeitando, assim, os direitos e preservando a arrecadação previdenciária.

O setor de serviços é um dos grandes favorecidos pela nova legislação, principalmente em segmentos como estética, limpeza e conservação, turismo, educação e tantos outros que aguardavam ávidos por essas mudanças. Se, antes, a terceirização era viável apenas a atividades-meio, agora ela poderá ser adotada a atividades-fim, ou seja, uma escola terá professores terceirizados, sem que eles percam seus direitos trabalhistas. E, caso a empresa terceirizada não recolha as contribuições previdenciárias referentes ao funcionário ou não pague os salários e benefícios, a empresa tomadora de serviços é acionada, pois, é responsável em caráter subsidiário, garantindo, assim, que o trabalhador não tenha prejuízos.

Deste modo, a terceirização poderá ser utilizada pensando em melhora na qualidade dos produtos para as empresas. Isso acontece porque, ao contratar os serviços terceirizados, o empresário se torna capaz de manter o foco na sua atividade principal e, ao mesmo tempo, garantir benefícios para o desenvolvimento do seu negócio, visto que terá a possibilidade de terceirizar atividades a serem desempenhados apenas por especialistas, com isso haverá melhora na qualidade das operações, boa produtividade nas principais áreas de atuação, otimização de seu tempo e, principalmente, redução nos custos gerais da organização.

Insta ressaltar que os abusos devem ser coibidos e as fraudes não podem ser toleradas por ninguém, é evidente que antes de se terceirizar uma atividade, é preciso uma boa análise por parte do empresário com o objetivo de reduzir os riscos e evitar que seja configurada uma situação de emprego com os empregados terceirizados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É necessário sempre ter em mente que, se houver uma subordinação direta entre empregados e a empresa tomadora de serviços, a situação poderá ser caracterizada como ilicitude da terceirização. Dessa forma, existindo uma demanda trabalhista partindo do empregado terceirizado, a tomadora dos serviços poderá se tornar responsável pelos débitos trabalhistas que a prestadora deixar de pagar para os funcionários.

É fundamental, portanto, investigar, antes de contratar, a empresa de terceirização. Sempre é importante solicitar certidões negativas referentes a tributos e encargos, referências comercias e financeiras, ações trabalhistas em cursos, certificações de qualidade (ISO:9001, por exemplo).

Destarte, é necessário lembrar que a lei que trataria sobre o tema de forma específica encontra-se em trâmite no Senado Federal (Aguardando Apreciação pelo Senado Federal) projeto de lei PL 4.330/2004, no qual poderia sanar todas as dúvidas e findar todas as lacunas que causam impunidades e abusos aos trabalhadores, lesando direitos e ferindo princípios.

REFERÊNCIAS:

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 11ª ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE; SÃO PAULO: MÉTODO, 2015 P. 486-487.REFERÊNCIAS

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **TERCEIRIZAÇÃO: O Imperativo das Mudanças.** BRASÍLIA: CNI, 2014**.**

ER SANTOS. Enoque Ribeiro dos. Desembargador do Trabalho do TRT – 1ª Região. Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. O texto foi publicado na edição número 25 da Revista Fórum Trabalhista – **A Nova Lei da Terceirização – Lei nº 13.429/2017 Um Cheque Em Branco ao Empresário**. RFT. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/noticias/nova-lei-da-terceirizacao-lei-no-13-4292017-um-cheque-em-branco-ao-empresariado/.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização: Trabalho Temporário, Cooperativas de Trabalho**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MANUS. Pedro Paulo Teixeira. Ministro Aposentado do Tribunal Superior do Trabalho. **A terceirização Sob a Ótica da Súmula 331 do TST e o Entendimento do Supremo**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/reflexoes-trabalhistas-terceirizacao-otica-sumula-331-tst-tese-stf.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização No Direito do Trabalho**. Sergio Pinto Martins**.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. 1 Terceirização Legislativa 2. Direito Do Trabalho I Título.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso De Direito Do Trabalho.** 15 Ed. São Paulo: Saraiva, 1998

PETRIN. Natalia. **Estudo Prático da Terceirização**. 2019. disponível em: https://www.estudopratico.com.br/terceirizacao/.

PORTAL STF. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental**. Processo sob processo sob o nº 9997591-98.2014.1.00.0000. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584.

PORTAL CNI. Confederação Nacional das Indústria. **Terceirização.** Disponível em: http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/terceirizacao/o-que-e/

SANTOS, Hélio Antônio Bittencourt. **Curso de Direito do Trabalho.** 4ª Ed. São Luís: Hélio B Santos, 2010.

NOTAS:

[1] **Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA EM GRAU RECURSAL: ANÁLISE A PARTIR DO EFEITO DEVOLUTIVO

VANESSA CRISTINA DAL BOSCO: Bacharel em Direito pela UFPR; Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Resumo: Este texto se dispõe a analisar o princípio da congruência em grau recursal a partir de um paralelismo existente entre o efeito devolutivo e o princípio dispositivo. Para tanto, realiza-se uma breve exposição acerca das facetas do efeito devolutivo, em sua extensão e profundidade, bem como de seus desdobramentos na causa de pedir e no pedido. Após, apresentam-se hipóteses em que os limites do pedido recursal são ultrapassados sem que haja violação à regra da congruência, consubstanciadas nas questões subordinadas, de ordem pública e do julgamento da causa madura. A conclusão é que a extensão do efeito devolutivo coloca importantes limites para que haja congruência do julgamento recursal com a matéria impugnada, o que, contudo, não é óbice para a apreciação das questões atinentes ao capítulo, dada a atuação da profundidade do efeito. Também, arremata-se que os limites do pedido podem ser extrapolados, preponderando a celeridade processual e a primazia do julgamento do mérito.

Palavras-chave: Recursos cíveis – Efeito devolutivo – Princípio da congruência.

Abstract: This text sets out to analyze the principle of congruence in appeal instance from an existing parallelism between the devolutive effect and the dispositive principle. Therefore, a brief exposition regarding the facets of the devolutive effect is done, in its extension and depth, as well as in its cause of request and request unfoldings. After that, hypotheses are presented, in which the limits of the appeal request are surpassed without violating the congruence rule, substantiated in subordinate questions, regarding public order and the judgement of the mature cause. The conclusion is that the extension of the devolutive effect sets important limits so there is congruence of the appeal judgement with the impugned matter, which, yet, is not an obstacle to the appreciation of the questions regarding the chapter, given the acting of the depth of the effect. In addition, it is noticeable that the limits of the request can be extrapolated, preponderating the reasonable duration of the process and the primacy of merit.

Keywords: Civil appeals – Devolutive effect - Principle of congruence.

SUMÁRIO. 1. Notas introdutórias: o princípio dispositivo e da congruência e o paralelismo recursal. 2. Extensão e profundidade do efeito devolutivo. 3. O pedido e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a causa de pedir recursal e a congruência. 3.1 Efeito expansivo interno. 3.2. Questões de ordem pública. 3.3. Julgamento de causa madura. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Notas introdutórias: princípio dispositivo e da congruência e o paralelismo recursal

Vige no sistema processual civil pátrio o princípio da demanda, segundo o qual a jurisdição, função inerte do Estado, só age após ser provocada, e o faz nos limites que o interessado lhe determinar. Isso porque a esfera da atuação jurisdicional civil está adstrita a direitos privados e disponíveis, sendo reservada à vontade das partes a interferência estatal.[1] A máxima encontra-se prevista no artigo 2º do Código de Processo Civil.

O atuar jurisdicional fica adstrito ao pedido formulado pela parte, fixando o princípio da demanda, pois, o objeto da decisão.

Mais além do que a adstrição ao pedido, o juiz também fica constrito aos fundamentos de fato trazidos pela parte, ou seja, à causa de pedir, bem como resta impossibilitado de decidir a respeito de pessoa que não integre a lide. Estabelecida a demanda a partir da tríade partes, pedido e causa de pedir,[2] a ela o juiz se limita.[3]

Natural da ideia de adstrição do juiz ao pedido é a correlação da sentença com os limites do pleito, traduzindo-se esta no princípio da congruência: o julgador não pode decidir além ou diferente do pedido, bem como deve examinar a pretensão completamente, sendo-lhe defeso decidir menos. Ultrapassando tais limites, constata-se o *error in procedendo*, respectivamente, de julgamento *ultra, extra* ou *infra petita*.[4]

Complementar ao princípio da demanda, que notavelmente se relaciona ao direito material objeto da jurisdição - em regra proposto pelo jurisdicionado -, é o princípio dispositivo, que se liga ao andar processual da lide. Nesse sentido, a atuação predominante da parte faz exsurgir o processo dispositivo, no qual cabe a ela dar andamento ao feito, tolhendo-se a iniciativa do julgador (acerca da instrução probatória, por exemplo). De outro lado, o agir prevalecente do juiz, impulsionando atos processuais e atuando na instrução da causa, configura o processo inquisitivo. Ambos os princípios existem em mescla no ordenamento, ora prevalecendo um, ora outro, não havendo que se falar em aplicação exclusiva.[5]

Exposta brevemente a formação da demanda e as limitações do juízo cognitivo a ela, mormente acerca da congruência entre o pedido e a decisão,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pergunta-se se tal conjectura é verificada em identidade em grau recursal, o qual não se olvida que é um universo à parte, fase distinta e bem caracterizada.

Nesse ínterim, em caso de eventual insatisfação da parte com um primeiro julgamento em tese não adequado, lhe é facultada - dentro das hipóteses de cabimento numeradas pelo ordenamento - a interposição de recurso para novo exame da matéria por julgador competente para tanto.

Ocorre que a insatisfação pode se referir à decisão como um todo, mas também pode dizer respeito a apenas parcela do *decisium*. É evidente, até pela indene ausência de interesse, que nos capítulos em que o interessado restou vencedor não subsistirá, para ele, motivo para recorrer.

Diante desse quadro, evidencia-se que o objeto recursal pode ser diverso do objeto do processo, inicialmente proposto na exordial.

Deveras, deve a ele também o juiz se restringir. Na seara recursal, em paralelo ao princípio dispositivo, há o efeito devolutivo, que em seus variados contornos é responsável por delimitar o *thema decidendum*, a extensão do julgamento do juízo *ad quem*.

É assente na doutrina o entendimento de que o efeito devolutivo é comum a todos os recursos, ainda que o órgão destinatário seja o mesmo que proferiu o julgamento (como em caso de embargos de declaração), porquanto "o objeto de todo e qualquer recurso é submeter a decisão impugnada a um novo exame do órgão *ad quem*".[6] Em outras palavras, é eficácia mínima do recurso é promover a devolução.

Para Flávio Cheim Jorge, o efeito devolutivo se apresenta como uma decorrência natural da incidência do princípio dispositivo nos recursos[7], e

> faz com que se atribua ao recorrente o direito de fixar o âmbito de devolução da matéria ao Judiciário. Somente será devolvida à apreciação do tribunal, e, portanto, objeto de novo exame e julgamento, aquela matéria expressamente impugnada pelo recurso.

Em grau de recurso, pois, também a análise se limita àquilo posto a exame pela parte interessada, o qual, como visto, pode se restringir à apenas alguns capítulos da decisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não obstante, para além da influência do princípio dispositivo na área recursal, demonstrado pelo efeito devolutivo em sua extensão, os recursos possuem de maneira mais incisiva a atuação do princípio inquisitivo, permitindo-se ao julgador, a par da insurgência do recorrente, a apreciação de questões externas ao âmbito de impugnação fixado no recurso.

É por força deste princípio que são submetidos ao órgão julgador os fundamentos da lide e da defesa, bem como todas as questões suscitadas no processo: é a manifestação da profundidade do efeito devolutivo, ou, como parte da doutrina prefere chamar, o efeito translativo.[8]

A extensão do efeito devolutivo vem estampada nos artigos 1.002, 1.008 e 1.013, *caput*, do Código de Processo Civil. Esse último dispõe que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Por sua vez, a profundidade é evidenciada nos parágrafos 1º e 2º do art. 1.013.[9]

Nesse delinear, é certo que deve haver adequação da decisão recursal ao princípio da congruência. No entanto, como se verá, alguns contornos diferenciais são revelados, haja vista a distinção do objeto recursal e o objeto da lide, o qual sofre influência, também, dos efeitos da própria decisão e dos propósitos da celeridade processual e da primazia do julgamento de mérito.

2. A extensão e a profundidade do efeito devolutivo

O efeito devolutivo é conceito deveras importante para o funcionamento da dogmática processual dos recursos, porque tem como fim precípuo provocar o reexame da causa. É esse efeito que possui o condão de passar o exame da lide, já decidida pelo juízo *a quo*, à plena cognição do juízo *ad quem*.

Não se olvide, entretanto, da estreita ligação do efeito devolutivo com o princípio dispositivo, de sorte que cabe ao interessado estipular quais questões decididas inicialmente poderão ser objeto de reanálise.

A devolução da matéria pode, então, ser visualizada em dois campos: o da extensão e o da profundidade. A extensão é verificada em perspectiva horizontal, relacionada ao objeto da decisão recorrida, podendo a decisão do tribunal cobrir área igual ou menor do que submetida à cognição do juiz *a quo*. Quanto à profundidade, na perspectiva vertical, são vislumbrados os fundamentos e as questões analisadas, ou mesmo que poderiam ser analisados pelo juiz *a quo,* para a apreciação da pretensão versada.[10]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A extensão do efeito devolutivo está relacionada aos capítulos da decisão objurgada. É acerca desses capítulos que há a circunscrição da atuação jurisdicional, não podendo o juízo *ad quem* adentrar naqueles que não foram objeto do recurso.

Aqui é importante definir que os capítulos da decisão são parcelas de certo modo autônomas, cada qual tratando de um direito que, embora possa estar relacionado a outro tópico, pode ser resolvido logicamente em um único capítulo. *V.g.*, são autônomos os capítulos de indenização por dano moral e dano material em demanda que tem como causa de pedir um acidente de trânsito, bem como a parcela atinente à sucumbência e aos honorários advocatícios.[11]

Pode-se dizer, portanto, que pela extensão do efeito devolutivo se estabelece o objeto litigioso recursal, fixando-se, assim, a congruência com o que poderá ser decidido pelo tribunal.

Por consequência, tal limite não pode ser ultrapassado sob pena de configurar os vícios de decisão *ultra, extra* ou *infra petita,* desmantelando o poder de disposição da parte.

Tal consideração faz com que o efeito devolutivo tenha papel importante para a formação do trânsito em julgado. Tratando-se de recurso parcial – voltado para apenas parte dos capítulos decisórios – as parcelas não impugnadas transitam em julgado, ou então restam preclusas, a depender da natureza da questão, processual ou de mérito [12].

José Frederico Marques expõe que

> a apelação parcial provoca imperiosa e imutável redução da lide no Juízo de segundo grau. E isso em razão de não ter querido o recorrente, no uso de seu poder dispositivo de apelação, reabrir integralmente a discussão, em segundo grau, para completo reexame de todas as questões da causa[13] .

Por outro lado, logicamente, as questões devolvidas ao tribunal para reapreciação adiam a formação da coisa julgada.[14]

Como consequência da limitação do conhecimento do tribunal à matéria efetivamente impugnada, traduzida no brocado *tantum devolutum quantum appellatum*, exsurge a proibição da *reformatio in pejus*, tendo em vista que só subsiste o interesse de recorrer na parcela da decisão que foi desfavorável ao interessado, não sendo lógico devolver à reexame mais do que isso. Assim se estaria a conferir vantagem ao recorrido, que nada solicitou ao tribunal *ad quem*.[15]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Notório, de outra parte, que a máxima da proibição de reformar para pior não se aplica aos casos sujeitos à remessa necessária, uma vez que nesses nem sequer o princípio dispositivo é aplicável,[16] visto que "não há pedido de ninguém, mas apenas a translação de toda a matéria constante da sentença para o tribunal superior para que reexamine tudo o que foi decidido na instância inferior."[17] Nessa hipótese, há alusão à incidência do princípio inquisitório, revelado pelo efeito translativo.

Apesar do dever do tribunal de se ater ao capítulo impugnado, a legislação dá ao julgador a liberdade de avaliar todas as questões a ele pertinentes, mesmo aquelas que não foram solucionadas na decisão impugnada (art. 1.013, §§1º e 2º): trata-se da profundidade do efeito devolutivo. Ou seja, delimitada a matéria a ser julgada, avalia-se em seguida o material que poderá ser utilizado pelo magistrado no julgamento do recurso.[18]

Entende-se que a profundidade do efeito devolutivo, ou sua orientação vertical, é amplíssima, podendo o julgador apreciar tudo que consta do processo (questões, fatos, provas e fundamentos das partes), ainda que o recurso ou a decisão objurgada não façam menção sobre o tema. Nesse sentido, explana Flávio Cheim Jorge que:

> por isso é que o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (relativo à extensão do conhecimento), completa-se pelo acréscimo *vel appellari debebat* (relativo à profundidade). Enquanto a extensão do efeito devolutivo pode ser total ou parcial, a profundidade é sempre plena e integral.[19]

A orientação vertical do efeito devolutivo é regulamentada pelos §§ 1º e 2º do art. 1.013 do Código de Processo Civil, aplicáveis a todos os recursos apesar de se encontrarem topicalizados no capítulo atinente à apelação.

O §1º do referido artigo versa sobre a devolução, ao tribunal *ad quem*, das questões suscitadas e discutidas no processo; o §2º trata especificamente dos fundamentos, estes que podem ser traduzidos como a causa de pedir da lide, e também, quanto à defesa, como os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito autoral aventados.

Com efeito, ao tribunal é permitido acolher fundamentos que foram rejeitados pelo julgador na origem, ainda que não tenham sido impugnados especificamente pelo recorrente. A exemplo de cumulação de defesas, em caso de cobrança de indenização securitária julgada improcedente diante da configuração de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

agravamento do risco, pode o examinador, no recurso do segurado, afastar a tal conclusão mas declarar a improcedência diante da ausência de pagamento do prêmio, ainda que tal não tenha sido suscitado em contrarrazões.

Explicita José Miguel Garcia Medina a hipótese de demandas com cumulação de causas de pedir:

> pode ocorrer que, tendo a ação dois fundamentos, o juiz de primeiro grau repila o primeiro, mas acolha o segundo, julgando procedente o pedido. Nesse caso, ainda que, na apelação, manifeste-se o réu apenas sobre o segundo fundamento da ação, levado em consideração pelo juiz para julgar procedente o pedido, deve o tribunal, caso acolha a apelação em relação ao segundo fundamento da ação, analisar também o primeiro (cf. § 2.º do art. 1.013 do CPC/2015), ainda que a respeito não tenha o apelante se manifestado, em suas razões recursais.[20]

Do mesmo modo, ainda que o julgador tenha se omitido em apreciar alguma questão – suscitada e discutida no processo -, essa pode ser objeto de apreciação pelo tribunal *ad quem*.***[21]***

Sobre o tema, argumenta Lucas Buril de Macêdo que

> isso significa que o autor recorrido não precisará interpor recurso adesivo e subsidiário para que as suas *causae petendi* não examinadas sejam analisadas no tribunal. Nem mesmo precisa suscitá-las em suas contrarrazões: basta haver recurso que o efeito devolutivo leva a matéria para o conhecimento do tribunal. [22]

Nesse ponto, diferente do que ocorre quanto à extensão do recurso, é que se coloca a possibilidade de decidir a respeito sem a proibição de *reformatio in pejus*, já que a matéria é translada ao conhecimento do tribunal independentemente de qualquer manifestação de vontade da parte[23], sem que haja, consequentemente, violação à regra da congruência.

A doutrina enxerga nisso uma espécie de benefício comum, ou um caráter bilateral do efeito devolutivo[24], na medida em que a parte recorrida seria auxiliada com o recurso interposto pelo recorrente, mesmo sem ter se insurgido propriamente contra a decisão, porquanto por força da previsão do art. 1.013, § 2º, do CPC terá

seus fundamentos não apreciados na origem (causa de pedir ou teses defensivas) analisados no recurso do adversário.

Não se diz que esse benefício é capaz de reformar para pior a situação do recorrente (se foi condenado a pagar 100, não poderá o tribunal condená-lo a pagar 200, conforme pedido inicial); o artigo supracitado demonstra que a transferência do conhecimento *dos fundamentos* é que beneficia ambas as partes. Assim, pode ser que o recurso seja desprovido sem a participação do recorrido, empregando o órgão *ad quem* fundamento que ele não alegou no grau recursal.[25]

3. O pedido e a causa de pedir recursal e a congruência

Ao revés do que determinado pela extensão do efeito devolutivo acerca do pedido recursal, que limita a atuação jurisdicional ao capítulo impugnado com o fito de frear o avanço dos tribunais sobre aquilo que não foi objeto da irresignação, a causa de pedir mostra-se menos relevante para balizar a matéria devolvida para julgamento.

Como visto, é indiscutivelmente legítima a possibilidade de se analisarem argumentos levantados anteriormente e não colocados como fundamento do recurso, por força da translatividade ou então da orientação vertical do efeito devolutivo, pelo qual tudo o que foi suscitado na causa pode ser usado pelo tribunal *ad quem*, entendimento consagrado na letra do Código de Processo Civil.

Acerca do tema, Lucas Buril de Macêdo conclui pela real insignificância da causa de pedir recursal, totalmente esvaziada pela profundidade do efeito devolutivo.[26]

Nessa perspectiva, a função da *causae pretendi* recursal seria gerar o dever de motivação. Ou seja, apesar de não ficar adstrito à fundamentação recursal, o julgador tem o dever de enfrentar todos aqueles argumentos trazidos pela parte recorrente.

Pode-se concluir, portanto, que em que pese não prestar para estabelecer limites objetivos ao julgamento, o não enfrentamento da totalidade da causa de pedir pode configurar vício de omissão.

Já quanto ao pedido recursal, além de se constituir como requisito de existência do recurso e impulso para manifestação do julgador, sua importância se configura, como já demonstrado, na restrição da decisão recursal à matéria impugnada pelo recorrente, sob pena de violação ao princípio da congruência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, há casos em que os limites do pedido e do objeto recursal são extrapolados, sem que haja, todavia, violação ao princípio aludido.

3.1 Efeito expansivo interno

Hipótese em que são excedidas as limitações do pedido é aquela que trata de manifestações naturais e necessárias da transferência realizada pelo recurso, a fim de aperfeiçoar a tutela jurisdicional. É o que a doutrina chama de efeito expansivo objetivo interno.

Esse se dá quando o provimento do recurso atinge capítulos alheios à impugnação, mas dependentes da parte reformada ou anulada pelo provimento. Ou seja, tem lugar quando há relação entre o capítulo impugnado e outros capítulos. Tais relações de subordinação entre capítulos podem dizer respeito à questão prévia, preliminar ou prejudicial.

Segundo Teresa Arruma Alvim e José Miguel Garcia Medina,

> O efeito expansivo é decorrência do princípio da causalidade, da concatenação ou da interdependência dos atos processuais, que é aquele segundo o qual, como os atos processuais existem uns em função dos outros, dependem uns dos outros, a reforma ou cassação de uma decisão afeta todo o segmento processual posterior, naquilo que dependerem da decisão reformada ou anulada.[27]

Exemplo claro é a necessidade de inversão das verbas de sucumbência em caso de reversão da condenação. Bem assim, em caso de sentença de improcedência reformada para o fim de condenar o demandado ao pagamento de quantia certa, mostra-se necessária a decisão acerca dos consectários legais, independente de pedido nesse sentido.

Veja-se, ainda, a hipótese colocada por Araken de Assis:

> o autor A pede a condenação do réu B a pagar danos emergentes (y) e lucros cessantes (x); a sentença condena ao pagamento dos danos emergentes (y) e o réu B apela, controvertendo tão só a existência do ilícito; o tribunal não pode rever o valor dos danos emergentes (y) e dos lucros cessantes (x), a exemplo da redução da primeira verba (y – 1); porém, ao prover o apelo, proclamando a inexistência do ilícito, desaparece a respectiva condenação, incluindo o pagamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> de honorários a favor do advogado do autor A (art. 85, caput).[28]

Também é possível vislumbrar correlação entre capítulo preliminar e subsequente, como no caso da prescrição em relação ao capítulo da decisão que trata de ressarcimento, em que a reforma do primeiro pode causar consequência no segundo; no caso de relação de parentesco e o direito aos alimentos, configurados como capítulo prejudicial e dependente, em que a reforma do primeiro pode alterar o resultado do segundo; nos casos de capítulos principais e acessórios, em que os segundos são definidos de acordo com as soluções dos primeiros.[29]

Deveras, nas hipóteses de capítulos subordinados, em princípio decide-se acerca do que foi devolvido para julgamento, em consonância com o objeto recursal; após, em decorrência dos desdobramentos da própria decisão é que se faz necessário o exame das questões necessariamente subsequentes. Nesse diapasão, não há que se falar em violação à congruência com o pedido mas, *a contrario sensu*, em verdadeiro *error in procedendo* se as referidas questões contingenciais não forem analisadas pelo julgador.

3.2. Questões de ordem pública

É de se relevar também a possibilidade ultrapassagem do pedido no que se refere ao conhecimento pelo órgão julgador de matéria de ordem pública, o que pode se dar de ofício, ainda que a questão não tenha sido discutida na lide, por força do efeito translativo. A exemplo, em caso de recurso sobre o mérito, pode o tribunal entender por anular a decisão, se reconhecida a incompetência do juízo prolator.[30] O poder de cognição de ofício, previsto no art. 485, § 3º, estende-se a qualquer grau de jurisdição.

Acerca do tópico, porém, controverte-se a limitação do conhecimento de tais matérias desde que relativas ao capítulo impugnado.[31]

Sobre o tema, interessante problemática é colocada por Lucas Buril de Macêdo[32], em caso em que foram pleiteados danos emergentes e lucros cessantes. Ambos julgados procedentes, há recurso do réu apenas quanto os lucros cessantes:

> a questão é: prescritos os danos materiais, o tribunal poderá ingressar no capítulo não impugnado? E se o tribunal, ao adentrar nas questões relativas aos lucros cessantes, percebe se tratar o réu de parte ilegítima para responder pelo dano, deve reformar apenas os lucros cessantes ou pode ingressar também nos danos materiais emergentes, já que se trata de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> matéria de ordem pública? E se, em vez de ilegitimidade, o colegiado verifica que já há coisa julgada a beneficiar o réu, poderia reformar ambos os capítulos?

Explica o autor que em razão do efeito translativo (ou da profundidade do efeito devolutivo), as parcelas da decisão não impugnadas poderiam ser alteradas em razão de questão de ordem pública, embasada na segurança jurídica e eficiência dos julgamentos.[33]

Por outro lado, aponta que a profundidade do efeito devolutivo operaria nos limites da devolução horizontal, ou seja, atinente somente às questões impugnadas. Assim, se não houve recurso contra determinado capítulo da decisão, esse não poderia ser alterado, mesmo que reconhecida questão de ordem pública. A conclusão é calcada na atuação do efeito devolutivo para a formação do trânsito em julgado[34]: já que o capítulo não impugnado resta imutável já que acobertado pela coisa julgada, nem mesmo questão cognoscível *ex officio* poderia alterá-lo.[35]

Em razão da transcendência do julgamento antecipado parcial do mérito e do trânsito em julgado parcial dados pelo CPC (artigo 356 *caput* e §3º), é de se concluir que este último entendimento é o que melhor se adequa à filosofia da legislação processual civil.

De se ressaltar, por fim, que as questões cognoscíveis de ofício só o podem sê-lo se ainda não o foram pelo tribunal de origem.[36]

3.3 Julgamento da causa madura

Pode-se interpretar também a possibilidade de o objeto recursal ser sobrepujado na hipótese elencada no §3º do art. 1.013 do CPC, que permite ao tribunal, desde que constatadas as condições de imediato julgamento, decidir o mérito da lide. Consta expressa previsão para sua ocorrência nos casos em que: a decisão reformar sentença fundada no art. 485 do CPC; decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; e decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Em outras palavras, versando o recurso acerca de *error in procedendo* da decisão objurgada, pode o tribunal, ao invés de simplesmente anular o *decisium* com o retorno dos autos à origem, proceder à apreciação do mérito para adequar a decisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em verdade, não se trata de mera faculdade atribuída ao tribunal *ad quem*, conforme era previsto no Código de Processo Civil já revogado. No código então vigente tornou-se claro o *dever* do tribunal em julgar o mérito se constatada uma das hipóteses previstas no artigo, conforme se dessume do mandamento contido no *caput*.

Por consequência, entende-se pela desnecessidade de pedido expresso da parte para que o mérito seja julgado[37]. Trata-se, novamente, de incidência do princípio inquisitivo, de sorte que não se configura violação à congruência.

Essas disposições vão ao encontro da primazia do julgamento do mérito e a busca pela celeridade processual estipulada pelo CPC, máxima que se estende ao âmbito recursal. [38][39]

Não obstante, o dever de julgar o mérito do recurso nessas hipóteses depende da configuração da condição de imediato julgamento, ou seja, a causa deve estar madura para tanto.

Assim, por exemplo, reformada a sentença baseada unicamente no fundamento A, o tribunal não pode analisar o fundamento B, suscitado e discutido pelas partes, mas que, no entanto, dependeria da produção de provas.

Nessa hipótese, cabe ao tribunal determinar o retorno dos autos à origem, para que sejam produzidas as provas necessárias e se passe, então, ao exame da questão.

Não se olvide que o CPC delegou ao julgador a possibilidade complementar a instrução probatória em grau recursal (art. 938, §3º).[40] Todavia, a aventada hipótese faz referência à de produção de prova sobre questão propriamente colocada como pedido recursal, não sendo aplicável às hipóteses do art. 1.013, §3º.

Ora, se o dever julgamento do mérito se dá quando o processo estiver em condições de imediato julgamento – ou seja, quando se tenha esgotado inteiramente os atos procedimentais a serem praticados em primeiro grau e não exista nenhuma prova a ser produzida[41] – a possibilidade de complementação probatória se mostra incompatível com a referida disposição, posto que a causa não estaria "madura" para análise.

Por fim, cumpre observar-se que a extrapolação do pedido nessa hipótese não se restringe apenas para a resolução de exclusivamente de direito, bastando que a causa esteja apta para ser julgada.[42]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com efeito, a análise do mérito pelo tribunal não viola a congruência e o duplo grau de jurisdição, bem como não configura supressão de instância. Já é longínquo o entendimento jurisprudencial sobre o tema: em decisão do Superior Tribunal de Justiça, citando a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, a Corte ponderou que

> o julgamento de *meritis* que o tribunal fizer nessa oportunidade será o mesmo que faria se houvesse mandado o processo de volta ao primeiro grau, lá ele recebesse sentença, o autor apelasse contra esta e ele, tribunal, afinal voltasse a julgar o mérito" e que a regra **"**constituiu mais um lance da luta do legislador contra os males do tempo e representa a ruptura com um velho dogma, o do duplo grau de jurisdição, que por sua vez só se legitima quando for capaz de trazer benefícios, não demoras desnecessárias. Por outro lado, se agora as regras são essas e são conhecidas de todo operador do direito, o autor que apelar contra a sentença terminativa fá-lo-á com a consciência do risco que corre; não há infração à garantia constitucional do *due process* porque as regras do jogo são claras e isso é fator de segurança das partes, capaz de evitar surpresas.[43]

É manifesta, portanto, a prevalência da apreciação do mérito em tempo razoável.

4. Conclusão

Dos aspectos abordados neste ensaio colhe-se que o efeito devolutivo em sua extensão, como espelho do princípio dispositivo, coloca importantes balizas para que haja congruência do julgamento recursal com a matéria efetivamente impugnada pela parte, mormente pela delimitação da análise do juízo *ad quem* ao capítulo recorrido.

Todavia, viu-se que tais limites não são óbice para a apreciação das questões e fundamentos atinentes à matéria, por força da profundidade do efeito, bem como que o objeto recursal é extravasado sem que haja transgressão ao princípio da congruência quando há questão subordinada, de ordem pública, ou quando mostra-se possível julgar o mérito da lide pelo juízo recursal, tudo tomando por base a busca pela concretização da celeridade processual e do julgamento do mérito da demanda proposta pelo jurisdicionado.

5. Referências bibliográficas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. *In*: **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 587-603.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**, volume I, parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. 1 ed. São Paulo: RT, 2015. Livro Eletrônico.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Livro Eletrônico.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Livro Eletrônico.

DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil – em busca da verdade.** Salvador: JusPodivm, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis** – 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Livro Eletrônico.

MACÊDO, Lucas Buril de. Efeito devolutivo e limites objetivos do juízo recursal: da irrelevância da causa de pedir recursal. **Revista de Processo**, v. 292, p. 215-250, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARANHÃO, Clayton. **O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau de jurisdição. Hipóteses de aparente incongruência**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 1998. 112 p.

MARANHÃO, Clayton. RUDINIKI NETO, Rogério. Fundamentos e perfis do efeito devolutivo do recurso de apelação. **Revista de Processo**, vol. 239/2015. p. 151-169, Editora Revista dos Tribunais, janeiro de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 976 ao 1.044** Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero (Org.) – 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro Eletrônico.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Millennium, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 4ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno** – 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Livro Eletrônico.

MEDINA, José Miguel Garcia. ALVIM, Teresa Arruda. **Recursos e ações autônomas de impugnação** – 1 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Livro Eletrônico.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos** – 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro Eletrônico.

RUDINIKI NETO, Rogério. O Efeito Devolutivo do Recurso de Apelação no CPC/2015. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buril de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada – Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às decisões Judiciais.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 827-846.

NOTAS:

[1] Sergio Curz Arenhart coloca também como fundamento essencial para a outorga ao interessado do poder de iniciar a prestação jurisdicional a função de preservar a imparcialidade do julgador: "Afinal, se tocasse ao juiz determinar quando agir e em que medida e extensão decidir, abrir-se-ia grande flanco para que o juiz se apresentasse na causa como partidário de uma tese, esposando, já no início do processo um objetivo quanto ao litígio e uma opinião formada a seu respeito. Sob este ponto de vista, pois, o princípio da demanda exerce papel preponderantemente psicológico, tendente a separar as funções de pedir e de julgar. Procura-se, assim, evitar que o juiz que decidirá a controvérsia já inicie o processo de convencimento predisposto a acolher uma tese ou outra das apresentadas no feito." (Reflexões sobre o princípio da demanda. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (orgs.). **Processo e Constituição**. São Paulo: RT, 2006 p. 587-603. p.589).

[2] Os elementos identificadores da demanda podem ser extraídos do art. 337, §2º, do CPC, o qual dispõe que "uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido." Segundo Araken de Assis, "A individualização da ação, a partir dos três elementos, considera a ação efetivamente proposta ou demanda." (**Processo Civil Brasileiro, volume I**. parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. 1 ed. Livro Eletrônico. Sâo Paulo: RT, 2015. n.p.).

[3] Assim determina, também, o art. 141 do CPC: O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a

cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Sobre o tema é de entendimento jurisprudencial que o objeto litigioso deve partir de intepretação lógico-sistemática das questões colocadas pela parte na petição inicial. Dentre outros: STJ, 4ª T., AgInt nos EDcl no AREsp 961.376/MS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 03/10/2017; STJ, 6ª T., AgRg nos EDcl no REsp 651.174/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe DJe 08/05/2014; STJ, 3ª T., Resp 1.537.996/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 28/06/2016.

[4] Não se desconhece, sobre o tema, as hipóteses em que há apenas aparente violação à regra da congruência em primeiro grau de jurisdição, como ocorre, por exemplo, no caso de pedidos implícitos. Para uma análise aprofundada, consultar: MARANHÃO, Clayton. **O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau de jurisdição. Hipóteses de aparente incongruência**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 1998. 112 p.

[5] José Cretella Neto, com as palavras de Alfredo Buzaid, assevera que o "sistema processual consagra o princípio dispositivo, mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça.". O autor pondera ainda que "Modernamente, nenhum dos dois princípios, em sua pureza clássica, domina completamente o processo civil, já que as legislações processuais são mistas, apresentando preceitos tanto de um quanto de outro princípio. A razão da limitação ao princípio dispositivo é que o processo civil é uma encruzilhada onde, frequentemente se defrontam o Direito Público e o Direito Privado. A preponderância de um ou de outro no ordenamento jurídico resulta de opção do legislador." (**Fundamentos principiológicos do processo civil**. Livro Eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, n.p.).

[6] NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 1ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2014, n.p.

[7] JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis.** 3ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2017, n.p.

[8] Principalmente, Nelson Nery Junior. Op cit. n.p.

[9] §1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[10] Flávio Cheim Jorge. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2017, n.p.

[11] Sobre questões preliminares e prejudiciais, configuradas como capítulo processual, Rogério Rudiniki Neto coloca que ainda que essas sejam decididas em capítulos autônomos, "sempre guardam relações com determinado capítulo de mérito propriamente dito. Logo, o acolhimento de alguma dessas questões impede a apreciação dos pedidos formulados. Em caso de rejeição de todas as preliminares ou prejudiciais suscitadas pelo réu, com a consequente procedência da pretensão autoral, é possível que o réu direcione seu recurso de apelação tão somente em face dos capítulos da sentença que resolveram questões preliminares ou prejudiciais, e, caso alguma delas seja acolhida em grau recursal, não mais subsistirá o julgamento de procedência do pedido operado na instância inferior." (O Efeito Devolutivo do Recurso de Apelação no CPC/2015. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr.; Lucas Buril de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). **Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada – Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às decisões Judiciais.** 2 ed.Salvador: JusPodivm, 2016, v. 6, p. 827-846. p. 832).

[12] FPPC, Enunciado 100: Não é dado ao tribunal conhecer de matérias vinculadas ao pedido transitado em julgado pela ausência de impugnação.

[13] MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. v. 4. p. 137-138.

[14] Coloca Nelson Nery Júnior que "o ajuizamento de ação idêntica à que se encontra sob julgamento em sede de apelação, v.g., enseja decreto de extinção do processo sem resolução do mérito, pela ocorrência de litispendência, e não de coisa julgada." NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 1ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2014, n.p.

[15] Sobre o tema, já decidiu o STJ pela imprestabilidade do pedido de reforma de decisão em sede de contrarrazões: EDcl no REsp 1.584.898/PE, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe 10/8/2016.

[16] Nesse sentido: STJ, 2ª T., AgRg nos EDcl no REsp 1573993/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 28/09/2016; STJ, 1ª T., AgInt no REsp 1549366/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 03/03/2020.

[17] NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 1ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2014, n.p.

[18] JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2017,. n.p.

[19] Ibidem. n.p.

[20] MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020, n.p.

[21] Já entendeu o STJ nesse sentido: "Se o juízo de primeiro grau examina apenas um dos dois fundamentos do pedido do autor para acolhê-lo, a apelação do réu devolve ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos, ainda que o autor não tenha apresentado apelação adesiva ou contra-razões ao apelo do réu, daí porque pode o Tribunal, estando a lide em condições de ser apreciada, reformar a sentença e acolher o pedido do autor pelo outro fundamento que o juiz de primeiro grau não chegou a apreciar." (REsp 136.550/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T., DJ 08/03/2000).

[22] MACÊDO, Lucas Buril de. Efeito devolutivo e limites objetivos do juízo recursal: da irrelevância da causa de pedir recursal. **Revista de Processo**, v. 292, p. 215-250, 2019. p. 225.

[23] MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 976 ao 1.044/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 1ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. n.p.

[24] NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 1ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2014, n.p.

[25] Araken de Assis dá o seguinte exemplo: apelo do réu, condenado a pagar 50, devolve ao tribunal o conhecimento de todos os fundamentos do pedido formulado, que visava condenar o réu ao pagamento de 100, incluindo o que amparava tal valor e que pode ser o único acatado pelo órgão ad quem para manter a condenação em 50. Essa vantagem prática não se confunde com a proveniente do benefício comum. O apelado jamais obterá mais do que 50, embora provado que seu direito alcançava 100. (**Manual dos Recursos.** Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2016. n.p.).

[26] MACÊDO, Lucas Buril de. Efeito devolutivo e limites objetivos do juízo recursal: da irrelevância da causa de pedir recursal. **Revista de Processo**, v. 292, p. 215-250, 2019, p. 229.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[27] MEDINA, José Miguel Garcia. ALVIM, Teresa Arruda. **Recursos e ações autônomas de impugnação.** 1 ed. rev. e atualizada. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2013, n.p.

[28] ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. Livro Eletrônico. 2016, n.p.

[29] [29] MACÊDO, Lucas Buril de. Efeito devolutivo e limites objetivos do juízo recursal: da irrelevância da causa de pedir recursal. **Revista de Processo,** v. 292, p. 215-250, 2019, p. 223. Ainda: "Assim, p. ex., acolhido o agravo de instrumento em que se alegara a nulidade de determinada prova, nula será a sentença fundada em tal prova; semelhantemente, se reformada a decisão que antecipa efeitos da tutela, os atos executivos realizados perdem efeito, restituindo-se as partes ao estado anterior." (MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno.** 4 ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2018, n.p.).

[30] Nesse caso também não se haveria de falar em *reformatio in pejus* porquanto "tais questões são transferidas ao órgão ad quem por força da incidência do "efeito translativo", intimamente ligado ao princípio inquisitivo e insuscetível de limitação por força da vontade das partes." (MARANHÃO, Clayton. RUDINIKI NETO, Rogério. Fundamentos e perfis do efeito devolutivo do recurso de apelação**. Revista de Processo**, vol. 239/2015. p. 151-169, janeiro de 2015, p. 156).

[31] Araken de Assis dá o seguinte exemplo: julgado procedente o pedido de indenização do autor A perante o réu B, o tribunal dá provimento à apelação, após suscitar o debate das partes (art. 933 c/c art. 10), porque prescrita a pretensão, embora o réu tenha omitido a respectiva alegação no apelo, nem tenha sequer controvertido o tema na contestação. (**Manual dos recursos**. 5ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2017. n.p.).

[32] MACÊDO, Lucas Buril de. Efeito devolutivo e limites objetivos do juízo recursal: da irrelevância da causa de pedir recursal. **Revista de Processo,** v. 292, p. 215-250, 2019, p. 220.

[33] " Assim, o efeito translativo ou a profundidade do efeito devolutivo acabaria por permitir – mais ainda, exigir – que o tribunal, ao examinar questão de ordem pública aplicável a capítulo não impugnado, anule ou reforme o capítulo que não foi objeto de impugnação." Ibid. p. 219-220.

[34] "Parece haver uma intenção não revelada de permitir sempre a possibilidade do não-enfrentamento do mérito, como se isso fosse desejável, como se isso fosse o mais importante. Bem pensadas as coisas, se o caso é de não existir preclusão, que o seja para as questões de mérito, pois assim se permitiria a revisão de decisões

equivocadas/injustas. Em relação a elas, porém, há a coisa julgada, instituto secular, construído a partir da percepção de que a função jurisdicional deve ter limites [...]. Não há razão para esse tratamento diferenciado. Ao contrário, a preclusão justifica-se muito mais em relação às questões processuais. É que, solucionada a questão sobre a regularidade do processo e ressalvados os fatos supervenientes, ao Poder Judiciário somente restaria o exame do mérito da causa. Isso é positivo, pois resolver o litígio é a tarefa principal da atividade jurisdicional" (DIDIER JR, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: RT, 2005. p. 91. In: MACÊDO, Lucas Buril de. Efeito devolutivo e limites objetivos do juízo recursal: da irrelevância da causa de pedir recursal. **Revista de Processo,** v. 292, p. 215-250, 2019, p. 247).

[35] Pondera, ainda, o autor: "se o trânsito em julgado torna irrelevante a discussão dessas questões, não há porque preservá-las cognoscíveis quando existem meios típicos para evitar a preclusão sobre elas e esses meios não são utilizados." Ibid. p. 226.

[36] Entendendo pela preclusão de discussão de matéria de ordem pública nesse caso: STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 1309711/SC, Rel. Min, Raul Araújo, DJe 13/03/2019; STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1680223/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 06/03/2018; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1487080/PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 28/05/2015.

[37] JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis.** 3ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2017, n.p.. Também, é o entendimento jurisprudencial: "É firme o entendimento desta Corte no sentido de ser dispensável pedido expresso da parte recorrente para que, afastada a extinção do processo sem resolução do mérito, possa o Tribunal julgar de imediato o feito, na forma do CPC/1973 515 § 3." (STJ, 2.ª T., AgRgREsp 1086080-AL, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 11.12.2013). Igualmente: AgRg no REsp 1192287/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., DJe 10.5.2011 e AgRg no AREsp 292.166/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJe 3.5.2013.

[38] José Miguel Garcia Medina expõe que no julgamento do mérito pelo tribunal nas hipóteses dos incisos II a IV do art. 1.013 que "essa regra, em grande medida, reduz o caráter pedagógico daquela relacionada à fundamentação das decisões judiciais, referida no art. 489, § 1.º, do CPC/2015."há redução, em grande medida, do caráter pedagógico daquela relacionada à fundamentação das decisões judiciais, referida no art. 489, § 1.º, do CPC/2015." ." (**Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020, n.p.).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[39]Ainda, Clayton Maranhão e Rogério Rudiniki Neto coadunam "O julgamento direto do mérito pelo tribunal evita o desnecessário dispêndio de recursos (financeiros e humanos) decorrente da descida dos autos ao primeiro grau, com prolação de nova sentença – esta susceptível de nova impugnação." (Fundamentos e perfis do efeito devolutivo do recurso de apelação. **Revista de Processo**, vol. 239/2015. p. 151-169, janeiro de 2015, p. 158.

[40] Na fase recursal, a viabilidade de se produzir a prova no próprio tribunal se justifica devido a vários fatores: a) celeridade na tramitação, pois a solicitação de diligência ao juízo primevo contribuirá significativamente para a morosidade; b) economia, com a redução dos gastos com diligências e com a movimentação da máquina judiciária; c) pelo fato de evitar que o juiz singular, que em momento pretérito não admitiu a produção da prova, seja obrigado a produzi-la. ". (DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil – em busca da verdade.** Salvador: JUSPODIVM, 2008. p. 244)

[41] JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis.** 3ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo: RT, 2017, n.p.

[42] Assim: STJ, EREsp 89240/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, j. 06.03.2002, DJ 10.03.2003, p. 76; STJ, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 01/07/2013.

[43] AgRg no Ag 867.885/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª T., DJ 22/10/2007, p. 297.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ALTERAÇÕES JURÍDICAS RELEVANTES NO ÂMBITO DA CAPACIDADE CIVIL APÓS O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

GUSTAVO ARAUJO BRITO ALMEIDA: Bacharelando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS [1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo destaca a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD como uma nova repactuação dos direitos dessas pessoas que por muito tempo foram negligenciados, pelo Estado e pela Sociedade. O EPD teve como referência a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificado pelo congresso no ano de 2008 por meio do decreto legislativo número 186 que aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) também foi um marco normativo importante para essa reconstrução das garantias das Pessoas com Deficiência, sendo o primeiro tratado internacional de direitos humanos acolhido pelo Congresso Nacional, conforme o procedimento qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal (promulgado pelo Decreto 6.949/2009 e em vigor no plano interno desde 25/8/2009). O EPD, assegura e promove condições de igualdade para com os demais cidadãos, por meio dele os direitos fundamentais por pessoa com deficiência vislumbrando sua melhor inclusão social. O objetivo do presente artigo é apontar as alterações mais relevantes na legislação nacional com o advento do EPD, podendo esclarecer como a pessoa com deficiência passa a ter mais autonomia e controle, menos dependência, bem como sua opinião passa a ter relevância, sobretudo relevância jurídica.

Palavras-chave: Autonomia; Estatuto da Pessoa com Deficiência; Repactuação dos Direitos.

ABSTRACT: This article highlights the importance of the Statute for Persons with Disabilities - EPD as a new renegotiation of the rights of these people who have long been neglected, by the State and by Society. The EPD had as reference the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ratified by the congress in 2008 through legislative decree number 186 that approved the text of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, signed in New York. York, on March 30, 2007. The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) was also an important normative framework for this

reconstruction of the guarantees of Persons with Disabilities, being the first international human rights treaty accepted by the National Congress, according to the qualified procedure of § 3 of art. 5 of the Federal Constitution (promulgated by Decree 6,949 / 2009 and in force internally since 8/25/2009). The EPD ensures and promotes conditions of equality with other citizens, through it the fundamental rights for people with disabilities envisioning their best social inclusion. The purpose of this article is to point out the most relevant changes in national legislation with the advent of the EPD, being able to clarify how the person with disabilities starts to have more autonomy and control, less dependence, as well as their opinion becomes relevant, especially legal relevance.

Keywords: Autonomy; Statute of the Person with Disabilities; Renegotiation of Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Personalidade - Conceito Doutrinário 2.1. Início e fim da Personalidade – 3 Teoria das Capacidade - Capacidade de fato e de direito – 3.1 Incapacidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro - 3.2 Revisão da Teoria das Incapacidades no Direito Civil Brasileiro - Novo Regime da Incapacidade introduzido pela lei 13.146/2015 - 4 A Curatela e a Interdição após o advento da lei 13.146/2015 - 4.1 Alterações na Prescrição e Decadência - 5. Proposta de aplicabilidade prática da omada de Decisão Apoiada, da Interdição e da Curatela - 5.1 Da Curatela no Novo CPC: críticas e comentários à luz da Dignidade e da Realização da Pessoa Humana - 5.2 Direito ao Trabalho - 5.3 Casamento - 5.4 Direitos políticos – 6 Considerações finais – 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Estatuto da pessoa com Deficiência - EPD, Lei 13.146/2015, sancionada em julho do ano de 2015, com vigência a partir do dia 2 de janeiro de 2016, as pessoas com deficiência ganharam maior proteção jurídica, sendo lhes devolvida a capacidade civil destas pessoas, como regra, passando a interdição civil ser medida extremada, que deverá ser evitada a todo o custo.

Como consequência alterou-se também o sistema de curatela, pois o mencionado estatuto buscou a inserção da pessoa com deficiência visando homogeneizar seus direitos e evitando a descriminalizado pela sociedade. Tendo em vista os assuntos pertinentes a incapacidade civil e interdição, o EPD deixa muito claro que irá primar pela igualdade de uma pessoa com deficiência, incluindo-a efetivamente na sociedade e recuperando a sua cidadania.

O propósito deste estatuto é assegurar a pessoa com deficiência liberdade sobre sua vida civil, podendo tomar decisões, sendo elas feitas através de curador ou mesmo de assistentes, por meio da tomada de decisão apoiada.

Sob a ótica cidadã e social, o EPD busca assegurar e efetivar direitos fundamentais da pessoa com deficiência como direito a vida, moradia, educação, nome, imagem e etc, muitas vezes negligenciados.

Diante da notória dificuldade na inclusão da pessoa com deficiência no cenário da sociedade atual, se fez necessário um estatuto exclusivamente tratando dos diversos procedimentos que se fazem necessário para que a estas pessoas não fique à míngua diante da convivência em meio a sociedade como um todo. Tendo como norte a proteção destas pessoas que buscam pela igualdade a todo momento, onde podem avançar com suas convicções, podendo ter mais liberdade de escolha onde poderá constituir uma família, casar e tomar decisões em sua no que se refere a sua capacidade civil.

O presente artigo tem como ponto principal, esclarecer as alterações jurídicas relevantes no âmbito da capacidade civil após o advento do estatuto da pessoa com deficiência, como o próprio título do artigo exemplifica, tendo como embasamento diversas referências notórias do nosso ordenamento jurídico.

2 PERSONALIDADE - CONCEITO DOUTRINÁRIO

O direito é um elemento que não pode ser dispensado em meio a nossa sociedade, diante de ditames em que somos conduzidos para o convívio em harmonia da sociedade, torna-se um elemento indispensável, onde compartilhamos direitos e deveres para que não tomemos atoa abusivos.

No código civil de 1916 não abrangeu assuntos pertinentes ao direito de personalidade, que está diretamente ligado a vida, liberdade psíquica e física, imagem, corpo, aos direitos fundamentais como um todo, direito esse que se torna imprescindível em meio a nossa sociedade (PERLINGIERI, 1997).

Vislumbra salientar que o direito de personalidade é adquirido a partir do momento em que a pessoa vier ao mundo, ou seja, quando der a primeira respiração, ser concebido, virá juntamente com ele os direitos de personalidade como o direito ao nome, a imagem, direito à liberdade e etc.

Atualmente, nossa carta magna dedica um capítulo especifico ao direito de personalidade, uma garantia de fundamental importância, a partir disto o Brasil passa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a reconhecer direitos a essas pessoas com deficiência, mas que careciam de ajustes e ampliações normativas (PERLINGIERI, 1997).

Esse marco inaugurou uma nova perspectiva ao conceito da personalidade e da capacidade civil. A Constituição de 1988, concernente à personalidade, em seu artigo 5º, X, especifica bem o direito a inviolabilidade que está ligada a personalidade, tendo em vista que a violação da vida privada, intimidade, de características inerentes à personalidade, a sua honra. Inicialmente, podemos esclarecer que somente adquirimos personalidade civil a partir do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, como diz o art 2º do Código Civil (BRASIL, 1988).

A lei 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), ingressou no ordenamento jurídico com força de emenda constitucional, dando origem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) sendo sancionada em 06 de julho de 2015, entrando em vigor em 02 de janeiro de 2016, trazendo orientações e promoções dos direitos e liberdades das pessoas com deficiência, vislumbrando a melhor inclusão social das mesmas (SARLET, 2001, pág. 60).

Assim que a Lei 13.146/2015 entrou em vigor, foram alterados dois artigos do Código Civil, os artigos 3º e 4º, ficando assim:

> Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos". (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).
>
> I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).
>
> II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).
>
> III - (Revogado). ("Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

Com esta alteração a disciplina jurídica relativa à capacidade de agir da pessoa com deficiência motivou a análise de diversos doutrinadores acerca do assunto, a fim de tratar com mais clareza este assunto que visa à proteção dos direitos da pessoa com deficiência a saúde, a educação, o direito ao trabalho, a constituição de família por meio do casamento, a sexualidade, bem como uma uniformização de entendimentos normativos e jurisprudências pelos Tribunais (FILHO, 2016).

O Prof. Paulo Lôbo sustenta que,

> [...]a partir da entrada em vigor do Estatuto, não há que se falar mais de 'interdição', que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos [...]. (LÔBO, 2020, *online*).

O processo de interdição continuará existindo, mesmo que sob uma nova perspectiva, limitando-se a apenas a vida patrimonial e negocial, portanto, não será o fim da interdição, ela continuará. Todavia, o modelo de interdição no qual seu curador será dotado de todos os poderes sob o curatelado, será flexibilizada de acordo com as necessidades do mesmo. (TARTUCE, 2016).

A curatela está mais ajustada de acordo com as necessidades do curatelado, visando seu bem estar social. Será sempre um exercício de qual será a melhor situação para o bem do curador e do curatelado, observado o princípio da dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2016).

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direito Humanos declara que "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques" (UNESCO, 1948).

A luz do EPD caberá salientar que o direito da personalidade traz consigo alguns atributos intransmissíveis (que não podem ser transferidos para outras pessoa) e irrenunciáveis (o seu titular não pode abrir mão dos direitos da personalidade), um exemplo seria o direito à vida, assim que alguém cercear esse direito de outrem, este responderá pelo crime praticado, conforme esclarece o artigo 11 do Código Civil, com exceção dos casos previstos em lei. Obstante a estes fatos o direito da personalidade também é ilimitado porque não há como quantificar, numerar ou nominar todos os direitos da personalidade.

2.1 Início e fim da personalidade

A personalidade é o direito que a pessoa tem de defender os direitos de sua própria existência, os direitos inerentes ao ser humano, da pessoa, não direitos patrimoniais, mas sim aqueles que dizem respeito aos atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa, está intrínseco basta apenas existir para ter direito a ele, assim tendo direito a honra, ao nome à dignidade, etc. Tal direito que tem-se em defender esses direitos da própria existência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A personalidade tem seu início assim que o ser proferir sua primeira respiração, personificando sua identidade, comumente conhecida como irrenunciável e intransmissível, onde aquele que o possui possa controlar suas vontades, nome, imagem, qualquer compleição que constitua sua identidade, sendo assim nenhum outro valor que se pretenda resguardar pode atingir consideração de caráter igualitário por parte tanto da sociedade como do Estado (BITAR, 1995).

A extinção da personalidade natural, juridicamente falando, existem dois tipos, a morte real que consiste na existência de um corpo, por isso é de fácil constatação, e a morte presumida ela se dá quando presumimos a morte de alguém, pois não existe um corpo. Exemplo um naufrágio e etc. (ALVES, 2007).

Como esclarece o do artigo 6º do código civil, a prova jurídica da morte real ela se dá pela certidão de óbito, assim como a morte presumida que é descrita no mesmo artigo. A morte real extingue a personalidade civil da pessoa e põe fim aos direitos e obrigações conjurados a ela.

O nascimento traz o início da personalidade e a morte traz a extinção da personalidade, gerando consequências após sua extinção, extingue por exemplo os contratos personalíssimos, dissolve-se o vínculo conjugal, extingue-se a obrigação de pagar pensão alimentícia, etc. (GAGLIANO, 2008).

O direito de personalidade será o alicerce, a base para todo e qualquer que poderá ser constituído ao ser humano inerente aos seus direitos e deveres que serão alçados de acordo com sua existência, ela se aplicará a todos. A personalidade não é um direito, seria um equívoco pensar desta maneira, tendo em vista que da personalidade que nasce os demais direitos, podendo ser considerada uma semente onde dela surgiram às irradiações.

3 TEORIA DAS CAPACIDADE - CAPACIDADE DE FATO E DE DIREITO

O artigo 1º do código civil não especifica que toda pessoa será capaz de exercer esses direitos e deveres. No que se refere a capacidade de fato, aquele capaz de exercer direitos e deveres. A soma das duas capacidades, a de direito e a de fato, é denominada como capacidade plena.

Como frisa o artigo 1º do Código Civil, "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Quando se refere a capaz, esta capacidade é de direito, toda pessoa é capaz de adquirir direitos e deveres na ordem civil, capacidade aquela que será de direito ou de gozo, toda pessoa pode ter esta capacidade, não diz que esta pessoa poderá exercer tal direito, por exemplo, uma criança de 5 anos recebe uma casa em doação, ela adquire direitos e contrai obrigações em relação ao imóvel, ela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é capaz de adquirir este direito mas não é capaz de exercer este direito (DINIZ, 2008, pág. 1397).

Tendo definido, em linhas gerais, o conceito de capacidade, agora de forma específica abordaremos nos próximos tópicos a teoria das incapacidades e suas recentes atualizações no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Incapacidade no ordenamento jurídico brasileiro

No que se refere a incapacidade civil, são dois tipos existentes, a incapacidade relativa e a incapacidade absoluta. Na incapacidade relativa a pessoa não poderá exercer livremente sua vontade ou por não possuir idade suficiente, discernimento ou condições físicas de exprimir plenamente a sua vontade, por este motivo, ela precisa de um assistente para lhe auxiliar nos atos da vida civil, a pessoa que estiver declarada a sua incapacidade relativa, a sua vontade deve ser levada em consideração. Seus atos só terão validade quando estiver assistido pelo seu auxiliar.

Por outro lado, há atos que o relativamente incapaz poderá realizar pessoalmente sem auxílio de outra pessoa como votar, ser testemunha em demandas judiciais, celebrar contrato de trabalho, fazer testamento e outros que estejam previstos em lei. Poderá ser assistentes da pessoa relativamente incapaz os pais a luz do artigo 1634 do Código Civil, caso não possua pais seja por perda ou pais que perderam o poder familiar será escolhido tutores, assim traz o artigo 1728 do Código Civil, os maiores relativamente incapazes serão assistidos por curadores na forma do artigo 1767 do Código Civil (COSTA FILHO, 2016).

O artigo 4º do Código Civil em seu inciso I mostra que os maiores de 16 anos, no primeiro minuto que a pessoa completar os 16 anos ela será relativamente incapaz até um dia antes de completar os 18 anos, exceto aqueles que estejam previstos em lei que ela poderá realizar sozinha. No inciso II traz como relativamente incapaz os ébrios habituais que são os alcoólatras, as pessoas viciadas em bebidas alcoólicas, e os viciados em tóxicos são aquelas pessoas viciadas em drogas nas mais diversas espécies como heroína, cocaína, etc. Estes só serão interditados caso seja comprovado o uso habitual que interfira no seu discernimento para atos da vida civil. O inciso III traz aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, como deficiência mental, perda de memória podendo ser transitória (caso de estado de coma) ou permanente uma deficiência mental, etc. No inciso IV traz os pródigos, aqueles que não possuem controle da sua vida financeira, dilapidam seu patrimônio, financiamento que não dão conta de pagar, vende imóvel da família (VENOSA, 2003).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já aquele que tiver a incapacidade absoluta decretada não poderá exprimir nada da sua vontade, quem deverá manifestar tais vontades será seu representante, a qual representada o incapacitado absoluto, tem apenas a capacidade de direito que toda pessoa tem pelo simples fato de existir, mas não tem capacidade de exercício, por isso precisará de um representante para que ele exerça seus direitos e deveres em seu nome (VENOSA, 2003).

Os representantes podem ser tanto os pais sob luz do artigo 1634 do Código Civil ou Tutores que representará aqueles que não possuem pais, ou filhos de pais que perderam o poder familiar como bem diz o artigo 1728 do Código Civil. Os absolutamente incapazes estão descritos no artigo 3º do Código Civil, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos, critério baseado unicamente da idade. Importantíssimo salientar que o artigo 3º do Código Civil teve sua redação alterada pela Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3.2 Revisão da teoria das incapacidades no Direito Civil brasileiro - Novo regime da incapacidade introduzido pela Lei 13.146/2015

A Lei 13.146/2015 que entrou em vigor em janeiro de 2016, alterou as hipóteses das incapacidades de fato anteriores ao direito civil Brasileiro. De acordo com a redação original o artigo 3º do Código Civil, era considerado "absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade".

De acordo com a redação original do art. 4°. "São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I. os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II. Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III. Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV. Os pródigos" (BRASIL, 2002).

Com a nova redação dada pelo EPD o código civil passou a vigorar com o seguinte texto do artigo 3º do Código Civil, continuam sendo relativamente incapazes apenas os menores de 16 anos, já no artigo 4º do Código Civil, houve a alteração, continuam sendo considerados relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e os pródigos (TARTUCE, 2015, *online*).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda fora adicionada aqueles que por causa transitória não puderem exprimir sua vontade. Em seu artigo 6º da Lei 13.146/2015 determina que a deficiência não interfira na plena capacidade civil do indivíduo.

4 A CURATELA E A INTERDIÇÃO APÓS O ADVENTO DA LEI 13.146/2015

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência, entrou em vigor no ano de 2016, e com ela vieram algumas modificações no mundo jurídico brasileiro, principalmente no que se refere à curatela.

A interdição judicial é um mecanismo de proteção, aquele que foi interditado, situação em que o réu da ação judicial na realidade está sendo protegido contra limitações dele mesmo. O artigo 1.767 do Código Civil, não puder exprimir sua vontade, dependentes químicos e pródigos. Hipótese em que a pessoa sofreu alguma enfermidade, podendo ser um coma durante algum tempo em decorrência de acidente de trânsito, por exemplo, um Acidente Vascular Cerebral, no qual o cidadão está incapacitado temporário ou definitivamente a praticar certos atos da vida civil, no que se refere a pessoa que está em coma se torna totalmente inviável para que ela pratique algum ato da sua vida civil sem alguém para lhe representar, sem a ajuda de seu curador, enquanto estiver naquela condição (GAGLIANO, 2016, online).

A curatela é exercida por uma pessoa capaz sob uma pessoa incapaz e ela é maior de idade, ela será responsável por todos os atos da vida civil do curatelado, respondendo por todos estes atos.

O processo será composto por um curatelado, aquele que se tem o interesse em interditar, o candidato a curador, de preferência um ente próximo, ascendentes ou descendentes podendo ser também curador o cônjuge, o promotor de justiça, neste ato representando o Ministério Público e o Juiz da causa, onde decidirá se aquela pessoa irá ser interditada ou não definindo também quem irá exercer a curatela, ou seja, exercer os cuidados sob aquela pessoa de todos os atos da vida civil (OLIVEIRA, 2019, online).

A interdição é a ordem do juiz para declarar que determinada pessoa deverá ter um curador, que esta pessoa vai ser interditada, ela não possui discernimento de conduzir sua vida civil. Esta interdição será atestada por um médico perito cadastrado junto ao tribunal.

4.1 Alterações na prescrição e decadência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Anteriormente a Lei nº 13.146/2015, as pessoas com deficiência era considerada sem discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, portanto, segundo a lei civil a prescrição não correria em desfavor destas pessoas, a luz do art. 198, I e art. 3º, ambos do Código Civil.

No mesmo sentido, antes do advento do estatuto da pessoa com deficiência, o prazo prescricional não perpassaria normalmente, criando assim uma impossibilidade do curso normal do processo, tendo em vista a condição do assistido, sendo beneficiado com a suspensão processual ou seu impedimento do curso do prazo prescricional (SANTOS, 2016, online).

Portanto, as modificações advindas nos artigos 3º e 4º, do Código Civil, o prazo prescricional continua tendo o seu curso impedido ou suspenso contemplando apenas os menores impúberes, tendo em vista que os demais deixaram de compor o rol de incapazes devido a alteração do artigo 3º do Código Civil.

5. PROPOSTA DE APLICABILIDADE PRÁTICA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA, DA INTERDIÇÃO E DA CURATELA

No que se refere a aplicabilidade prática da interdição, da curatela e da tomada de decisão apoiada, figuram todos estes institutos com um caráter assistencial em prol de alguém que necessita ser assistido nos atos da vida civil, busca proteger o patrimônio e principalmente a pessoa que está sendo interditada ou que tenha sido deferida a tomada de decisão apoiada.

Convém conceituar o instituto da tomada de decisão apoiada que consiste em o deficiente eleger duas pessoas de sua confiança e idôneas para lhe prestar, oferecer apoio em toda e qualquer decisão que sob sua vida civil, alimentando seu conhecimento acerca de assuntos que seja leigo, estas pessoas podem configurar o papel de assistentes mas não possuem o direito de decisão, então esses assistentes serão apoio, um conselheiro e que no qual a última palavra sempre vai ser daquele que está sendo submetido a esta decisão, como preceitua o art. 1783-A do Código Civil

> Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A tomada de decisão apoiada não será aplicada exclusivamente para um portador de transtorno mental, poderá se estender por qualquer sujeito que poderá ser classificado com base nos termos do estatuto.

No caso da curatela ocorre em uma situação mais grave, pessoas que não tem discernimento, que não podem exprimir suas vontades por um período ou definitivamente, ela será necessária nas ações de interdição. O artigo 747 do Código de Processo Civil vai especificar quem serão os legítimos para serem curadores e entrarem com a devida ação.

O Ministério Público também poderá propor a ação em casos de doenças graves, ou subsidiariamente quando os demais legitimados propuserem a ação, atuando assim como fiscal da lei.

5.1 Da curatela no novo CPC: críticas e comentários à luz da dignidade e da realização da pessoa humana

No mundo jurídico, diante de todo acervo imensurável, em busca de regularizar o convívio das pessoas e estabelecer normas justas para a sociedade como um todo, baseada em inúmeros princípios, os quais o da dignidade humana que tem maior destaque. Partindo de tal princípio que muitos ramos do Direito se baseiam na busca do justo, para todos em aspecto gerais.

Partindo da ideia de preservação da dignidade humana o Direito Civil reconhece que certas pessoas não estão aptas a realizarem certas funções do dia a dia como a maioria da população, seja por causa da idade, seja por problemas médicos-psicológicos temporários ou duradouros.

Vem acontecendo não só no país, mas no mundo todo, a tentativa de equiparar as condições dos considerados incapazes com os capazes à força, como uma forma de inclusão a todo custo.

Há controvérsias, vislumbra-se que este Estatuto seja a solução que o "mundo jurídico" espera. Não há como negar que a maior preocupação com a dignidade humana que esta lei prega é, no mínimo, questionável.

Pode-se notar que o EPD exuberou, ou seja, exagerou em alguns aspectos, ao não perceber que a incapacidade do direito civil não tinha caráter discriminatório, mas sim protetivo e ao considerar que todas as pessoas com deficiência são plenamente capazes, o estatuto acabou afastando que as pessoas com deficiência, as medidas de proteção do direito civil concedem genericamente as pessoas incapazes. Ao não distinguir a deficiência física que não foi critério determinante de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

incapacidade a deficiência mental, ao não perceber que a pessoa com deficiência não seria necessariamente considerada incapaz se não houvesse no caso concreto de que a sua deficiência interfira no seu discernimento, ao considerar que a impossibilidade de manifestação da vontade enseja a capacidade relativa e não absoluta. (LÔBO, 2015, online)

O relativamente incapaz participa da prática do ato da vida civil junto com o assistente. O que a pessoa que não pode exprimir sua vontade, exemplo a pessoa em coma obviamente não poderá exercer os atos da vida civil, diante desta condição, será necessário o pedido de interdição na ação de curatela.

5.2 Direito ao Trabalho

É assegurado a todos o direito ao trabalho, e não seria diferente da pessoa com deficiência ser admitida no ambiente de trabalho, onde as pessoas jurídicas de direitos públicos e privados ou de qualquer natureza, são obrigadas a garantir um ambiente isonômico, acessíveis e inclusivos para todos, seja uma pessoa normal ou também de uma pessoa com deficiência, vejamos:

> Lei nº 13.146 de 06 de Julho de 2015;
>
> Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.
>
> Art. 35. É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.
>
> Parágrafo único. Os programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, incluídos o cooperativismo e o associativismo, devem prever a participação da pessoa com deficiência e a disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias.

Neste sentido, vislumbra salientar que diante da ratificação do EPD, no tocante a pessoa com deficiência ter direito ao trabalho, é importante frisar que o ordenamento jurídico atual deixa bem claro que qualquer órgão ou repartições sejam elas públicas ou privadas devem oferecer ambientes acessíveis para todos, não gerando nenhum tipo de exclusão. Sendo assim, será garantido o espaço da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

com deficiência em meio a sociedade civil, para que possa usufruir do princípio da igualdade.

5.3 Casamento

O casamento se realiza perante a vontade de duas pessoas, onde pretendem oficializar perante o juiz e com testemunhas que ambos estão de acordo em viver em comunhão, uma vida conjugal, uma união voluntária nas condições dispostas no direito civil Brasileiro, a luz do Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Para Maria Helena Diniz, "É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade". (DINIZ, 2007, pág. 35).

Do ponto de vista jurídico, o casamento é um negócio jurídico que deve estar de acordo com ambas as partes, de forma voluntária sob livre manifestação de modo a produzir seus efeitos legais constituindo um regime de bens impondo deveres e estabelecendo os direitos dos cônjuges.

No que tange ao casamento celebrado pela pessoa com deficiência o art. 6º, I da Lei 13146/15, a pessoa com deficiência terá plena capacidade para casar e também poderá constituir união estável independente da anuência do seu representante ou assistente. Com a vigência da referida lei que modificou o Código Civil ficou bem claro que a pessoa com deficiência poderá decidir sobre seus direitos referente ao casamento, direitos sexuais e reprodutivos, ter acesso a toda informação para que possa decidir sobre reprodução e planejamento familiar.

O direito ao matrimônio é assegurado ao ser humano, segundo o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que sustenta que: "A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça. (UNESCO, 1948)

A luz da lei 13.146/2015, os deficientes mentais podem contrair matrimônio livremente uma vez que esteja em idade núbil, tendo em vista que com a entrada da lei em vigor estes não são mais considerados absolutamente incapazes, ela poderá expressar sua vontade de acordo com o artigo 1.550 em seu parágrafo 2º do Código Civil Brasileiro, com a nova redação após a entrada em vigor da referida lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Levando em consideração que a pessoa com deficiência mental com idade núbil tem capacidade de contrair matrimônio, logo que o corpo humano tem seus impulsos sexuais aptos a assegurar uma relação afetiva com uma pessoa, assegurado todos os direitos a personalidade e existenciais, havendo a manifestação de vontade de ambas as partes a seguir com a vida matrimonial (REALE, 2004, online)

Olhando pelo lado inclusivo social após a alteração do Código Civil, o que antes não era permitido, tornando-se nulo qualquer matrimônio onde uma das partes possuir deficiência mental. Como bem expõe Miguel Reale: [...] Trata-se de categorias históricas surgidas no espaço social, em contínuo desenvolvimento [...] O importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos. É em razão do que representa nosso corpo que é defeso o ato de dele dispor, salvo por exigência médica, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, salvo para fins de transplante[...] (REALE, 2004, p. 72)

5.4 Direitos Políticos

O direito ao voto e o direito de ser votado é assegurado pelo estatuto da pessoa com deficiência, de acordo com o parágrafo primeiro do art 76 do referido estatuto, é vedado a instalação de seções eleitorais exclusivas para pessoa com deficiência, sendo obrigatório que a seção esteja adequada para todas as pessoas.

Atualmente a legislação eleitoral não trata de forma diferenciada as pessoas com deficiência, hoje o voto, o alistamento são obrigatórias a estas pessoas, exceto em casos concretos onde o juiz eleitoral poderá emitir um documento que o isenta por exemplo de votar, como preconiza a Lei nº 13.146/2015 que versa sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência:

> Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas...

Como preconiza Bussacro (2014, online): "A despeito da situação de exclusão social pelos portadores de deficiência, não há como negar a existência de um número expressivo de normas de conteúdo afirmativo em seu favor".

Pode-se perceber que sendo de fundamental importância o direito político, sendo ele fundamental e inerente ao ser humano, sendo também razão da inclusão social e deixar claro que o ambiente também esteja adequado a comportar qualquer pessoa, sendo ela com deficiência ou não.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi elaborado para que a sociedade busque se adequar as pessoas com deficiência. Fazendo assim que a sociedade como um todo, tenha conscientização para que a lei possa vigorar plenamente e que sua eficácia seja garantida em busca do melhor convívio social e também vislumbrando o desejo da pessoa com deficiência, respeitando-a e assegurando que ela está plenamente inserida na sociedade com os mesmos direitos e deveres que os demais, de acordo com a diferença e capacidade de cada um, gozando da capacidade legal em igualdade com todos os aspectos da sua vida civil.

A decretação de interdição de uma pessoa passa a ser de caráter exclusivo, ela não se fará diante de qualquer situação, buscando a proteção da capacidade civil, mesmo não se tratando de pessoa com deficiência, de modo proporcional as necessidades e as circunstâncias que variam no caso concreto, visto que é uma medida extraordinária o legislador preceituou situações específicas, sendo assim visa proteger o melhor interesse da pessoa com deficiência e amparar seus direitos.

Por outro lado, a curatela será exercida sobretudo como medida de apoio para assegurar sua tomada de decisão sendo ela apoiada ou através de curador, que terá sua total confiança para dirimir quaisquer dúvida que venha a existir no seu âmbito de capacidade.

Ressalta-se que quando eleito um curador, busca-se sempre o melhor interesse do curatelado, preservando a manutenção de sua vontade de acordo com o aludido estatuto, para que possa viver e na medida do possível tomar decisões, visando seu melhor interesse para que possa se sentir capaz de perceber que tenha a seu alcance uma justiça mais inclusiva para manutenção da sua imagem, saúde de pessoas com deficiência.

Por fim, de fato a lei trouxe muitas inovações, vindo a resgatar a capacidade civil da pessoa com deficiência, tendo ela menos dificuldade na condução de sua vida civil, poderá escolher a curatela sendo ela uma incapacidade relativa ou mesmo a tomada de decisão apoiada. Importante salientar que as pessoas com deficiência mental de maior gravidade como por exemplo o coma, ela estará sujeita a interdição quando relativamente incapaz, para que assim seu curador possa tomar decisões no que se referir a capacidade civil. Poderá também a pessoa com deficiência tomar decisões como constituir união estável, ao matrimônio, ter filhos. Por outro lado, referente a prescrição e decadência, não irá mais recair sob a pessoa com deficiência, abarcando apenas os menores impúberes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O objetivo do referido estatuto é fazer com que a pessoa com deficiência tenha mais liberdade na sua tomada de decisões e fazer escolhas, sendo ela uma lei protetiva, não retirando o poder do Ministério Público e Magistrados para manter uma fiscalização mais consistente diante dos diversos procedimentos que se fará necessário.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: . Acesso em: 28 de maio 2020.

_____. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: Acesso em: 13 de maio 2020.

DIDIER Jr. Fredie. Editorial 187 - **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão.** Fonte: http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/, acessado em 23 de março de 2020.

ALVES, José Carlos Moreira. **Os efeitos jurídicos da morte**. *IV Jornada de Direito Civil*, Brasília, v. I, p. 17-27, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade. 3. ed**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 1-2.

BUSSACRO, Andressa Cristina. **A aplicação das ações afirmativas no cotidiano das pessoas com deficiência: educação, trabalho e participação política**. Jus Navegandi, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27549/a-aplicacao-das-acoes-afirmativas-no-cotidiano-das-pessoas-com-deficiencia-educacao-trabalho-e-participacao-politica>. Acesso em: 15 maio 2020.

FILHO, Waldir Macieira da Costa (Coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 486.

DINIZ, Maria Helena. Código civil Anotado. 13 ed. São Paulo, Saraiva: 2008. Pág. 1397.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões**. 6° vol. 21° ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: V. 1. Parte Geral. 5. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** Parte Geral**.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Deficiência Não é Causa de Incapacidade Relativa: A Brecha Autofágica**. 2016. Disponível em: Acesso em: 17 de maio 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**, Vol. I. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO. Paulo. **Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes.** Fonte: http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-são-incapazes, acessado em 19 março de 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. Max Limonad Editor. São Paulo. 3º ed., Vol. I. Ano de 1947.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez. **O exercício da curatela e os deveres e obrigações do curador.** Fonte: https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/mp-debate-exercicio-curatela-deveres-obrigacoes-curador. Acessado em 19 de maio de 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 155.

SÓFOCLES. **Edipo Rei**. São Paulo: Bertrand, 2002.

REALE, Miguel. 2004. **Os Direitos da Personalidade**. Artigo disponível em www.miguelreale.com.br

ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**, em 05.out.2015. Fonte: http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia. Acessado em 10 de abril de 2020.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Prescrição e decadência contra as pessoas com deficiência após a promulgação da Lei n. 13.146/15:uma análise constitucional. 2016.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/50234/prescricao-e-decadencia-contra-as-pessoas-com-deficiencia-apos-a-promulgacao-da-lei-n-13-146-15-uma-analise-constitucional. Acessado em 27 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 9º ed., 2011.

TARTUCE, Flávio, **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015**. Fonte: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015. Acessado em 25 de maio de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Fonte: http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Código+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com, acessado em 29 de março de 2020.

TARTUCE, Fávio. **É o fim da interdição?** Artigo de Pablo Stolze Gagliano. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano. Acessado em 05 de março de 2020.

TARTUCE, Flávio, **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015**. Fonte: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015. Acessado em 25 de maio de 2020.

UNESCO, 1948, **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Fonte: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acessado em: 11 de junho de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOTA:

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado. E-mail: prof.guilhermeaugusto@fasec.edu.br.

www.conteudojuridico.com.br

A DEFESA DA CULTURA DE PAZ COMO FUNDAMENTO PARA SUBSISTÊNCIA DA CONTROVERSA "LEI MENINO BERNARDO"

MATHEUS AMARAL MOCELIN: Advogado inscrito na OAB/PR sob o n° 95.867 e membro consultor da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB/PR, é graduado em Direito pelo UNICURITIBA e especialista em Direito de Família e Sucessões pela ABDConst. É, ainda, graduando em Ciências Sociais pela UFPR e pós-graduando em Direitos Humanos e Questão Social pela PUCPR.

RESUMO: Para a efetivação de uma proteção mais adequada da prole, que possui o interesse prioritário da relação parental, a aprovação da Lei Federal n° 13.010/2014, popularmente conhecida como "Lei Menino Bernardo" ou "Lei da Palmada", estabeleceu o direito de toda criança e todo adolescente ser educado e cuidado sem o uso de castigos físicos ou de qualquer tratamento cruel ou degradante, mas trouxe o embate sobre esta introduzir, ou não, majoração da interferência estatal na família. Em suma, a assunção do compromisso internacional pela constituição da cultura de paz deve impedir a retrocessão dos consideráveis avanços advindos da referida inovação legal.

Palavras-chaves: intervenção estatal, melhor interesse, criança e adolescente, palmada, cultura de paz.

ABSTRACT: For effective protection of the offspring, which has the primary interest of the parental relationship, the approval of Federal Law No. 13,010 / 2014, popularly known as "Lei Menino Bernardo" or "Lei da Palmada", established the right to every child and adolescent should be educated and cared for without the use of punishment or any cruel or degrading treatment, but it brought the clash over this to introduce, or not, an increase in state interference in the family. In short, the assumption of the international commitment for the constitution of a culture of peace must prevent the retrocession of the considerable advances arising from this legal innovation.

Keywords: state intervention, best interest, children and adolescents, spanking, culture of peace.

SUMÁRIO: Resumo 1 Introdução 2 Do embate sobre a "Lei Menino Bernardo" (Lei Federal n° 13.010/2014) 2.1 Peculiaridades da inovação legal 2.1.1 Contexto social prévio e o caso "Menino Bernardo" 2.1.2 A lei e a controvérsia apontada 2.2 O

verdadeiro feito da "Lei Menino Bernardo" 2.2.1 O cauteloso avanço brasileiro na proteção dos direitos da infância e da juventude 2.2.2 A implementação da cultura de paz nas relações parentais 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A família brasileira é historicamente caracterizada por um longo período de dominação social, durante e após o período colonial, dependendo de outras instituições, como a igreja, a escola e o Estado, para se desenvolver, o que afetou diretamente a proteção infanto-juvenil local por séculos, com a naturalização de castigos físicos e de ordens de comportamento no ambiente doméstico.

Com a redemocratização do país, passou a ser demandada, gradativamente, uma maior inclusão e equalização na família, com a ocorrência de relevantes mudanças culturais e sociais que impulsionaram a busca pela igualdade material entre os indivíduos, em face da mera igualdade formal idealizada pelos ideais burgueses.

À luz do princípio de seu melhor interesse, crianças e adolescentes passam a figurar materialmente no topo da pirâmide das relações com seus genitores, cabendo aos magistrados, observados os demais direitos processuais, preservar prioritariamente referido interesse infanto-juvenil.

Nessa vereda, e para a efetivação de uma tutela mais adequada destes interesses prioritários, a aprovação da Lei Federal n° 13.010/2014, popularmente conhecida como "Lei Menino Bernardo" e "Lei da Palmada", obteve o condão de modificar a rede de proteção de infantes no Brasil, estabelecendo o direito de toda criança e todo adolescente obter educação e cuidados por seus responsáveis sem o uso de castigos físicos ou de qualquer tratamento cruel ou degradante.

Ocorre que, por apontar o fortalecimento da figura estatal junto aos assuntos inerentes à família, há no momento um cenário contínuo de incertezas quanto à referida inovação do ordenamento jurídico brasileiro, que surgiu com o propósito corrigir falhas legais e evitar que, a exemplo do histórico de violência doméstica no país, ilustrado por Maria da Penha, alvo de duas tentativas de homicídio pelo próprio marido em seu ambiente familiar, o país fosse novamente denunciado internacionalmente por violar direitos humanos de camadas vulneráveis de sua sociedade.

Assim, serão tratadas as nuances da "Lei Menino Bernardo", a fim de que, averiguado o embate existente acerca de suas disposições, seja esclarecido o verdadeiro feito da lei, com a menção sobre a implementação da cultura de paz nas relações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

parentais e o cauteloso, mas necessário avanço brasileiro na proteção dos direitos da infância e da juventude.

2 – DO EMBATE SOBRE A "LEI MENINO BERNARDO" (LEI FEDERAL N° 13.010/2014)

2.1 PECULIARIDADES DA INOVAÇÃO LEGAL

Em que pese os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na defesa da infância e da juventude, a ausência de um maior amparo legal para a prevenção e combate à violência parental importou em um contexto histórico social e cultural no país de se legitimar o uso de castigos corporais e de tratamentos cruéis ou degradantes em desfavor de crianças e adolescentes, sob o argumento de serem utilizados para a educação destes.

A recomendação efetuada ao Brasil, advinda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela sua tolerância histórica à violência doméstica contra as mulheres, bem como pela negligência e omissão especificamente na defesa dos direitos humanos de Maria da Penha Maia Fernandes, alvo de duas tentativas de homicídio pelo próprio marido em seu ambiente familiar, alertou acerca da necessidade de se tutelar outros agentes em situação de vulnerabilidade social, sob pena de nova responsabilização estatal perante os órgãos internacionais de direitos humanos. Uma das funções destes organismos internacionais é nomear e constranger (*name and shame*) os países que infringem suas normas, e o Pacto São José da Costa Rica dispõe em seu artigo 19 que toda a criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de criança requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

A aprovação da Lei Federal n° 13.010/2014, reconhecida pelo Congresso Nacional como "Lei Menino Bernardo" em homenagem a Bernardo Uglione Boldrini, assassinado pela madrasta e pelo próprio pai após um histórico de agressões parentais comunicadas e não devidamente solucionadas pelo Judiciário local, possui o propósito de corrigir referida lacuna, mas trouxe consigo o retorno do debate acerca da suposta abusividade na intervenção do Estado na família.

2.1.1 – CONTEXTO SOCIAL PRÉVIO E O CASO "MENINO BERNARDO"

Desde a conclusão do processo de redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é notável o avanço de inúmeras políticas públicas que foram adotadas em prol da diminuição das desigualdades presentes junto às diversas camadas sociais de sua população, a exemplo do percentual mínimo dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência, bem como da atual política de cotas sociais e raciais, regulada pela Lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Federal n° 12.711/2012, ou "Lei de Cotas", que funciona como uma reserva de vagas em instituições públicas ou privadas em razão de alguma vulnerabilidade social existente.

Com o mesmo intuito, a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, incorporou junto ao ordenamento jurídico brasileiro o sistema de proteção integral dos direitos infanto-juvenis, substituindo a concepção utilizada até então pelo Código de Menores, de 1979, na qual o referido "menor" era considerado apenas um objeto da relação familiar, e não um sujeito de direitos propriamente dito, como se faz atualmente em prol de seu desenvolvimento pleno e humanizado.

No entanto, denota-se que, ainda que com as positivas transformações principiológicas sofridas pelo Direito da Infância e Juventude Brasileiro, o mero amparo formal de colocar crianças e adolescentes a salvo de atos discriminatórios e violentos não alterou o panorama de ser comum se considerar a prole como mera propriedade do casal.

A questão da suposta superioridade dos pais em relação aos seus filhos existe desde a formação histórico-cultural brasileira para legitimar o castigo, seja de forma física, moral ou psicológica, para, em primeiro ou último caso, auxiliar na educação das crianças, ou mesmo para puni-las por alguma conduta considerada reprovável pelos detentores da autoridade familiar.

No ano de 2000 e em média anual, em torno de 6,5 milhões de crianças brasileiras vítimas de algum tipo de violência doméstica no país, enquanto que 18.000 (dezoito mil) infantes eram alvos de violência diária (CONANDA, 2000).

De fato, pela inexperiência ou incapacidade de pais educarem seus filhos de uma maneira saudável, o castigo passou a ser considerado, costumeiramente, um método eficaz para a realização do controle de quem, em tese, deveria ter o controle da relação, sendo, inclusive, uma realidade a nível mundial.

Aos pais, se reconhece, pois, o arbítrio no que tange ao exercício do poder familiar, no plano da licitude e da responsabilidade, por óbvio, que alcança, inclusive, o de exigir respeito, obediência e colaboração, e o poder-dever de educar, inclusive utilizando das medidas corretivas necessárias (COMEL, 2003, p. 105), mas é necessário diferenciar o direito de correção - que é inerente ao regular exercício da função familiar - de toda e qualquer agressão ou perturbação, principalmente em se tratando de indivíduos em condição de vulnerabilidade física e social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O óbito de Bernardo Uglione Boldrini, com apenas 11 (onze) anos de idade, no Rio Grande do Sul, foi emblemático para ilustrar o ambiente de violência familiar vivenciado no país, visto que dentre os apenados até o momento (não houve trânsito em julgado e o consequente arquivamento do processo judicial), incluem-se a madrasta e o pai da criança.

A negligência parental a seu respeito foi tanta que a indiferença do pai havia sido noticiada pelo próprio menino ao Centro de Defesa da Criança e do Adolescente, órgão ligado à Prefeitura de Três Passos/RS, e, após, encaminhada ao Ministério Público local para ajuizamento da ação cabível.

A promotora de justiça do caso relatou que a criança "teria pedido a oportunidade de viver com uma nova família, visto que era cotidianamente ofendido pela madrasta" (JORNAL R7, 2014), e que "o pai fazia com que Bernardo se alimentasse no prato do cachorro da família, ao passo que era chamado de animal, aos risos dos apenados" (JORNAL G1, 2014).

Diante da ausência de confirmação médica de qualquer agressão física ao garoto, o magistrado responsável entendeu não haver risco iminente ao próprio, suspendendo o processo até nova avaliação, seguindo o rito processual vigente até então, que em respeito ao princípio da prevalência da família, garante a preferência pela adoção de medidas que mantenham ou reintegrem a criança junto à sua família.

No entanto, pouco tempo depois, foi noticiado o falecimento de Bernardo, assassinado pela madrasta que o coagiu a ingerir alta dose de medicamentos nocivos, com a participação do próprio genitor da criança. Já morto, o menino foi ocultado dentro de um saco plástico e enterrado em uma cova, em Frederico Westphalen/RS.

O caso em tela foi alvo de grande repercussão nacional, não apenas pelo fato de Bernardo ter habitado em condições cruéis e degradantes no seio familiar e ter ido a óbito com a participação de seu pai. A surpreendente ineficácia do Poder Judiciário na defesa de interesses de Bernardo, que mesmo suplicando diretamente por auxílio, pouco efetivamente fez na prevenção da violência ocorrida, alertou as autoridades legais acerca da necessidade de se desenvolver uma rede de proteção mais eficaz contra a violência infanto-juvenil, principalmente no âmbito doméstico familiar.

Assim, 11 (onze) anos após o início da tramitação do projeto de lei, foi aprovada a Lei Federal n° 13.010/2014, então consagrada pela Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados como "Lei Menino Bernardo" em homenagem à criança falecida em Três Passos/RS, e que consolidou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

um sistema de proteção mais rígido e amplo aos infantes brasileiros, como será visto adiante.

2.1.2 – A LEI E A CONTROVÉRSIA APONTADA

Com o objetivo principal de ampliar a rede de proteção as crianças no seio familiar, a Lei Federal n° 13.010/2014, de início, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para incluir em seu corpo o artigo 18-A, que ampliou o rol de direitos infanto-juvenis previstos ao impedir qualquer espécie de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo de educação e desenvolvimento destes, especificando ainda quais as hipóteses de aplicação do dispositivo:

> 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.

Outra adição importante ao Estatuto trata do artigo 18-B, indicando os sujeitos passíveis de punição em qualquer hipótese de incidência do artigo 18-A, incluindo pais, demais integrantes da família e responsáveis, apresentando ainda o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

rol de medidas aplicáveis nesta hipótese, que poderão ser aplicadas independente de outras sanções também previstas no ordenamento, a depender da gravidade do caso em tela. Veja-se:

> 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.

Ainda, como exposto pelo parágrafo único do artigo 18-B, o legislador transferiu ao respectivo conselho tutelar a responsabilidade de realizar os devidos encaminhamentos ou advertências a quem infringir a inovação legal, tanto que a Lei Federal n° 13.010/2014 também alterou o artigo 13 do Estatuto para incluir referido encargo ao órgão administrativo municipal.

Por fim, outro avanço importante advindo da "Lei Menino Bernardo" foi a inclusão do artigo 70-A ao Estatuto, que atribuiu à Administração Pública Direta - União, estados, Distrito Federal e municípios - o dever de "atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes".

Importante salientar que apenas as violências físicas e psicológicas foram abrangidas pela "Lei Menino Bernardo", visto que já há dispositivos legais que preveem o combate das demais transgressões. É o caso das Leis Federais n° 12.015/2009 e Lei nº 13.718/2018, que tratam especificamente dos crimes de violência sexual, por exemplo.

A novidade no ordenamento ganha importância para que a história de Bernardo não seja esquecida, mas principalmente para fomentar o desenvolvimento de políticas públicas que promovam a alteração do contexto social de violência às crianças e aos adolescentes brasileiros em seu ambiente social e familiar, bem como para evitar a hipótese de nova denúncia do Brasil perante os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Contudo, ao mesmo tempo em que a lei tende a corresponder a um progresso legal na proteção de indivíduos vulneráveis na sociedade, houve uma enorme repercussão negativa acerca de sua aprovação.

Ainda, aponta-se o processo de aceitação cultural pelo qual o castigo físico é legitimado, ainda que como último recurso, com o objetivo de auxiliar na educação da prole, sendo tratado como forma de punição disciplinar. Por ser popularmente reconhecida como "Lei da Palmada" desde o início do trâmite dos projetos de lei junto à Câmara dos Deputados, a impressão de que a lei impediria os pais de se beneficiarem da famigerada "palmada" na educação de seus filhos significou inúmeras críticas a seu respeito.

Tem sido retomada a ideia de que o Estado esteja interferindo em assuntos privativos à família, a exemplo do professor OLIVEIRA (2014), segundo o qual "nossa própria Lei Maior garante aos pais livre gerência da sociedade conjugal, certamente abarcando a opção de educar os filhos", ao passo que "já existem tutelas que podem se demonstrar eficazes, desde que aplicadas de maneira coesa com o sistema e com nossa sociedade".

Portanto, tratando polemicamente da intervenção do Estado nas relações parentais, há indubitável importância na realização de uma análise precisa acerca dos apontamentos críticos ora apresentados em relação à "Lei Menino Bernardo".

2.2 – O VERDADEIRO FEITO DA "LEI MENINO BERNARDO"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É importante desde já desmistificar a ideia de que a Lei Federal nº 13.010/2014 tenha proibido a utilização de todo e qualquer método para a correção dos filhos, motivo que justifica a popular referência à referida legislação tal como "Lei da Palmada". As inúmeras críticas à lei estariam ligadas a uma possível exacerbada intervenção no âmbito familiar, embora parte da doutrina já adote o posicionamento de que o ideal a ser construído é, de fato, a gradual proibição de toda e qualquer punição aos menores de idade [2].

Diferente do que se habituou a dizer ainda durante o trâmite dos projetos de lei, houve tão somente a alteração do sistema de proteção de crianças e adolescente no que tange a utilização de métodos excessivos (físicos, cruéis ou degradantes) pelos pais ou responsáveis, além da assunção do compromisso estatal na constituição da "cultura de paz", doutrina enfatizada mundialmente desde a criação da ONU.

Em verdade, embora pouco reconhecida, a "Lei Menino Bernardo" foi muito eficaz em seu objetivo de, diante dos dados estatísticos elevados que apontavam para uma ampla quantidade de agressões de crianças e adolescentes sofridas no seio familiar, instituir melhorias e aperfeiçoamentos em sua rede de proteção a estes incapazes, alterando dispositivos específicos do Estatuto da Criança e do Adolescente sem ofender os limites à intervenção estatal na seara da família.

2.2.1 – O CAUTELOSO AVANÇO BRASILEIRO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O viés pacifista que é incorporado pela novidade legal possui como ponto alto de sua controvérsia um suposto avanço da intervenção do Estado no âmbito doméstico, como já havia acontecido anteriormente com a aprovação da "Lei Maria da Penha", e o temor quanto ao avanço de um Estado mais presente na vida dos cidadãos.

Antes de tudo, denota-se que o alarmismo populacional acerca do fortalecimento da figura do Estado tem se intensificado nos últimos anos, diante do crescimento da ideologia neoliberal no Brasil e mundo afora, caracterizada, entre outros fatores, pelo afrouxamento do controle estatal à vida privada dos cidadãos, bem como pelo crescimento.

Mistificada por essa ótica, a Lei Federal n° 13.010/2014 passou a ser analisada pelo senso comum como "mais uma" inconcebível intervenção do Estado nas relações parentais, e uma das questões levantadas é a de que a lei pouco acrescentaria ao ordenamento jurídico pré-existente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O fato de antes mesmo da aprovação da lei já estarem positivadas no Direito Brasileiro algumas normas aplicáveis ao caso de violência parental - como a hipótese de perda do poder familiar ao responsável que castigue imoderadamente a prole, prevista no artigo 1.638, inciso I, do Código Civil de 2002 -, fomentou a ideia de haver redundância frente a uma punição já prevista no ordenamento jurídico, pouco beneficiando, portanto, a instituição familiar propriamente dita.

É o caso da opinião de CAVALCANTE (2014), que além de salientar que as agressões conceituadas pelo art. 18-A da lei possuem conceituação subjetiva, comenta que "os castigos físicos e o tratamento cruel ou degradante já eram punidos por outras normas existentes, como o Código Civil, o Código Penal e o próprio ECA".

É bem verdade que a Lei Federal n° 13.010/2014 não tipifica nenhum crime diverso daqueles previstos pela legislação civil, penal e infanto-juvenil, apenas adiciona a reflexão acerca da agressão na educação de crianças e adolescentes (como já salientado), além de impulsionar a elaboração de políticas públicas de prevenção a este tipo de agressão, bem como de proteção a eventuais vítimas de violações no âmbito familiar.

Contudo, é necessário salientar a importância da abertura do olhar estatal ao caso de violência moderada contra os infantes, hipótese em que o infrator responsável poderá sofrer alguma das sanções previstas no atual artigo 18-B do Estatuto. Isso porque essa inovadora modalidade de infração não se encaixa no rol de crimes previstos na esfera penal, e que são aplicados em caso de violência imoderada, caso do crime de lesão corporal.

Para diferir uma modalidade de outra, BETIATE (2018), que é coordenador de seminários sobre direitos humanos e temas relacionados à infância e juventude e ao conselho tutelar, comentou em palestra anexada junto ao portal ECA-Capacita, que "o sensor de aplicação da lei será a própria sociedade, que denunciará apenas aquilo que entender ser excesso na conduta dos pais ou responsáveis".

Ou seja, em havendo alguma situação de violência contra criança ou adolescente, a sociedade, como ente legitimada constitucionalmente da obrigação de cuidado e proteção destes, terá o dever de analisar o caso em tela e não se manifestar, em se tratando de uma conduta tolerante, comunicar a ocorrência de violência moderada ao conselho tutelar (alternativa acrescida pela Lei Federal n° 13.010/2014), ou comunicar a ocorrência de violência imoderada às autoridades penais, não tendo o que se falar em redundância da lei, nesse sentido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A "Lei Menino Bernardo" trouxe um implemento ao rol de agentes sujeitos a sanções pela quebra da proteção infanto-juvenil, sendo estendido esse dever, originariamente destinado apenas aos pais, agora também aos demais integrantes da família ou qualquer pessoa responsável em cuidar do infante, ultrapassando o ambiente doméstico, portanto.

Tem-se que garantia constitucional de proteção prioritária e absoluta dos direitos da criança e do adolescente, além de colocá-los a salvo de toda forma de violência, crueldade e opressão, com a presença de dados comprobatórios que escancaravam o cenário de violência aos menores de idade no país, legitima a adoção de políticas públicas que busquem reparar o referido cenário.

2.2.2 – A IMPLEMENTAÇÃO DA CULTURA DE PAZ NAS RELAÇÕES PARENTAIS

O hábito brasileiro de se recorrer a alternativas violentas para solução de conflitos inerentes à educação infanto-juvenil, principalmente pelo castigo físico, foi consagrado pela atribuição de legitimidade no uso da força a diferentes atores sociais ao longo da história.

Nesse sentido, ganha destaque o apanhado histórico elaborado por LONGO (2005) acerca do processo pelo qual a punição corporal passou a ser considerada usual e parte de um sólido costume no Brasil, primeiramente pelos padres jesuítas, no século XVI, e depois por outras instituições sociais, até a legitimação do uso da violência pela família.[1] Necessário salientar que, dentre as instituições sociais que possuem o dever de preservar ou fomentar os valores através da educação, apenas a família ainda ultrapassava os limites impostos ao Estado e à escola, que há décadas já haviam perdido o direito de utilizar métodos violentos na correção de crianças e adolescentes.

Houve o consenso popular de que os pais possuíam não só o direito, mas também o dever de castigar seus filhos, inclusive com o uso de métodos violentos, sob o entendimento moral de a "palmada" ser um método que, de geração para geração, teria mantido forte eficácia no processo de formação e desenvolvimento dos menores de idade, ao passo que, aparentemente, seria pouco danosa sua utilização e, de qualquer modo, importante para evitar maiores aborrecimentos no futuro.

Para ilustrar isso, o instituto de pesquisas Datafolha registrou, no ano de 2010, à época de discussão do projeto de lei, que, dentre 10.905 (dez mil, novecentos e cinco) entrevistados, 54% (cinquenta e quatro por cento) dos brasileiros eram contrários à aprovação da "Lei Menino Bernardo", ao mesmo tempo em que 72% (setenta e dois por cento) afirmaram que apanharam dos pais.[2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não se contesta aqui que o dever de corrigir seja uma atribuição indispensável para o pleno exercício do poder familiar, que certamente contribui para a formação de caráter dos infantes, o que inclui o direito-dever de penalizá-los, ao passo que "aos pais, se reconhece, pois, o arbítrio no que tange ao exercício do poder familiar, no plano da licitude e da responsabilidade, por óbvio, que alcança, inclusive, o de exigir respeito, obediência e colaboração, e o poder-dever de educar, inclusive utilizando das medidas corretivas necessárias" (COMEL, 2003, p. 105).

Porém, quando esta correção é exercida de maneira imprudente, implicando em traumas físicos ou psicológicos à parte mais vulnerável da relação parental, que sempre será a prole, insurge o dever do Estado em assolar a dignidade da pessoa humana desta.

No próprio projeto de lei, Maria do Rosário, deputada federal na época, abrangeu a tentativa de modificação desta cultura de educação violenta no Brasil, principalmente no âmbito doméstico, no sentido de que esta pode e deve ser enfrentada por diversas vias, dentre elas a valorização da infância e adolescência, a percepção da criança como um ser político, sujeito de direitos e deveres, e, ainda, o conhecimento e disseminação de métodos de resolução de conflitos, incluindo a vedação do castigo infantil, ainda que moderado e para fins pretensamente pedagógicos.

Para essa idealizada mudança de paradigma, que atinge não somente a questão parental como toda e qualquer relação propensa à existência de conflitos, denomina-se cultura de paz, expressão originada pela ONU e que pode ser entendida como um "conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados no respeito à vida, ao fim da violência, à prática da não-violência por meio da educação, diálogo e cooperação" (UNESCO, 1999).

É notável o propósito da lei em privilegiar a resolução pacífica dos conflitos parentais, que obteve o respaldo de profissionais psicólogos, que em sua maioria afirmam que as agressões sofridas podem ser prejudiciais à esfera psicossocial da criança, que passa a naturalizar o uso da violência para situações do cotidiano. Enfatizando isso, Sanira Amaral Logrado, *coach* e especialista em Psicologia Sistêmica, comenta que "o aspecto positivo dessa lei é que chama atenção para o fato de que a educação tem que ser diálogo, não violência. Os pais necessitam ter o exercício do diálogo e compreender que a violência não pode fazer parte da educação. A discussão provocada por essa medida é interessante para que a sociedade avalie a violência cometida contra a criança dentro de muitos lares de forma 'educativa".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, a principal novidade da "Lei Menino Bernardo" é promover a rediscussão acerca do uso da violência para educar ou corrigir os menores de idade, sendo pertinente a abordagem de Josiane Rose Petry Veronese a respeito:

> A leitura atenta desta nova lei revela-nos que, em momento algum está implícita a ideia de desautorizarmos a família do seu básico papel de educar seus filhos. O que a nova lei faz é trazer, isto sim, uma nova cultura para a família [...] Atualmente, como resultado de todo um esforço que resultou nas convenções internacionais e conferências sobre direitos humanos e específicos na área do Direito da Criança e do Adolescente, a violência intrafamiliar, não está mais confinada à esfera privada. Passou a ser uma questão pública que se estende pelas academias, sindicatos, partidos políticos, organizações de base, movimentos sociais e presente, inclusive, como política pública. Não resta dúvida que a violência doméstica afeta os direitos humanos, a liberdade pessoal, a convivência familiar, a saúde física e psíquica do indivíduo. A falta de afeto na família, atinge, principalmente, no desenvolvimento emocional da criança e do adolescente. Neste sentido, a intervenção do Estado no contexto familiar tem caráter complementar, devendo assegurar políticas sociais básicas, programas de assistência social, orientação e apoio familiar, proteção jurídica, serviços de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, etc. conforme estabelecido na Constituição Federal, de 1988, em seus artigos 226 e 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3º, 4º e 7º. (VERONESE, 2014).

Para dar eficácia a essa rediscussão dos processos de educação e pedagogia no Brasil, será necessária uma majoração de campanhas educativas e políticas públicas por parte do próprio Estado, bem como a realização de denúncias vindas de terceiros, como vizinhos, amigos e educadores, tratando de uma condição fundamental para a plena atuação do conselho tutelar ou outra autoridade competente na averiguação destas denúncias, sem que se acarrete em demasiada intervenção estatal à intimidade da família.

3. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Após a compreensão acerca do contexto social brasileiro anterior à aprovação da "Lei Menino Bernardo", foi possível esclarecer a intenção do legislador por trás da inovação legal: a reparação de um amplo histórico de violência envolvendo crianças e adolescentes no país, principalmente dentro do ambiente doméstico.

É possível afirmar que muitas das críticas levantadas à lei foram fundadas em equívocos e pouco conhecimento acerca do seu real feito, qual seja, a abertura para uma proteção mais eficaz à integridade de crianças e adolescentes, o que não se fez com a tipificação de novos crimes, ou a inserção de penas mais rígidas, mas com a consolidação de uma cultura de paz na resolução de conflitos de natureza parental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETIATE, Luciano. **A Família, a Sociedade e o Conselho Tutelar, diante da Lei da Palmada, ou Menino Bernardo**. Disponível em: http://eca-capacita.com.br/videocapacita/luciano-betiate/a-familia-a-sociedade-e-o-conselho-tutelar-diante-da-lei-da-palmada-ou-menino-bernardo/. Acesso em 20 mar, 2020.

BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, **que Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),** de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei, PL 7672/2010. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que **dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante***; e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117968. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. **Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 14 mai, 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Breves comentários sobre a Lei 13.010/2014**. Disponível em: http://www.dizerodireito.com.br/2014/06/breves-comentarios-sobre-lei-130102014.html. Acesso em 05, fev. 2020.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Encontros de articulação do CONANDA com os Conselhos Tutelares**. Brasília: CONANDA; 2000.

DATAFOLHA, Instituto de Pesquisa Datafolha. **54% dos brasileiros são contra a lei da palmada.** São Paulo, jul. de 2010. Disponível em: http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2010/07/1223479-54-dos-brasileiros-sao-contra-a-lei-da-palmada.shtml. Acesso em 04, jan. 2020.

LONGO, Cristiano da Silveira. **Ética disciplinar e punições corporais na infância**. Butantã, v. 16, n. 4, mai. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642005000300006>. Acesso em: 04, jan. 2020.

JORNAL R7. **Caso Bernardo: menino pediu "nova família" antes de morrer, mas deu chance ao pai**. Três Passos, 17 abr. 2014. Disponível em: https://noticias.r7.com/cidades/caso-bernardo-menino-pediu-nova-familia-antes-de-morrer-mas-deu-chance-ao-pai-29082014. Acesso em 03, mai. 2020.

OLIVEIRA Junior, Eudes Quintino. **Lei da palmada**. Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2014/07/07/lei-da-palmada/. Acesso em 08, jan. 2020.

JORNAL G1**. 'Ele deixava Bernardo comer no prato do cachorro', diz promotora sobre pai.** Três Passos, 15 mai. 2014. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2014/05/ele-deixava-bernardo-comer-no-prato-do-cachorro-diz-promotora-sobre-pai.html. Acesso em 03, mai. 2020.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz**. Disponível em: http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf. Acesso em 04, abr. 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Lei Menino Bernardo**: por que o educar precisa do emprego da dor? Disponível em: http://jus.com.br/artigos/29790/lei-menino-bernardo-por-que-o-educar-precisa-do-emprego-da-dor. Acesso em 06, mai. 2020.

[1] Matheus Mocelin é advogado inscrito na OAB/PR sob o n° 95.867 e membro consultor da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB/PR, é graduado em Direito pelo UNICURITIBA e especialista em Direito de Família e Sucessões pela ABDConst. É, ainda, graduando em Ciências Sociais pela UFPR e pós-graduando em Direitos Humanos e Questão Social pela PUCPR.

[2] Josiane Rose Petry Veronese, professora da UFSC, Doutora em Direito e Pós-Doutora em Serviço Social, em sua palestra "O paradigma da proteção integral e a sua influência no direito de família", realizada junto ao X Congresso do Mercosul de Direito de Família e Sucessões, opinou pela incompatibilidade do sofrimento com o processo de educação da prole, independente da agressão ser moderada ou não, apoiando a proibição absoluta do uso da "palmada" ou qualquer outro método na educação de crianças e adolescentes que implique no uso de violência aos mesmos.

NOTAS:

[1] LONGO, Cristiano da Silveira. **Ética disciplinar e punições corporais na infância**. Butantã, v. 16, n. 4, mai. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642005000300006>. Acesso em: 04, jan. 2019.

[2] DATAFOLHA, Instituto de Pesquisa Datafolha. **54% dos brasileiros são contra a lei da palmada.** São Paulo, jul. de 2010. Disponível em: http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2010/07/1223479-54-dos-brasileiros-sao-contra-a-lei-da-palmada.shtml. Acesso em 04, jan. 2019.

www.conteudojuridico.com.br

NEPOTISMO: REGIME JURÍDICO PROIBITIVO E SUAS EXCEÇÕES

MANFREDO BRAGA FILHO: Advogado. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o regime jurídico do nepotismo no Brasil, principalmente a análise jurisprudencial que se é dada a matéria pelos Tribunais Superiores, em especial, a interpretação da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. A palavra nepotismo tem no senso comum a ideia de proteção, apadrinhamento ou favoritismo que pessoas públicas, ao deterem poderes sobre a máquina administrativa, distribuem entre seus favoritos, como familiares, cônjuges ou companheiros, cargos e benesses públicas. Com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ela passou a dispor pela proibição, do nepotismo, pois, nesse momento histórico, marca o Neoconstitucionalismo neste país. Contudo, a proibição não é absoluta, ela comporta exceções desde que as circunstâncias do caso concreto demonstrem a necessidade de excepcionalizar a regra para melhor atender a outro princípio com fundamento constitucional, o que trouxe a presente discussão. Para tanto, utilizou-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina, jurisprudência e legislação. Conclui-se que a Súmula Vinculante número 13 do Supremo Tribunal Federal vem normatizar como regra geral, a proibição do nepotismo no Brasil, adotando os ideais de eficiência e moralidade típico do modelo de Estado Gerencial preconizado na Constituição.

Palavras-chave: Administração Pública, Estado Gerencial Brasileiro, Súmula Vinculante 13.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal regime of nepotism in Brazil, mainly the jurisprudential analysis that is given to the matter by the Superior Courts, in particular, the interpretation of the Binding Precedent nº 13 of the Supreme Federal Court. The word nepotism has in common sense the idea of protection, sponsorship or favoritism that public people, when they have powers over the administrative machine, distribute among their favorites, such as family members, spouses or companions, positions and public benefits. With the entry into force of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, it came to dispose of the prohibition of nepotism, because, at this historic moment, it marks Neoconstitutionalism in this country. However, the prohibition is not absolute, it contains exceptions since the circumstances of the specific case demonstrate the need to exceptionalize the rule in order to better meet another principle with a constitutional basis, which brought this discussion. For that, the qualitative analysis method was used, with a study of the

doctrine, jurisprudence and legislation. It is concluded that the Binding Precedent number 13 of the Supreme Federal Court standardizes, as a general rule, the prohibition of nepotism in Brazil, adopting the ideals of efficiency and morality typical of the model of Managerial State recommended in the Constitution.

Key words: Public Administration, Brazilian Management State, Binding Summary 13.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 A SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 13. 2.2 EXCEÇÕES À SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 13. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1.INTRODUÇÃO

A palavra nepotismo, hodiernamente no Brasil, tem no senso comum a ideia de proteção, apadrinhamento ou favoritismo que pessoas públicas, ao deterem poderes sobre a máquina administrativa, distribuem entre seus favoritos, em regra familiares, cônjuges ou companheiros, cargos e benesses públicas.

Conforme entendimento de Cavalcante (2018, p. 05), ao explicar o informativo nº 914 do Supremo Tribunal Federal, assim dispõe:

> "A palavra nepotismo "vem da raiz indo-europeia *nepot*, que significa neto e, também, sobrinho, uma ambiguidade que se transmitiu ao latim, língua na qual *nepos*, *nepotis* também denotava tanto neto como sobrinho.(...)A palavra nepotismo surgiu nos primeiros séculos do cristianismo, quando os papas, que não tinham filhos ou não admitiam tê-los, concediam os melhores empregos e os favores de Estado a seus sobrinhos, que com frequência eram, na realidade, seus filhos ilegítimos.
>
> Significa "proteção", "apadrinhamento", que é dado pelo superior para um cônjuge, companheiro ou parente seu, contratado para o cargo ou designado para a função em virtude desse vínculo. Isso ofende a moralidade." (Cavalcante, 2018, p. 05).

É de se observar que, o nepotismo tem suas raízes no sistema patrimonialista da gestão pública, em que a *coisa pública* é do soberano, logo, não fazendo distinção entre os bens do gestor e os bens do povo, tudo é do soberano. Então toda a máquina pública é extensão do poder vitalício, de ordem divina, atribuído aos monarcas.

Contudo, com a substituição do sistema patrimonialista pelo sistema burocrático e depois pelo sistema gerência de administração pública, o nepotismo perdeu força nos Estados democráticos, pois os ideais republicanos de que o poder é do povo e para o povo, assim como a necessária distinção entre os bens do Estado e de seus temporários governantes, possibilitaram ruir o sistema apoiativo do nepotismo. Tal fato ocasionou a revolução iluminista, tendo como um dos seus precursores Emmanuel Joseph Sieyès, por intermédio do panfleto denominado "Que é o terceiro Estado?", ao qual mudou a forma de se analisar o poder exercido pelos governantes, conforme salienta Moraes (2018, p. 63), senão vejamos:

> "O titular do Poder Constituinte, segundo o abade Emmanuel Sieyès, um dos precursores dessa doutrina, é a nação, pois a titularidade do Poder liga-se à ideia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna." (MORAES, 2018, p. 63).

Seguido por Lenza (2020, p. 153), *in verbis*:

> A **titularidade** do poder constituinte, como aponta a doutrina moderna, pertence ao **povo**. Nesse sentido, Canotilho afirma que "poder constituinte significa, assim, **poder constituinte do povo**", e que deve ser concebido "como uma 'grandeza pluralística' (Peter Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes". (LENZA, 2020, p. 153).

Além do mais, se percebeu que o nepotismo, em verdade, favorecia a corrupção, a imoralidade e a ausência de eficiência na gestão pública, ocasionando a impunidade e a ausência de responsabilidade com as contas públicas, ao qual onerava o povo substancialmente para atender aos anseios de uma classe privilegiada. O que provoca hoje a busca do Estado Gerencial, como bem demonstram os seguintes autores:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "(...) A eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações". (PDRE, 1995, p.16)

> "Com o acúmulo de constantes e crescentes demandas sociais, somado à má gestão administrativa e econômica, verificou-se na maior parte dos países um descontrole fiscal, inflação, desemprego e recessão, caracterizando-se como uma crise generalizada do Estado, evidenciada a partir de 1970. Em razão de tal crise, a adoção de um novo modelo de gestão, bem como, a reforma do aparelho do Estado tornaram-se imperativas, originando-se assim um novo movimento de gestão, do qual derivaram as tentativas de reformas gerenciais pelo mundo, com as primeiras manifestações na Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália e, num segundo momento no Brasil, como se explanará em parágrafos subsequentes." (REK, 2014).

> "Aos poucos foram-se delineando os contornos da nova administração pública ou administração pública gerencial em vários países, principalmente na Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália [...] Sendo as suas principais características" (PEREIRA, 1998, p.9).

Ademais, o autor enumera as suas principais características:

> "(1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida" (PEREIRA, 1996, p.6).

Sendo assim, o presente trabalho busca analisar o regime jurídico do nepotismo no Brasil, principalmente a análise jurisprudencial que se é dada a matéria pelos Tribunais Superiores, em especial, a interpretação da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

2.DESENVOLVIMENTO

2.1A SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 13

Na história brasileira, o nepotismo sempre foi marca registrada, sendo tida como legal e constitucional, entretanto, com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ela passou a dispor pela proibição, em regra, do nepotismo no Brasil, pois, nesse momento histórico, marca o Neoconstitucionalismo neste país, em que a interpretação constitucional se perfaz alterada, valorizando a interpretação axiológica, a força normativa da Constituição, a legitimidade dos poderes constituídos, a aproximação entre o direito e a moral, como bem assinala Barroso (2007), em destaque:

> "o neoconstitucionalismo, portanto, a partir (I) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas - deu início, na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, ao fenômeno da constitucionalização do direito a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica." (BARROSO, 2007).

Com a promulgação da Constituição, que estabelece como princípios fundantes do Estado Brasileiro, a moralidade administrativa, a eficiência, a legalidade, impessoalidade, a publicidade, a proibição do abuso do poder econômico e político, firma então, as bases estruturais para a proibição do nepotismo.

> CRFB/88, art. 5º (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;
>
> Art. 14 (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.
>
> 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:

Entretanto, durante quase 20 anos, inexistiu norma para regulamentar o nepotismo no Brasil, ao qual, devido a essa inércia, o poder judiciário, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, deu caráter geral, abstrato e impessoal à regra da proibição do nepotismo, na Sessão Plenária de 21/08/2008 em que originou a Súmula Vinculante número 13 para efetivar a proteção dos valores da Constituição, até então ocorrida de modo deficiente, dos princípios constitucionais da moralidade e eficiência no Estado Gerencial Brasileiro.

> "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal." (STF, Súmula Vinculante 13, 2008).

De fato, não incorreu o Supremo Tribunal Federal em violação à separação de poderes, muito menos em violação ao princípio da legalidade, pois em verdade, com a inércia do Congresso Nacional, se perfez necessário, para a efetivação da Constituição, a elaboração de um enunciado geral e abstrato de proibição ao nepotismo, como bem salientam Fernandes (2017, p. 233) e Silva (2009, p. 45):

> "Aproveitando a construção de Ronald Dworkin, o jurista de Kiel, Robert Alexy, apresenta sua *tese forte* da separação entre regras e princípios, também chamada de *tese* qualitativa, que toma o modo *de aplicação* de cada espécie de norma como critério distintivo suficiente da separação (o modo pelo qual o "conflito" é resolvido). Aqui, pode-se perceber que a generalidade não é um critério adequado para tal distinção, pois é, quando muito, uma consequência da natureza dos princípios, sendo incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial. A questão, então, está em assentar a distinção por meio dos modos *de aplicação* de cada espécie normativa, bem como na forma de proceder em caso de um conflito normativo.
>
> (...)
>
> Já os princípios não são razões determinantes para uma decisão (ou seja, não são mandamentos definitivos como as regras), de modo que somente apresentariam razões em favor de uma ou de outra posição argumentativa. Logo, apresentam obrigações *prima facie,* na medida em que podem ser superadas em razão de outros princípios, o que difere da natureza de obrigações absolutas das regras." (FERNANDES, 2017, p. 233).
>
> "(...) que se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto (exceto, como já citado, se existir *cláusula de exceção).* No caso dos princípios, não se pode falar de realização total daquilo que se exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. Pode-se dizer que há um longo caminho entre um (o *"prima facie")* e outro (o *definitivo*)". (SILVA, 2009, p. 45).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste ínterim, foi bem salientado pelo Supremo Tribunal Federal na Rcl 6702 MC-AgR / PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, com publicação em 30/04/2009, tendo órgão julgador o Tribunal Pleno.

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO. I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública. III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembléia Legislativa paranaense. IV - À luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembléia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição. V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado. VI - Agravo regimental provido. (STF, Rcl 6702 MC-AgR / PR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Publicação: 30/04/2009 Órgão julgador: Tribunal Pleno).

2.2 EXCEÇÕES À SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 13

Deve-se ressaltar que, como toda norma geral, abstrata e impessoal, ela comporta exceções, desde que as circunstâncias do caso concreto demonstrem a necessidade de excepcionalizar a regra para melhor atender a um outro princípio com fundamento constitucional, conforme a ponderação proporcional do Neoconstitucionalismo, como bem salientado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto na Reclamação 18.564 São Paulo:

> "Entendo que a incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante nº 13 com o art. 37, caput, da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção." (STF, RCL 18564 / SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ: 23/02/2016).

Nos termos da Rcl 19.529 AgR, o Relator Ministro **Dias Toffoli**, vem explicar que a aplicação é excepcionada quando não verificado qualquer poder de ingerência do parente na nomeação para o cargo de confiança.

> "A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante 13 com o art. 37, *caput*, da CF/1988 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção." (STF, Ag. REG. Na Rcl 19.529 / RS, Rel. Min. **Dias Toffoli**, Segunda Turma, DJ: 15/3/2016, *DJe*: 18/04/2016).

Enfatiza-se, também, que o STF tem afastado o enunciado sumular quando se trata de cargos políticos, visto a própria relação impor a necessidade de ampla confiança, como é o caso dos cargos de Ministros e Secretários Estadual e Municipal.

> **"(...) 2. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 de cargos públicos de natureza política, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral." (STF,** Rcl 29033 AgR **/ RJ, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Julgamento: 17/09/2019, Órgão Julgador: Primeira Turma).**
>
> "Nomeação de cônjuge de Prefeita para ocupar cargo de Secretário municipal. 3. Agente político. Ausência de violação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ao disposto na Súmula Vinculante 13. 4. Os cargos que compõem a estrutura do Poder Executivo são de livre nomeação e exoneração pelo Chefe desse Poder. 4. Fraude à lei ou hipótese de nepotismo cruzado por designações recíprocas. Inocorrência." (STF, **Rcl 22.339 AgR**, rel. min. **Edson Fachin**, red. p/ o ac. min. **Gilmar Mendes**, 2ª T, j. 4-9-2018, *DJE* 55 de 21-3-2019).

Diversamente, em situação diametralmente oposta, são cargos que não são políticos, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, pelo qual considerou que a natureza do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas não se enquadraria no conceito de agente político, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública (STF, Rcl 6.702 AgR-MC/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ: 04/03/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

De forma que é inconstitucional lei estadual que excepciona a vedação da prática do nepotismo, permitindo que sejam nomeados para cargos em comissão ou funções gratificadas de até dois parentes das autoridades estaduais, além do cônjuge do Governador (STF. ADI 3745/GO, rel. Min. Dias Toffoli, DJ: 15/05/2013, Plenário (Info 706)).

Por fim, registra-se que, a Súmula Vinculante número 13 não esgota os casos de nepotismo, como já sublinhado pela Corte Brasileira, não esgota as possibilidades de nepotismo conforme MS 31.697, voto do Relator Ministro **Dias Toffoli**, Primeira Turma, DJ. 11/03/2014, *DJE*: 02/04/2014.

> "Ao editar a Súmula Vinculante 13, a Corte não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, dada a impossibilidade de se preverem e de se inserirem, na redação do enunciado, todas as molduras fático-jurídicas reveladas na pluralidade de entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) e das esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), com as peculiaridades de organização em cada caso. Dessa perspectiva, é certo que a edição de atos regulamentares ou vinculantes por autoridade competente para orientar a atuação dos demais órgãos ou entidades a ela vinculados quanto à configuração do nepotismo não retira a possibilidade de, em cada caso concreto, proceder-se à avaliação das circunstâncias à luz do art. 37, *caput*, da CF/1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(STF, **MS 31.697**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, Primeira Turma, DJ. 11/03/2014, *DJE* 65 de 02/04/2014).

O ingresso de servidor público nos quadros da Administração Pública por concurso público é o meio pelo qual a Constituição consagra o princípio meritocrático. Há funções e cargos que são destinados exclusivamente aos servidores de carreira e, por isso, o acesso de servidores a cargos e funções de confiança não é, em princípio, incompatível com a Constituição.

Há situações, no entanto, em que o exercício da função de confiança apresenta potencial conflito de interesse. É precisamente o que ocorre quando a nomeação para cargo ou a designação para função recai sobre servidor que guarda relação de parentesco ou relação íntima com a autoridade nomeante. Nesses casos, tal como se dá com a nomeação de quem não tem vínculo, o exercício do cargo passa a atender critérios que não são exclusivamente públicos e a confiança que se deve ter no desempenho da função pública é prejudicada. Contraria, pois, a Súmula Vinculante a nomeação de servidor de cargo efetivo ou a sua designação para função de confiança, quando feita por autoridade que guarde com ele vínculo de parentesco (STF, **Rcl 26.448**, Rel. Min. **Edson Fachin**, dec. monocrática, DJ: 12/09/2019, *DJE* 201: 17/09/2019).

3.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, a Súmula Vinculante número 13 do Supremo Tribunal Federal vem normatizar, como regra geral, a proibição do nepotismo no Brasil, adotando os ideais de eficiência e moralidade típico do modelo de Estado Gerencial preconizado na Constituição.

Ao qual, demonstra que a efetivação da Constituição Republicana é incumbência de todos os poderes, sem primazia de um sobre o outro, pois a teoria da separação de poderes veio para dar prevalência aos direitos fundamentais e não para sonegar deveres para com a máquina pública.

Dotando assim a Constituição, de força normativa própria e superior às demais normas do ordenamento jurídico, protegendo os cidadãos dos desmandos com a coisa pública, obrigando os governantes a serem responsáveis sob pena de improbidade administrativa ou crime de responsabilidade, a depender da situação.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica

sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007, p. 206-216.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acessado em: 10 jun. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Nepotismo**. Informativo nº 914 do Supremo Tribunal Federal, 13/09/2018. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/11/info-914-stf.pdf > Acessado em: 10 jun. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Juspodivm, 9ª ed., 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado 2020**. Ed. Saraiva Jur, 24ª edição, 2020, 1576 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34ª ed., São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. Brasília: Revista do Serviço Público, Ano 47, número 1, janeiro-abril 1996. Disponível em: < http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf > Acessado em: 10 jun. 2020.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil**. Brasília: Revista do Serviço Público, Ano 49, número 1, janeiro-março 1998: 5-42. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1997/97.Reforma_gerencial-RSP.pdf> Acessado em 10 jun. 2020.

_____. **Plano Diretor da Reforma do Estado (PDRE)**. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, Brasília – Imprensa Nacional 1995. Disponível em: < http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf > Acessado em: 10 jun. 2020.

REK, Marcos. **Os modelos de Administração Pública e reflexos à qualidade na gestão administrativa Brasileira.** Âmbito Jurídico, 2014**.** https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/os-modelos-de-administracao-publica-e-reflexos-a-qualidade-na-gestao-administrativa-brasileira/>Acessado em: 10 jun. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. Ed. Malheiros, 2009, 280 p.

STF, Rcl 29033 AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJ: 17/09/2019.

STF, **Rcl 26.448**, Rel. Min. **Edson Fachin**, dec. monocrática, DJ: 12/09/2019, *DJE* 201 de 17/09/2019.

STF, **Rcl 22.339 AgR**, rel. min. **Edson Fachin**, red. p/ o ac. min. **Gilmar Mendes**, Segunda Turma, DJ: 04/09/2018, *DJE* 55 de 21/03/2019.

STF, **Ag. REG. Na Rcl 19.529 / RS**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, Segunda Turma, DJ: 15/3/2016, *DJe*: 18/04/2016.

STF, **RCL 18564 / SP**, Rel. Min.: Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ: 23/02/2016.

STF, **MS 31.697**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, Primeira Turma, DJ. 11/03/2014, *DJE* 65 de 02/04/2014.

STF. **ADI 3745/GO**, rel. Min. Dias Toffoli, DJ: 15/05/2013, Plenário (Info 706).

STF, **Rcl 6702 MC-AgR / PR**, Re: Min.: Ricardo Lewandowski, Órgão julgador: Tribunal Pleno, DJe: 30/04/2009.

STF, **Rcl 6.702 AgR-MC/PR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ: 04/03/2009.

STF, **Súmula Vinculante 13**, Sessão Plenária de 21.08.2008, DJe: 29.08.2008.

www.conteudojuridico.com.br

A JORNADA EXAUSTIVA DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOBRE OS PERIGOS AO TRABALHADOR

DENIS DE OLIVEIRA PALHARES:
Escrevendo no conteúdo jurídico desde: 08/06/2020

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar como a delimitação da jornada de trabalho foi uma conquista importante para todos os trabalhadores, por garantir a dignidade da pessoa humana, visto que protege a integridade física e psíquica do trabalhador. Para isto, lança-se mão de um breve histórico do direito do trabalho, relacionando-o com a jornada de trabalho e as concepções conceituais do termo. Após, realiza-se uma análise sobre a jornada exaustiva dos trabalhadores contemporâneos, e como isso é prejudicial, bem como a escravidão contemporânea, como um dos possíveis desdobramentos da jornada excessiva. Por fim, faz-se um paralelo entre Brasil e Argentina, estudando dois processos de trabalhadores que sofreram danos pelo desrespeito à jornada legal.

PALAVRAS-CHAVE: Jornada de Trabalho. Direito do Trabalho. Jornada Exaustiva.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve histórico do direito do trabalho. 3. A jornada de trabalho. 4. O fenômeno do "overtime". 5. Jornada exaustiva e escravidão contemporânea. 6. A jurisprudência brasileira e argentina. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A jornada de trabalho faz parte da vida da maioria da população com alguma ocupação, o seu desenvolvimento ocorreu junto ao direito do trabalho, e além disso, sempre existiu como uma forma de produzir riqueza e dos subsídios à sobrevivência humana.

Deste modo, a jornada de trabalho integra a própria construção do direito do trabalho e a garantia das suas limitações tornou-se um dos direitos sociais mais importantes para o trabalhador. Sendo assim, o limite de horas trabalhadas é pauta de legislações nacionais e internacionais, como um verdadeiro pressuposto da dignidade da pessoa humana.

O direito a uma jornada razoável de trabalho, portanto, é necessário para que violações de direitos não ocorram, visto que uma jornada exaustiva degrada a saúde do trabalhador, e além disso, em alguns casos pode ser enquadrada como condição análoga a de escravidão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O objetivo deste trabalho é de analisar sobre como a jornada de trabalho limitada tornou-se um direito do trabalhador, e como o capitalismo atual tem a tendência de restringir essa garantia. A busca pelo lucro, dessa forma, é a porta de entrada para que violações ocorram, mascarando uma jornada exaustiva com a desculpa de serem apenas "horas extras".

Estudar o direito do trabalho sob a égide das novas relações de trabalho possui grande relevância, visto que a legislação deve ser compreendida em seu contexto global e atual, tanto no Brasil, como na Argentina. Sendo assim, apesar de estarmos sob o regime de um sistema capitalista, o direito possui o dever de analisar o caso de acordo com a legislação, garantindo ao trabalhador os seus direitos adquiridos.

2.BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho é uma parte essencial da vida humana, visto que ele faz parte da sua rotina, e é inevitável para a sobrevivência da espécie. Este trabalho pode ocorrer de variadas formas, podendo ser uma atividade física ou intelectual. A própria organização social, visto que as relações sociais decorrem também das atividades laborais, neste sentido Marx afirma:

> [...] o trabalho é um processo de que participam o homem e a natureza, processo em que o ser humano, com sua própria ação, impulsiona, regula e controla seu intercâmbio material com a natureza. Defronta-se com a natureza como uma de suas forças. Põe em movimento as forças naturais do seu corpo – brações e pernas, cabeça e mãos -, a fim de apropriar-se dos recursos da natureza, imprimindo-lhes forma útil a vida humana. Atuando assim sobre a natureza externa e modificando-a, 9 ao mesmo tempo modifica sua própria natureza. Desenvolve as potencialidades nela adormecidas e submete ao seu domínio o jogo das forças naturais. (2002, p. 211).

Arendt (2002) conclui que o trabalho produz um mundo artificial, diferente do ambiente natural, o trabalho comporta a vida de cada indivíduo, que reproduz um comportamento para que possa sobreviver. Deste modo, pode-se afirmar que o trabalho vai além de uma ferramenta de sobrevivência, muito além disso, reflete a natureza humana de ter o poder de produzir ou transformar algo.

O trabalho passou por grandes transformações, desde a sociedade pré-industrial, até os dias atuais. O trabalho do escravo marcou a Idade Antiga, no qual a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

divisão de classes era dura e permitia a escravidão do homem pelo homem, com o advento do cristianismo e do regime feudal a escravidão foi substituída por um novo regime de produção, no qual o vassalo era submetido aos senhores da terra (BEDIN, 2013).

A sociedade está dividida em camadas sociais, que dificulta a ascensão dos trabalhadores à modos melhores de sobrevivência, ao mesmo tempo que produzia e sustentava as camadas sociais superiores, sendo relegados à uma situação de inferioridade (BEDIN, 2013).

O advento da burguesia e da sociedade industrial, fez com que o Antigo Regime ruísse, dando espaço a uma reorganização social. O modo de produção capitalista exigia um novo modelo de sociedade, muito mais controlado do que os anteriores, pois a fábrica deveria funcionar para maximização do lucro do burguês.

A Revolução Francesa ocorrida em 1789 marcou uma nova era, durante a Idade Moderna a sociedade passou a primar pela liberdade individual, dando a possibilidade de exercer a profissão livremente (BARROS, 2011). A liberdade contratual auxiliou no progresso da indústria, porém essa situação agravou as condições sociais dos trabalhadores, devido a inexistência de uma tutela para garantia de condições mínimas.

Proscurcin (2007), relata que as condições dos trabalhadores eram exaustivas, e devido à falta de terras para cultivo, os trabalhadores migraram do campo para a cidade que oferecia muitos empregos, mas estes eram degradantes. Salários baixos, condições péssimas de trabalho, jornadas sem limites, trabalho infantil, diferença salarial por gênero eram as regras ditadas pelos empregadores, com base na lei do mercado (CASSAR, 2011).

A sociedade pós-industrial, por sua vez, tem como característica predominante a tecnologia eletrônica. Nascimento (2009) afirma a sistemática do trabalho se altera, com a progressiva substituição da grande indústria, e como consequência, há um decréscimo de trabalhadores industriais, que passam a ser desempregados ou a incorporar o setor de serviços.

A formação do direito do trabalho, de acordo com Delgado (2019), tem seu momento inicial em 1802, estendendo-se até 1848. O Peel's Act no âmbito do direito inglês marca a proteção dos menores no mercado de trabalho. A segunda fase é marcada pelo Manifesto Comunista, redigido por Marx e Engels, esse período resultou na liberdade de associação e a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase vai de 1890 até 1919, com a Conferência de Berlim e a Encíclica *Rerum Novarum*, referentes à necessidade de abordar a questão social no direito do trabalho. A partir

de 1919, a quarta fase é marcada pela autonomia do Direito do Trabalho, com a criação da Organização Internacional do Trabalho e pelas Constituições Sociais (DELGADO, 2019).

A última fase, que se inicia logo após a Primeira Guerra Mundial, denominada como a fase da institucionalização do Direito do Trabalho como ramo autônomo. A Constituição de Weimar e a criação da OIT foram os marcos dessa última fase. O direito do trabalho passa a ser um direito cidadão:

> O dado fundamental é que o Direito do Trabalho se institucionaliza, oficializa-se, incorporando-se à matriz das ordens jurídicas dos países desenvolvidos democráticos, após longo período de estruturação, sistematização e consolidação, em que se digladiaram e se adaptaram duas dinâmicas próprias e distintas. De um lado, a dinâmica de atuação coletiva por parte dos trabalhadores — dinâmica essa que permitia inclusive aos trabalhadores, mediante a negociação coletiva, a produção autônoma de normas jurídicas. De outro lado, a estratégia de atuação oriunda do Estado, conducente à produção heterônoma de normas jurídicas (DELGADO, 2019, p.111).

Deste modo, a institucionalização do Direito do Trabalho nas Constituições Contemporâneas foi incorporada com diretrizes gerais de valorização do trabalho, com ênfase na dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos, como a inviolabilidade física e psíquica do ser humano, valorização do trabalho e emprego e a função social da propriedade.

A primeira Conferência Internacional do Trabalho ocorreu no ano de 1919, e em na Convenção de número 1 restou estabelecido que a duração da jornada de trabalho deveria ser de oito horas diárias ou 48 horas semanais, e em 1935 o posicionamento foi revisado e diminuído para 40 horas semanais.

Uma das garantias básicas do trabalhador é a jornada de trabalho limitada, para que possa usufruir de seus direitos ao lazer e a vida privada.

3.A JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho é o lapso de tempo para a execução de uma atividade laboral, no qual o trabalhador dispõe de seu tempo e de sua força física ou intelectual para a concretização de um produto. Esse período é composto das horas diárias de trabalho, apesar de a expressão jornada de trabalho ser comumente confundida com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

duração do trabalho (horas semanais ou mensais). No Brasil, a duração do trabalho está disposta no artigo 7°, XIII, da Constituição Federal:

> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIII – 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. (grifei).

No direito argentino, a limitação está posta no artigo 1º da Lei 11.544, *in verbis:*

> **Artículo 1°** - La duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro.
>
> No están comprendidos en las disposiciones de esta ley, los trabajos agrícolas, ganaderos y los del servicio doméstico, ni los establecimientos en que trabajen solamente miembros de la familia del jefe, dueño, empresario, gerente, director o habilitado principal.
>
> La limitación establecida por esta ley es máxima y no impide una duración del trabajo menor de 8 horas diarias o 48 semanales para las explotaciones señaladas.

A limitação da jornada de trabalho tem como base o combate a fadiga do trabalhador, que precisa de horas mínimas entre um dia e outro de trabalho para o devido descanso. O empregador determina, pelo contrato de trabalho, as horas a serem trabalhadas e o horário de entrada e saída, respeitando os limites da lei trabalhista.

De acordo com Delgado (2019), a jornada é a principal obrigação do empregador no contrato de trabalho e mede a principal obrigação contraposta (do empregado) no contrato, que é o tempo que será disposto ao empregador. A jornada é a medida principal da obrigação do empregado e a medida da vantagem empresarial, é por isso que as regras referentes a jornada são relevantes ao direito do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A jornada de trabalho está relacionada diretamente ao salário, sendo um dos temas que foram alvo das lutas constantes dos trabalhadores. O salário pode ser considerado como o montante devido peça força de trabalho dispensada, Delgado (2019) afirma que não há regra jurídica que, sendo alterada, não influa no salário.

Outro tema que se relaciona com a jornada do trabalho é a saúde laboral. O ambiente do trabalho não é sempre salubre, e quando existem agentes nocivos é devido a necessária proteção e reduzida jornada de trabalho:

> Essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais — necessariamente — normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública (DELGADO, 2019, p.1026).

Delgado (2019) também faz um paralelo da jornada de trabalho e o emprego, concluindo que a diminuição das horas trabalhadas auxilia no combate ao desemprego, por abrir novos postos de trabalho. Essa redução também auxilia na redistribuição social dos ganhos de produtividade alcançados pelo avanço tecnológico, pois a criação de novos empregos pelo encurtamento da jornada é um reflexo da democratização da tecnologia.

Cabe aqui ressaltar as diferenças de alguns conceitos semelhantes a jornada de trabalho para a sua melhor compreensão. A duração do trabalho corresponde às horas em que o trabalhador presta serviços ao empregador, podendo ser mensurado em uma unidade de tempo (dia, mês, ano). A jornada de trabalho é mais restrita, é o lapso temporal diário que o trabalhador se coloca à disposição do empregador.

O horário de trabalho, por sua vez, é o lapso temporal exato entre o início e o fim da jornada laborativa. Esse horário deve estar anotado em registro de acordo com o art. 74 da Consolidação das Leis Trabalhistas, podendo a jornada ser controlada, não controlada ou não tipificada.

4.O FENÔMENO DO "OVERTIME"

Apesar de todas as garantias trabalhistas construídas sobre a jornada de trabalho, que possuem como fundamento as normas internacionais e na dignidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da pessoa humana, um fenômeno crescente é a jornada exaustiva de trabalho, o que afeta diretamente a vida do trabalhador.

A realização de horas extras por parte dos trabalhadores vem se tornando parte da rotina de muitos trabalhadores, sendo quase uma parte da jornada normal de trabalho. Empregadores que exigem um esforço descomunal de seus funcionários para o alcance de metas, permanecendo em um ambiente controlado, e muitas vezes essas horas são sequer remuneradas, o que contraria a legislação, que exige o pagamento diferenciado dessas horas, contudo:

> [...] apesar do que está definido em lei, há o problema de que em alguns países, como no Brasil, há muito tempo a utilização das horas extras perdeu o sentido de trabalho extraordinário, ganhando um significado de trabalho cotidiano a mais. Isto é, no dia-a-dia trabalha-se além da jornada normal de trabalho (DIEESE, 2007, p. 21).

A adesão às horas extras dá a ilusão de um aumento de renda do funcionário, que também imagina estar agradando o empregador e garantindo sua posição na hierarquia da empresa. É exigido do empregado que permaneça realizando horas extras como uma demonstração de lealdade à empresa, como se fosse o próprio empregado que houvesse assumido o risco da atividade econômica, criando um ambiente concorrencial entre os próprios colegas de trabalho.

Esse problema tem reflexo em vários locais da vida do empregado, que não possui tempo para o lazer, família, crescimento pessoal e saúde. Isso é uma herança dos tempos industriais, onde o emprego era submetido à um esquema de exploração, como afirma Masi (1999, p.59)

> Foi à indústria que transformou milhões de trabalhadores autônomos e camponeses subempregados em 'dependentes' submetidos a uma disciplina paramilitar, sob o comando de um chefe hostil e um ritmo estressante de labuta da aurora ao crepúsculo. Foi à indústria que transformou radicalmente o conceito de trabalho, caracterizando-o como atividade de múltipla programação e direcionamento que se presta a um estranho em troca de 'consumo' e 'urbanismo', inspirou outros como 'alienação', 'autonomia', 'exploração' e 'estresse'.

Assim, as horas extras, remuneradas ou não, passa a ser um comportamento naturalizado e até esperado pelo empregador. A necessidade de se manter empregado faz com que o funcionário se torne tão dependente do emprego que

passa o dia todo no escritório, sem refletir sobre como isso afeta a sua vida pessoal. Masi (2000) conclui que essa é uma dependência psicológica, em uma relação não saudável na qual o chefe não consegue abrir mão de seus empregados e esses não conseguem viver sem a subordinação.

Em muitos casos, promessas de melhores remunerações por bom comportamento e esforço para a obtenção de lucro são os mecanismos de manipulação psicológica que os chefes utilizam para submeter o empregado.

Neste sentido, essa situação pode ser resumida no fenômeno do "overtime", que é trabalhar além do horário regular estabelecido por contrato de trabalho, convenção ou pela legislação. Esse fenômeno traz consequências graves à saúde do trabalhador. Um estudo realizado pela Cicardian (2014), demonstra que aqueles que trabalham de 50 a 60 horas por semana tem tendência a terem conflitos familiares, como divórcio, e também a terem problemas mentais e embriaguez. Além disso, se a carga horária for mais que 40 horas semanas, é possível que se desenvolva o vício em cigarro e bebidas alcoólicas, e tendem a ter sobrepeso e depressão.

Esses fatores contribuem também para que a segurança do empregado seja deficitária por não ter o horário de descanso devido, visto que as obrigações da vida comum continuam existindo mesmo com a sobrecarga de trabalho, principalmente para as mulheres que enfrentam dupla jornada. A fadiga pode acarretar em acidentes ou uma performance não ideal das funções laborais.

Cabe destacar ainda que não se está aqui a generalizar o exercício de labor em jornada suplementar como regra em todas as empresas, mas sim a evidenciar que várias empresas agem de maneira a não se preocupar com a saúde e qualidade oferecidas ao obreiro, visando um lucro exacerbado em contraste as condições laborais oferecidas.

5.JORNADA EXAUSTIVA E ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

É muito tênue a linha que separa a recorrência de horas extras e a jornada exaustiva de trabalho, na qual os trabalhadores se submetem a 14, 15, 16 horas diárias. Caso não sejam as horas de trabalho diferenciadas, permitidas pela legislação, como o turno ininterrupto de revezamento, estará caracterizada a jornada exaustiva prevista no art. 149 do Código Penal.

Expor o trabalhador a uma jornada exaustiva que ultrapassa os limites legais, pode ser caracterizado como trabalho em condições análogas à de escravo. A escravidão contemporânea pode ser resumida como uma submissão a trabalhos de modo forçado ou a jornada exaustiva pretendendo extrair do trabalhador, uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prestação de serviço além do normalmente exigido, que ultrapassa suas limitações físicas, no intuito exclusivo de beneficiar o empregador.

A sujeição à condição degradante de trabalho, mesmo que o labor se desenvolva em limites físicos moderados, representa para o empregador maior oportunidade de lucro, porque se paga por prestação de serviço de baixo custo.

A intenção do empregador de sujeitar o trabalhador a uma jornada superior à legal, que vai além da sua capacidade física e mental, com o objetivo de lucrar com a exaustão do outro, é o que Marx (2002) chama de impulso imanente da produção capitalista, com o objetivo de utilizar toda a força de trabalho.

Marinho e Vieira (2019) afirmam que o trabalhador não é mais reconhecido como uma característica pessoal, mas sim como um apêndice da lógica totalitária do capital, ou seja, ele não controla mais seu próprio tempo e é submetido ao ritmo da produção.

A caracterização do trabalho escravo contemporâneo depende de quatro fatores:

> a) sujeição da vítima a trabalhos forçados;
>
> b) sujeição da vítima a jornada exaustiva;
>
> c) sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho; e
>
> d) restrição por qualquer meio da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.
>
> Vale ressaltar que essas condições não são excludentes, mas concorrentes, além da imputação criminal não necessitar do aparecimento de todos os elementos, ou seja, basta que apenas uma condição seja cumprida. Para melhor percepção desses componentes, destacamos contribuições do Direito para o segundo item descrito pelo MTE (VIEIRA; MARINHO, 2019, p.352).

A jornada exaustiva é aquela imposta a alguém, além do limite legal extraordinário estabelecido na legislação, que é capaz de causas prejuízos à saúde física e mental decorrentes da situação de sujeição forçada que anulem a vontade do trabalhador. A OIT, neste sentido, aprovou a Convenção 105, que dispõe sobre a abolição do trabalho forçado:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Artigo 1º. Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma; a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica, à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como medida de disciplina de trabalho; d) como punição por participação em greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa. (1957).

O trabalho escravo contemporâneo apesar de aparentar ser uma realidade distante, não o é. No Brasil, o Ministério do Trabalho exclusiva para a fiscalização desses casos, o Grupo Móvel de Erradicação do Trabalho Escravo, que visam os grupos mais vulneráveis, sendo esses aqueles que demandam força física para o trabalho, como os trabalhadores rurais e da construção civil.

Do mesmo modo, os trabalhadores das indústrias têxteis, que empregam muitos imigrantes bolivianos, paraguaios e peruanos que não possuem visto permanente, acabam por serem abusados pela indústria da moda, sendo forçados a trabalhar sob maus tratos, condições precárias de saúde, assédio moral, sexual e físico, com jornadas superiores a 16 horas diárias (VIEIRA; MARINHO, 2019).

Assim, é necessário que se conheça o problema da escravidão contemporânea, para que possamos caracterizá-la e combatê-la, neste sentido:

> Não podemos deixar de destacar que a intensidade, por si só, não pode ser levada em conta nas relações de trabalho abusivas e patológicas. A necessidade do uso da força, da duração e da complexidade da atividade sofrem variações conforme o setor de mercado, a aceitabilidade da sociedade, a regulação da jornada conforme cada país, entre outros aspectos. Por isso, é importante lembrar que a longa jornada e o trabalho excessivo, além de estar ligados, estão relacionados ao risco de bem-estar e à saúde do trabalhador, e a inúmeras outras questões de impacto social, como o nível de desemprego, a força de trabalho inserida em subempregos e a multiplicação de pessoas em mais de um emprego (VIEIRA; MARINHO, 2019, p.358).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A questão da jornada exaustiva, portanto, extrapola as questões de sobrecarga pessoal do trabalhador. Os seus próprios direitos humanos acabam mitigados a despeito da busca pelo lucro exacerbado.

6.A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ARGENTINA

Os tribunais do trabalho enfrentam os processos que versam sobre a jornada exaustiva de trabalho. Sendo assim, cada caso necessita ser analisado em suas questões concretas, visto que apenas a hora extra não caracteriza uma jornada exaustiva.

Contudo, o judiciário brasileiro, pelo Tribunal do Trabalho, aponta ser favorável aos trabalhadores que são prejudicados por uma jornada exaustiva, como no processo a seguir:

> DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Entendimento majoritário da Turma no sentido de que a prova carreada aos autos justifica a condenação por ter sido exigido da reclamante o cumprimento de extensas jornadas, com labor inclusive nos finais de semana, o que culminou com problemas de saúde, inclusive com desmaios e mal estares no local de trabalho. Decisão por maioria, vencido o Relator. (BRASIL, 2019).

Como o processo trata do dano existencial, é importante relacionar os artigos que tratam do tema:

> *Artigo 5º [...]*
>
> *X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".*
>
> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

O dano existencial será real quando a jornada exaustiva ocorrer por longo período, impondo ao empregado um novo estilo de vida, o qual depende da vontade do empregador, com a privação dos direitos da personalidade, como o direito ao lazer, à educação e à convivência familiar e social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A dignidade da pessoa humana é um valor e um princípio fundamental, que prevê que o titular desse direito, caso sofra abuso, é passível de indenização, conforme os arts. 12, 186 e 927 do Código Civil.

No caso concreto do processo analisado, a reclamante trabalhava no escritório da empresa, na área administrativa. As testemunhas arroladas citaram que ela desenvolveu problemas de saúde dentro da empresa, e os outros funcionários percebiam a quantidade exacerbada de trabalho e as horas excedentes trabalhadas. O mal-estar era visível, e em duas oportunidades a reclamada passou mal em horário de trabalho, sendo encaminhada para o hospital.

A funcionário exercia um cargo de gerência, e não estava submetida ao controle horário, mas costumava trabalhar das oito horas da manhã até as vinte horas, sendo que em poucas oportunidades conseguiu sair antes das dezessete horas. As rotinas de viagem eram recorrentes, e os trabalhos nos finais de semana também, refletindo em sua vida familiar.

O processo foi julgado procedente, e a reclamante percebeu o valor de 20.000 reais em indenização, pelos transtornos causados pela jornada exaustiva de trabalho na empresa.

O direito argentino também enfrenta a questão da jornada exaustiva, no processo n° 13.202, o Tribunal do Trabalho de Mendoza deu procedência ao pedido do autor, que teve consequências físicas decorrentes da sua jornada de trabalho:

> A través de la prueba testimonial rendida en las presentes actuaciones, han sido demostradas las situaciones estresantes relatadas en la demanda a las que habría sido sometido el actor, trabajando sobre exigido, en atención a las extensas jornadas, que lo exponían a una sobrecarga de trabajo, debiendo hacerse cargo de dos sectores de la empresa el solo y de su personal, también se acreditó un espisodio ocurrido en la empresa, cual fue el desmayo y golpe del actor, por lo que concluyo en que en el particular caso de autos, las condiciones de su prestación configuraron una razón de estrés apreciablemente mayor que la que puede suponerse normal, en la vida de una persona sometida al ambiente en que se mueve, de modo que las condiciones laborales han actuado en forma activa y protagónica en la producción del daño (ARGENTINA, 2017).

Nesse último caso, o autor sofria estresse no ambiente de trabalho, o que acarretava problemas psicológicos e físicos, devido ao assédio e exigência de uma

constante produção elevada. Os juízes do processo concluíram que essas demandas não são passíveis da natureza do trabalho, e excedem qualquer situação normal de trabalho. O autor era remetido a um regime de trabalho ininterrupto e de alerta constante.

Assim, o nível de estresse, atestado pelos médicos peritos do processo, foi tão alto que acarretou em episódios de desmaio e colapso nervoso, e a sua ausência no trabalho gerou pressões psicológicas ao autor. A consequência disso foi o que o perito apresenta:

> En consecuencia, tratándose de una acción sistémica, corresponde su evaluación de conformidad a la normativa que rige la materia, así, el suscripto en virtud de las amplias facultades otorgadas por su jurisdicción, considera que la enfermedad psicopatológica que presenta el actor encuadra según baremos de la ley 24557, decreto 659/96, como Reacción Vivencial Anormal Neurótica con Manifestación Depresiva Grado II, que le otorga una incapacidad del 10 % de IPP.
>
> Ello es así, por cuanto de la prueba pericial rendida surge que si bien el actor no presenta alteraciones en el pensamiento, concentración o memoria, necesita de algún tipo de tratamiento medicamentoso o psicoterapéutico (ARGENTINA, 2017).

Deste modo, fica demonstrado pela jurisprudência brasileira e argentina que o direito e seus operadores possuem o grande desafio de verificar nos casos concretos a violação do direito a uma jornada dentro dos limites legais, e que não seja exaustiva.

7.CONCLUSÃO

A limitação da jornada de trabalho, desde sua gênese, possui o intuito de proteger o trabalhador em seus direitos, visto que a sua obrigação com o empregador não é sua única responsabilidade. Poder usufruir de todos os outros direitos que a Constituição Federal concede exige um tempo livre, para que possa ter momentos de lazer, poder se instruir e cuidar de sua família.

Para isso, é necessário que o empregador não enxergue o trabalhador como um adendo da empresa, servindo apenas para que o empresário aufira lucro, mas sim como um sujeito de direitos, reconhecendo-o em sua subjetividade.

Assim, a limitação da jornada não é mera liberalidade do empregador nem do empregado, os quais devem reconhecer que as horas extras são de fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

extraordinárias, devendo serem utilizadas em casos específicos, e não se tornarem parte da rotina diária do trabalhador.

Respeitando o limite legal, casos como os apresentados na análise jurisprudencial poderão ser evitados, preservando a saúde do trabalhador, por poder laborar em um ambiente saudável, e também evitando que o empregador precise dispor de indenizações para reparar o dano causado.

8.REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ARGENTINA. Tribunal do Trabalho. Sentença nº 13.202. **Lista**. Mendoza, 12 jun. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr. 2011

BEDIN, Gilmar Antônio**. A idade média e o nascimento do estado moderno**: aspectos históricos e teóricos. 2 ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Jornada de Trabalho em Países Selecionados. **Relatório**. São Paulo, 2007.

BRASIL. TRT da 4ª Região. Acórdão nº 0000501-07.2014.5.04.0234. **D.O.U.** Porto Alegre, 28 set. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011.p. 15.

CICARDIAN. **5 Negative Effects of High Overtime Levels.** 2014. Disponível em: https://www.circadian.com/component/k2/itemlist/tag/shift%20scheduling.html?start=10. Acesso em: 14 mar. 2020.

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

MARINHO, Maiara Oliveira; VIEIRA, Fernando de Oliveira. A jornada exaustiva e a escravidão contemporânea. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro , v. 17, n. 2, p. 351-361, Jun. 2019 .

MARX, Karl. **O capital**: Critica da economia política. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho**. Milão: Unb, 1999.

_____. **O ócio criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

PROSCURCIN, Pedro. **Compêndio de direito do trabalho**: introdução à relações de trabalho em transição à nova era tecnológica. São Paulo: LTr. 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS CRIMES DE TRÁFICO E CONSUMO DE DROGAS (ART. 28 E 33 DA LEI 11.343/06) FRENTE AO CAOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO PERNAMBUCANO

IGOR VICTOR NOGUEIRA DE ALCÂNTARA: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Maurício de Nassau – Recife-PE, Unissau – ano de formação – 2013. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Joaquim Nabuco – Recife – PE.

Resumo: Neste artigo aborda-se, qualitativamente com analise de discurso, o efeito da política criminal às drogas no Estado de Pernambuco com relação ao programa de segurança pública Pacto pela Vida e os seus reflexos no sistema carcerário do Estado. Sob uma perspectiva dos Direitos Humanos, analisam-se os efeitos advindos da assunção da repressão às drogas como foco de repressão, e as políticas públicas afirmativas para tratamento dessas pessoas. Analisa-se a hipótese de concentração da força do estado na prisão de usuários de drogas e de traficantes em situação de grande exclusão social. Apontam-se com isso, que essas pessoas são, na sua grande maioria, negros e pobres.

Palavra-chaves: Ressocialização, Direitos humanos, drogas, políticas públicas afirmativas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A severidade na legislação é uma alternativa para o combate ao tráfico de drogas? 3. A dificuldade do Poder Judiciário de Pernambuco e dos órgãos de polícia para esclarecer e diferenciar os crimes do art. 28 e o art. 33 da lei 11.343/06 (lei de drogas) frente às organizações criminosas que dominam os presídios pernambucanos. 4. Uma saída para a epidemia da droga: fortalecimento das políticas públicas afirmativas. 5. Como melhorar os índices de resolutividade dos crimes violentos? 6. Como provar que o sistema penitenciário pernambucano está superlotado devido, principalmente, ao crime de tráfico de drogas e consumo de entorpecente (lei 11.343/06)? 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

De forma geral, o presente trabalho pretende demonstrar como o crime de consumo pessoal de droga e tráfico tem considerável influência na superlotação do sistema carcerário no estado de Pernambuco, o qual é considerado o mais caótico do país, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, pois sua superlotação está

atualmente com 165,99% acima da capacidade (BRASIL, 2020). E a partir desse diagnóstico se fazer um estudo dos tipos penais dos arts. 28 e 33, ambos da lei 11.343/06 (lei de drogas) frente às atividades policiais do Estado de Pernambuco relacionado ao que se entende na jurisprudência pátria; depois analisar as políticas públicas que os usuários de entorpecente têm a disposição no estado de Pernambuco, e a sua eficiência, para que assim, finalmente, se consiga sugerir alternativas no objetivo de desafogar o sistema carcerário pernambucano.

Para isso, o ponto de partida do projeto terá como base os números de prisões em flagrante delito pelo crime de tráfico e consumo de entorpecentes, lei 11.343/06 (lei de drogas – art. 28 e 33, respectivamente), no estado, o que totalizaram 4.536 prisões nos meses de Janeiro a Agosto de ano de 2019, segundo os números de flagrantes (produtividade policial) por tráfico de entorpecentes contido no Relatório nº 811/2019/GACE/SDS (PIMENTEL, 2019, p. 3) (disponível no item 6 – Referencial Teórico, deste trabalho) oriundo de consulta por intermédio da Ouvidoria-Geral do Estado de Pernambuco pela Lei Estadual nº 14.804/12 (Lei de Acesso à Informação) solicitada via requerimento.

E considerando que o Estado de Pernambuco, segundo dados do CNJ (BRASIL, 2019) têm um total de 10.344 vagas em seu sistema penitenciário; com o mesmo método de pesquisa foi, também, feita consulta pela ouvidoria do estado no intuito de saber quantas pessoas existem presas, provisoriamente, pelo crime de tráfico e pelo crime de consumo e foi informado que (até o dia 14 de novembro de 2019) existem 8.396 presos pelo crime de tráfico e 479 presos pelo crime de consumo de drogas (FERRO, 2019) dados, também, disponíveis no item 6 deste trabalho. Assim, depreende-se que mais de 80% dos presos do sistema penitenciário de Pernambuco são pessoas envolvidas, de alguma maneira, em drogas, seja por tráfico ou pelo consumo.

Portanto, diante dos números que aqui foram demostrados e disponibilizados, também com a ajuda da Lei de Acesso à Informação, é notório diagnosticar que o aumento contínuo da população carcerária no Estado de Pernambuco está extremamente ligado ao consumo e ao tráfico de drogas. E por muitas vezes, ao analisar os números das prisões, depreende-se uma preocupação em encarcerar do que entender como a droga e o usuário são problemas e facetas de saúde pública.

2. A severidade na legislação é uma alternativa para o combate ao tráfico de drogas?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inicialmente, é fundamental distinguir os reconhecidamente perigosos e os não delinquentes, pois como demonstrado – as estatísticas atuais são alarmantes e, por conseguinte a pena de prisão não é o remédio, mas modelo de opressão, violência e de construção para delinquência e depressão, como uma verdadeira causa devastadora da personalidade do ser humano. Há deveras resignação a tal posição, por causa de reações instintivas e demasiadas elevadas pelo sentimento inegável dos autos índices da criminalidade urbana, cujo motivo é bastante conhecido em um país pobre como o nosso, primeiro por razões coletivas: a miséria, a injustiça social e o desemprego e segundo por razões individuais: alcoólatras, drogados, e deficientes (LEAL, 2001).

Dessa maneira e fundamentado no que decidiu a Suprema Corte Brasileira no julgamento da ADPF 347 MC/DF em 9 de setembro de 2015, percebe-se com clareza que as penas privativas de liberdade aplicadas aos presos tornam-se cruéis e desumanas, e aumentá-las, como forma de resolver problema da criminalidade, seria um verdadeiro contrassenso frente à população carcerária pernambucana, uma ilegalidade e incoerência jurídica, visto que o sistema carcerário brasileiro vive um "Estado de coisa Inconstitucional" – quando ocorre e a violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais dos presos, causado pela inércia e incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura de modo que apenas transformações estruturais da atuação do poder público e de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional.

No mesmo julgamento, como uma forma de solucionar o problema das prisões brasileiras, afirma o STF, que é função da Corte provocar os demais poderes para que saiam da inércia, coordenar ações visando trazer soluções praticas, como a obrigatoriedade de se estabelecer a "Audiência de Custódia" em todos os tribunais do país e liberação de saldo acumulativo do Fundo Penitenciário Nacional para sua finalidade a qual foi criado e proibição de novos contingenciamentos.

Assim, motivado por um discurso de que "os tempos do Brasil sem lei e sem justiça chegaram ao final, que o crime não compensa e que não seremos mais um paraíso para prática de crime ou para criminosos" (MORO, 2019) o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, formulou com sua equipe de governo o chamado Pacote Anticrime, que são 3 (três) projetos de leis ordinárias, apresentado ao Congresso Nacional no objetivo de atualizar o Código Penal e o Código de Processo Penal Brasileiro e diversas leis extravagantes contra corrupção, crime organizado e o crime violento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

São modificações que terão impacto significativo na sociedade, uma sociedade extremamente pobre como a do Brasil, e mais do que nunca o legislador assim como o poder público necessitam de ter a responsabilidade para atuarem junto em um olhar crítico para com os vulneráveis, como os presos provisórios, estes escassos de recursos para financiar um processo penal até o seu fim, como se a preocupação fosse somente para punir generalizadamente (FOUCAULT, 1987). Para demonstrar esse impacto analisam-se duas medidas adotadas para alterar o Código Penal Brasileiro, especialmente, no cumprimento das penas:

> V) medidas para endurecer o cumprimento de penas:
>
> Mudanças no Código Penal:
>
> Art. 33.
>
> § 5º No caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo. (BRASIL, 2019)

Tal modificação é um retrocesso jurisprudencial e legislativo desrespeitando vários princípios constitucionais, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana e a garantia da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI), pois de acordo com a Súmula Vinculante nº 26 é inconstitucional fixação do regime inicialmente fechado mesmo considerando a conduta de tráfico de drogas (art. 33 da lei 11.343/06) como pratica hedionda, nos termos do art. 2º da lei 8.072/90.

> Art.59...
>
> Parágrafo único. O juiz poderá, com observância dos critérios previstos neste artigo, fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semi-aberto antes da possibilidade de progressão. (BRASIL, 2019)
>
> Súmula Vinculante nº 26. STF - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo

> determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (BRASIL, 2009)

Com criação do parágrafo no art. 59 do Código Penal percebe-se que o Juiz poderá ter discricionariedade quanto a fixação temporal na sentença condenatória estabelecendo período de cumprimento de pena mínimo em regime inicial o que viola princípio da legalidade. Por exemplo, caso aprovado, pode o juiz, sem critérios, sentenciar uma pessoa a um certo crime por 6 anos e que só consiga progredir de regime depois de 4 anos e meio. O que se propõe, na verdade, é uma determinação para que o regime de cumprimento de pena seja integralmente fechado, o que por ora é inconstitucional, tanto por fundamento da súmula 471 do STJ quando por força da súmula vinculante nº 26.

> Súmula 471. STJ – Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art 112 da lei n. 7.210 (Lei de Execução Penal) para progressão de regime prisional. (BRASIL, 2011)

Ainda, o projeto de Lei Anticrime tenta consagrar a execução da condenação criminal a partir do julgamento em segunda instância, o que foi rechaçado em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórios de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, por 6 votos a 5, isto é, o cumprimento da pena deve iniciar após esgotamento de recursos, não afastando possível prisão antes do trânsito em julgado, uma vez preenchido requisitos previstos no Código de Processo Penal.

3. A dificuldade do Poder Judiciário de Pernambuco e dos órgãos de polícia para esclarecer e diferenciar os crimes do art. 28 e o art. 33 da lei 11.343/06 (lei de drogas) frente às organizações criminosas que dominam os presídios pernambucanos.

Primeiro precisa-se entender o que determinou o legislador com a edição do art. 28 da lei 11.343/06:

> "Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em deposito, transforpar ou trouxer consigo, **para consumo pessoal**, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> I – advertência sobre os efeitos das drogas;
>
> II – prestação de serviços à comunidade;
>
> III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo." (BRASIL, 2017)

Sobre o art. 28 da lei de drogas foi consagrado na jurisprudência, nos julgamentos do REsp 1672654/SP e do HC 453.437/SP oriundos do Superior Tribunal de Justiça, 3 (três) entendimentos: um - o de que a natureza jurídica do art. 28, supracitado, é considerada como crime; dois - sua consequência processual penal é a despenalização, pois ainda o legislador prevê sanções alternativas à conduta delituosa distinta da privativa de liberdade, e três - também não gera reincidência em caso de condenação anterior, com o transito em julgado da decisão.

Assim, o legislador optou, acertadamente, em estabelecer que a prisão do usuário de droga não tem benefícios para a sociedade, sobretudo deve-se enxergar sua situação como uma doença a ser tratada, onde requer cuidados e internações, inclusive involuntárias. Portanto, os equívocos judiciais acontecem, inicialmente, quando da distinção entre a conduta do crime de tráfico e da posse para o consumo pessoal e os critérios para distinguir as condutas, dentre outros, estão na quantidade da droga, as circunstâncias da pessoa sociais em que é inserida, e caso for auferida pré-julgamento em critério isolado, na maioria dos casos cometem-se injustiças, pois assim vejamos:

> "há alguns anos, um conhecido ator de televisão foi flagrado comprando uma quantidade razoável de drogas. À primeira vista, poder-se-ia pensar em tráfico de drogas, face a quantidade de substância entorpecente apreendida. No entanto, restou comprovado que o agente teria comprado uma quantidade elevada porquanto tinha receio de ser flagrado pela polícia (ou pela mídia) caso tivesse que comparecer diariamente a pontos de vendas de drogas para aquisição da substância destinada ao seu consumo pessoal." (LIMA, 2016, p. 711.)

Nesse sentido, por ser o crime de tráfico muito dinâmico, pois visa obtenção de lucro e marcação de poder, o tráfico de drogas se adapta, a cada dia, para dificultar a ação repressiva do Estado, formando as organizações criminosas que imperam nos presídios e nas zonas territoriais criando as "cracolândias"- um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fenômeno onde a droga é o alicerce para vários outros crimes – homicídios, roubos e lavagem de dinheiro. E o reflexo desse sistema é demonstrado no levantamento divulgado pela Secretaria de Defesa Social de Pernambuco, na qual apesar da redução dos Crimes Violentes Letais Intencionais (CVLI) a maior parte dos CVLIs em Outubro de 2019 continuou motivada por atividades criminosas, acerto de contas e tráfico de drogas o que estão relacionadas a 67,9% dessas ocorrências:

MOTIVAÇÃO	CAPITAL	RM	INTERIOR	TOTAL	% REL
ATIVIDADES CRIMINAIS	37	88	91	216	67,9 %
CONFLITOS NA COMUNIDADE	1	8	29	38	11,9 %
OUTRAS MOTIVAÇÕES	2	2	25	29	9,1%
EXCLUDENTE DE ILICITUDE	2	4	4	10	3,1%
CONFLITOS AFETIVOS	1	0	10	11	3,5%
CVP RESULTANTE EM MORTE	3	0	6	9	2,8%
FEMINICÍDIO	1	1	3	5	1,6%
TOTAL	47	103	168	318	100%

TABELA 1- NÚMEROS DE VÍTIMAS DE CVLI EM PERNAMBUCO, POR REGIÃO, SEGUNDO A MOTIVAÇÃO INFORMADA - OUTUBRO DE 2019
FONTE: PERNAMBUCO. SECRETARIA DE DEFESA SOCIAL

Um verdadeiro sistema, onde a "cracolância" é somente a "ponta do iceberg", por que estamos falando de exclusão social, e quem está inserido nesse contexto está fadado ao acaso e ao desprezo, esquecido, onde, antes da chegada das drogas décadas atrás, já existiam pessoas amontoadas nas ruas e nos viadutos, reunidas com outras drogas, senão o álcool. Então, a fundamental questão a ser defendida e enxergada é luta por condições de vida, por dignidade:

> "Ao se definir a Cracolândia como um pedaço do inferno, um lugar infestado de drogados irreversíveis, e que não possuem qualquer condição de reabilitação, estamos simplesmente escamoteando as verdadeiras razões pelas quais essas pessoas buscam o derivativo das drogas, e porque são sitiadas em um espaço reduzido da cidade. Foi criada toda uma mitificação sobre o crack e seus efeitos, que praticamente a situação da realidade de vida dessas pessoas vitimadas pela droga, e que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> se amontoam nas ruas é deixada de lado, como algo totalmente sem importância. E não estamos de maneira alguma desprezando o teor de destrutividade e viciante do crack. Não! O que estamos querendo enfatizar é que o crack e suas vítimas jogadas nas ruas da Cracolândia, apenas representam uma das muitas maneiras de excludência de nossa sociedade." (Angerami, 2017, p. 80)

4. Uma saída para a epidemia da droga: fortalecimento das políticas públicas afirmativas.

Ao longo do tempo, a história sobre políticas afirmativas sobre drogas era irrisória, visto que, primeiro por que não se dava tanta importância para política sobre drogas, pois o que se ouvia era a existência de grupos voluntários como Alcóolicos Anônimos ou grupos ligados a questões religiosas, estes existentes há mais de 70 anos. Com o passar do tempo, e com a crescente quantidade de drogas, tanto lícitas ou ilícitas, inserida num contexto social tão presente, como recordes de apreensões de cocaína nos aeroportos brasileiros, inclusive no aeroporto do Recife/PE, alinhado a superlotação dos presídios pernambucanos e suas facções criminosas, e a grande quantidade exacerbada de jovens cada vez mais ingerindo bebida alcoólica, foram implementados vários programas pelo governo do Estado de Pernambuco e pela Prefeitura do Recife no objetivo de amenizar o impacto dos danos que essas substâncias fazem na vida das pessoas, dando oportunidade, sobretudo, de se qualificar profissionalmente.

Assim, fortalecer políticas públicas é antes de tudo prevenir o crime, talvez condicionar as pessoas a entender que o crime não compensa ou, pelo menos, controlar sua incidência, já que nos acostumamos a conviver com a criminalidade, com as mais variadas notícias sobre assaltos e homicídios, que apesar de sua queda, de acordo com os dados da Secretaria de Defesa Social em 2019, foram 2.881 homicídios registrados, contra 3.566 notificados entre janeiro e outubro do ano de 2018 (PERNAMBUCO, 2019).

E um reflexo dessa queda é o fortalecimento das políticas públicas de combate às drogas e no âmbito do Estado de Pernambuco, em 2019, a questão das drogas foi elevada a status de assunto de Estado quando foi criada a Secretaria de Políticas de Prevenção às Drogas, a qual funciona coordenando uma série de projetos voltados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para ações de prevenção, antecipação e reinserção social como promoção da cidadania.

São programas que devem ser exemplos para que se construam novas ideias nesse mesmo sentido – o combate às drogas. Na Policia Militar do Estado de Pernambuco existe o PROERD – Programa Educacional de Resistência às Drogas, desenvolvido por policiais militares voluntários que recebem treinamento para serem instrutores nas escolas públicas a fim de disseminarem a cultura da paz e a consciência antidroga nos jovens, mas com a participação não somente da escola, mas dos pais e da comunidade (PERNAMBUCO, 2019).

Na mesma esteira, esta o programa Atitude que tem como objetivo principal o acolhimento de pessoas dependentes do vício da droga, in loco, para os locais de mais vulnerabilidade, inclusive reconhecido internacionalmente, já o programa Governo Presente tem o objetivo de fornecer capacitação com o afinco de profissionalizá-las para o mercado de trabalho.

Na cidade do Recife existe a Secretaria de Desenvolvimento Social, Juventude, Política sobre Drogas e Direitos Humanos, que chega a ter atendimentos em sua rede de Atendimento Psicossocial – o CAPS por 24h (RECIFE, 2019). Segundo a Secretaria, no ano de 2018 foram atendidas um total de 242.199 pessoas e já neste ano foi apurado um total de 127.184 pessoas. Assim, é de fundamental importância que essas redes de apoio continuem sendo fortalecidas, incrementadas por recursos, não só pelo poder público, mas também pela iniciativa privada, com a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho.

5. Como melhorar os índices de resolutividade dos crimes violentos?

Investigar e desvendar os homicídios relacionados a organizações criminosas sempre foi um desafio ao longo dos tempos e enfrentado por diversas nações do mundo, inclusive aquelas com policias consideradas mais preparadas, com mais recursos, ou equipadas, como na Itália, onde predominaram diversas máfias que dominavam diversos setores e serviços no país entre os anos de 1945 a 1979 e que se espalharam pelos Estados Unidos, dominadas e chefiadas por famílias, como Al Capone, os Bonanno, Gambino, os Genovese, Lucchese e Colombo, todas envolvidas em diversos crimes como homicídios, lavagem de dinheiro, grupos de extermino, extorsão, tráfico influência, dentre outros. Já no México e na Colômbia também não foi diferente com os cartéis de drogas que sempre dominaram a região sempre em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conflitos com a polícia e com o controle de poder, batendo elevados índices de homicídios que muito se comparavam a conflitos de guerra.

Hoje, apesar dos conflitos ainda existirem, pois o contexto da droga e o seu poder financeiro são sempre concorridos, o cotidiano das pessoas é mais brando nessas localidades, e com mais sentimento de segurança, mas o que essas regiões têm de lições para o nosso contexto é a necessidade de agir com estratégia para minimizar lucros dos criminosos violentos, e com o apoio do Poder Judiciário é de fundamental importância o fortalecimento da finalidade do programa de segurança pública Pacto pela Vida, criado em 2007 pelo Estado de Pernambuco que tem como objetivo interromper o crescimento da violência criminosa no estado, na qual tem como meta redução em 12% (PERNAMBUCO, 2019, p. 18) a taxa de criminalidade violenta letal; não objetivar somente, ao que parece, o encarceramento quando se vê a realidade sobrecarregada do sistema penitenciário. Diminuir taxa de homicídios é fundamental para acabar com as tiranias armadas que tanto enfraquece o Estado Democrático de Direito.

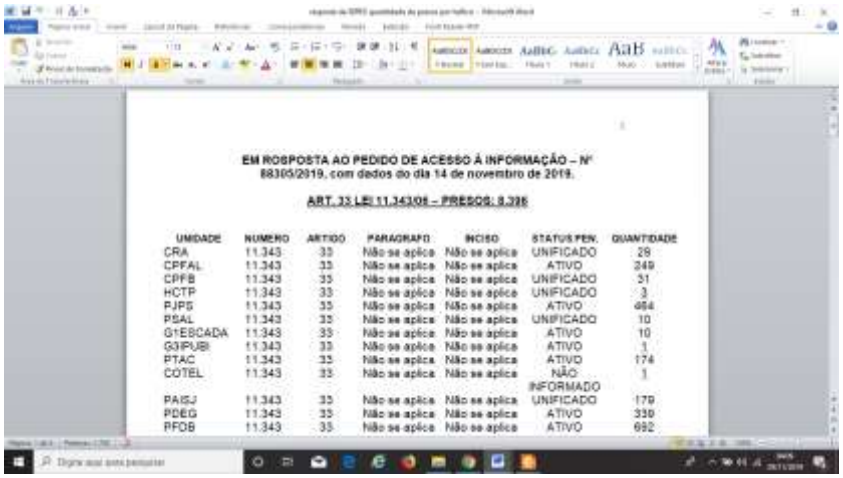
Para demonstrar a realidade da demanda processual do Poder Judiciário Pernambucano foi solicitado pedido de informação, de acordo com lei nº 12.527/2011, via canal de ouvidoria disponível no site do TJPE, no objetivo de saber quantas audiências de custódias foram realizadas desde sua implementação (2015) até o mês de outubro do corrente ano relacionadas ao tema "droga" – o que engloba tráfico, consumo, produção, ou colaboração para o tráfico, e com isso foi informado que fora realizado 8.804 audiências de custódias (PERNAMBUCO, 2019, p. 1). Ou seja, infere-se que desde de sua implementação, pela audiência de custódia, foram gerados mais de 8.800 processos criminais no contexto de tráfico que o judiciário pernambucano precisa julgar e que até agora, possivelmente não consegue julgar.

Em relação à ressocialização do preso é preciso oferecer mais oportunidades de trabalho, visto que somente 6% do total da população carcerária de Pernambuco trabalha, quando o preso trabalha sabe-se que além do seu salário também pode se deduzir na pena aplicada. Em relação aos estudos o estado de Pernambuco só chega a 15% da mesma população carcerária que estuda, ou seja, a ociosidade é extrema nas unidades prisionais (VELASCO, REIS, 2019).

Também preciso se debruçar não somente na jurisprudência pátria, especialmente, no judiciário pernambucano em relação a sua produtividade em julgar os presos provisórios e as alternativas processuais, sobretudo entender o programa de segurança pública estabelecido no estado – O Pacto Pela Vida, que tem como objetivo maior: a queda nos homicídios.

6. Como provar que o sistema penitenciário pernambucano está superlotado devido, principalmente, ao crime de tráfico de drogas e consumo de entorpecente (lei 11.343/06)?

Para chegar a conclusão de que a superlotação nos presídios do Estado de Pernambuco está ligada diretamente às prisões por crimes de tráfico e consumo de entorpecentes (lei 11.343/06), foi enviado solicitação de pedido de informação através da ouvidoria do Estado de Pernambuco no intuito de saber quantas pessoas existem presas, provisoriamente ou não, pelo crime de tráfico e pelo crime de consumo e foi informado que (até o dia 14 de novembro de 2019) existem 8.396 presos pelo crime de tráfico e 479 presos pelo crime de consumo de drogas (FERRO, 2019):

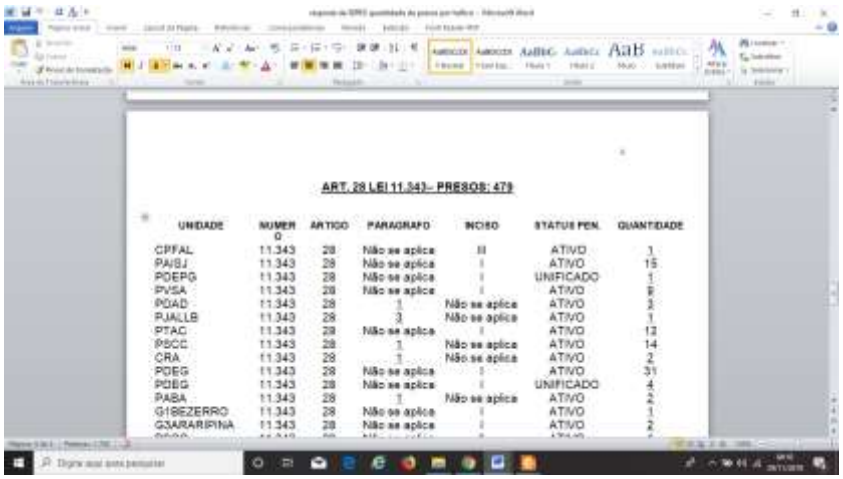


EM RESPOSTA AO PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO – Nº 88305/2019, com dados do dia 14 de novembro de 2019.

ART. 33 LEI 11.343/06 – PRESOS: 8.396

UNIDADE	NUMERO	ARTIGO	PARAGRAFO	INCISO	STATUS PEN.	QUANTIDADE
CRA	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	UNIFICADO	28
CPFAL	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	ATIVO	249
CPFB	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	UNIFICADO	31
HCTP	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	UNIFICADO	3
PJPS	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	ATIVO	464
PSAL	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	UNIFICADO	10
G1ESCADA	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	ATIVO	10
G3IPUBI	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	ATIVO	1
PTAC	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	ATIVO	174
COTEL	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	NÃO INFORMADO	1
PAISJ	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	UNIFICADO	179
PDEG	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	ATIVO	339
PFOB	11.343	33	Não se aplica	Não se aplica	ATIVO	692

Fonte: PERNAMBUCO, SECRETARIA DE RESSOCIALIZAÇÃO.



ART. 28 LEI 11.343– PRESOS: 479

UNIDADE	NUMERO	ARTIGO	PARAGRAFO	INCISO	STATUS PEN.	QUANTIDADE
CPFAL	11.343	28	Não se aplica	II	ATIVO	1
PAISJ	11.343	28	Não se aplica	I	ATIVO	15
PDEPG	11.343	28	Não se aplica	I	UNIFICADO	1
PVSA	11.343	28	Não se aplica	I	ATIVO	9
PDAD	11.343	28	1	Não se aplica	ATIVO	3
PJALLB	11.343	28	3	Não se aplica	ATIVO	1
PTAC	11.343	28	Não se aplica	I	ATIVO	12
PSCC	11.343	28	1	Não se aplica	ATIVO	14
CRA	11.343	28	1	Não se aplica	ATIVO	2
PDEG	11.343	28	Não se aplica	I	ATIVO	31
PDBG	11.343	28	Não se aplica	I	UNIFICADO	4
PABA	11.343	28	1	Não se aplica	ATIVO	2
G1BEZERRO	11.343	28	Não se aplica	I	ATIVO	1
G3ARARIPINA	11.343	28	Não se aplica	I	ATIVO	2

Fonte: PERNAMBUCO, SECRETARIA DE RESSOCIALIZAÇÃO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com isso, comparado com a quantidade de vagas disponíveis no sistema penitenciário no estado, segundo o Conselho Nacional de Justiça, o Estado de Pernambuco têm uma disponibilidade total de 10.344 vagas (BRASIL, 2019), com isso, depreende-se que mais de 80% das vagas estão preenchidas, de alguma maneira, pelo crime de tráfico (art. 33) ou pelo crime de consumo (art. 28) lei 11.343/06.

Nesse sentido, só em outubro deste ano, a maior parte dos CVLIs em outubro de 2019, continuou motivada por atividades criminosas, acertos de contas e tráficos de drogas, que estão relacionadas a 67,92 das ocorrências (PERNAMBUCO, 2019). Com isso, a tendência é so aumentar o número de prisões e consequentemente abarrotar cada vez mais o sistema carcerário.

7. Conclusão

A grande importância deste trabalho é fazer uma reflexão da importância em se dá atenção a dois grandes problemas jurídicos e sociais que o Brasil enfrenta ao longo de vários anos: as drogas e o sistema penitenciário. Embora as prisões brasileiras, de uma forma geral, se constituem em lugares insalubres e perigosos, sobretudo lotados, se quer demonstrar, especificadamente, como a dinâmica da droga e suas engrenagens impacta diretamente nas prisões pernambucanas.

Dessa maneira, foi demonstrado, ao longo deste trabalho, por meio das consultas aos órgãos oficiais (ouvidoria do estado) Estado de Pernambuco que mais de 80% das prisões em flagrante, de alguma maneira, estão ligadas ao tráfico ou ao consumo de entorpecente.

Assim, entre 2000 e 2014 o número de detentos no país aumentou mais de 160% na contramão do que ocorre em outros países e a proporção de presos provisórios (sem julgamento e condenação), voltou a crescer desde 2006 após a entrada em vigor a Lei de Drogas (INFOPEN, 2014, p. 67). Portanto é preciso conscientizar que o crack é apenas uma situação de um mal maior: a exclusão social, a falta de perspectiva pessoal e profissional, e é nesse contexto que pesquisadores já reiteram que o núcleo do problema é social, pois há mais de 20 anos que o poder público vem tentando acabar com a problemática das chamadas cracolândias.

E quando se relaciona a questão das drogas com a problemática da situação caótica das prisões em Pernambuco, já que os presídios pernambucanos são os mais superlotados do Brasil, com mais de 187% acima de sua capacidade (CNJ, 2019); é inevitável fazer uma conexão com os dos massacres que aconteceram no final do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ano de 2016 para o início do ano de 2017, nos presídios de Manaus/AM, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, nele uma disputa entre facções resultou na morte de 56 detentos, logo depois 33 presos foram assassinados na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, na Boa Vista/RR e depois em Alcaçuz, localizado na região metropolitana de Natal/RN, onde morreram 26 detentos, e em julho de 2019 em Altamira/PA 57 detentos foram assassinados (JURÍDICO, 2019).

Depreende-se, desse contexto, que Pernambuco pode se deparar com tamanha barbárie e selvageria anunciada, nas suas unidades prisionais.

8. Referências

ANGERAMI, Valdemar Augusto. Desespero e flagelo humano: parêmias da Cracolândia. 1º Edição. Artesã. 2017.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Anticrime. Projeto de Lei nº 882, de 2019. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/outros-documentos/apresentacao-projeto-de-lei-anticrime-mjsp>. Acesso em: 24 de nov. de 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. % Déficit de Vagas. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 07 de jun. de 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Prisional – Estabelecimentos Penais. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=23&tipoVisao=estabelecimento>. Acesso em: 27 de nov. de 2019.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Brasilia. DF. ago 2017.

_____. Ministério da Justiça. Levantamento de informações Penitenciárias – Junho 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 29 de nov. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 25 de nov de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072,. 2009. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=26.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 27 de nov. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2º Turma. HC 127573/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgado em 12/11/2019. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4751407>. Acesso em: 29 de nov. de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3º Seção. Súmula n. 417. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art 112 da lei n. 7.210 (Lei de Execução Penal) para progressão de regime prisional. 2011. p. 622. . Disponivel em < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 453.537/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 04/10/2018 (info 636).

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6º Turma. REsp 1672654/SP, Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura. Julgado em 21/08/2018 (info 632).

FERRO, Hortência Leão. Autoridade Administrativa SERES. Pernambuco. Secretaria Executiva de Ressocialização. Em resposta ao pedido de acesso à informação – nº 88305/2019, com dados do dia 14 de novembro de 2019. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <rogivictor@yahoo.com.br> em 27 out. 2019.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes, 1987.

JURÍDICO, Consultor. Massacre no Pará retrata falha do poder público com presos. Revista Consultor Jurídico. 31 de julho de 2019. Disponível em

<https://www.conjur.com.br/2019-jul-31/massacre-retrata-falha-governo-presos-gilmar-mendes>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

LEAL, César Barros. Prisão: crepúsculo de uma era. Del Rey, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada: volume único. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MORO, Sergio Fernando. Presidente Bolsonaro lança campanha Anticrime. Youtube, 3 de out. de 2019. Disponível em <https://youtu.be/EKFSykpbRBg>. Acesso em: 25 nov. 2019.

PERNAMBUCO (estado). Secretaria de Defesa Social. PE Atinge 23º mês consecutivo de redução de CVLI. Disponível em: <http://www.sds.pe.gov.br/noticias/10-noticias/11108-pernambuco-chega-ao-23-mes-consecutivo-de-reducao-dos-homicidios>. Acesso em: 27 de nov. de 2019.

PERNAMBUCO (estado). Polícia Militar de Pernambuco. PROERD. Disponível em: <http://www.pm.pe.gov.br/web/pmpe/proerd>. Acesso em: 28 de nov. de 2019.

PERNAMBUCO (estado). Secretaria de Defesa Social. Números de Vítimas de CVLI em Pernambuco, por região, segundo a motivação informada – outubro de 2019. Disponível em <http://www.sds.pe.gov.br/images/indicadores/CVLI/CVLI_MENSAL_POR_REGI%C3%83O.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019.

PERNAMBUCO (estado). Secretaria de Defesa Social. Boletim Trimestral da Conjuntura Criminal em Pernambuco. 2º Trimestre 2019. Disponível em < http://www.sds.pe.gov.br/images/media/1574865443_BOLETIM%202%20TRIMESTRE%202019.pdf>. Acesso em 29 nov. 2019.

PERNAMBUCO (estado). Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ouvidoria Geral da Justiça/CPSCI/TJPE. Pedido de Informação nº 86/2019 – Lei 12.527/2011. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <rogivictor@yahoo.com.br> em 7 nov. 2019.

PIMENTEL, Cleyton. Chefe da UNIAI/GACE. Pernambuco. Secretaria de Defesa Social. Relatório nº 811/2019/GACE/SDS. Números de flagrantes por tráfico de entorpecentes, no estado de Pernambuco, no período de janeiro a agosto de 2019.

[mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <rogivictor@yahoo.com.br> em 23 out. 2019.

RECIFE (cidade). Secretaria de Desenvolvimento Social, Juventude, Política sobre Drogas e Direitos Humanos. Rede de Atenção Psicossocial. Disponível em < http://www2.recife.pe.gov.br/sites/default/files/rede_de_atencao_psicossocial_marco_2019.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago. Raio x do sistema prisional em 2019. Mapa mostra superlotação e percentual de provisórios em cada um dos estados, além dos presos que trabalham e que estudam. Disponível em <http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/?_ga=2.221868120.1759399379.1574989685-1732367907.1526002805>. Acesso em: 29 de nov. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES, A COVID-19 E A AUTOLIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS BRASILEIROS

MARCELLA VIEIRA DE QUEIROZ CARNEIRO:
Escrevendo no conteúdo jurídico desde: 12/06/2020

RESUMO: A COVID-19, doença gerada pelo novo Coronavírus (Sars-COV-2), acarretou a declaração de "emergência de saúde pública de interesse nacional", pela Organização Mundial da Saúde, bem como o anúncio, no Brasil, primeiramente de situação de emergência de saúde pública e, após, em Estado de Calamidade Pública, sobretudo na seara financeira. Assim, o país brasileiro assentou sua inserção em seu Sistema Constitucional de Crises. Em virtude da enfermidade e com o escopo de minar seus efeitos – ou minorá-los ao máximo -, os gestores públicos evidenciaram limitação aos direitos fundamentais dos pátrios. O presente estudo buscou comprovar, por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, o abarcar do Estado de Calamidade Pública pelo Direito da Legalidade Extraordinária, ao tempo em que analisou a legalidade, a legitimidade e o controle das restrições impostas, concluindo pelo preenchimento da primeira diante do fato de que as restrições impostas o foram pelos próprios brasileiros, através de seus representantes, no que se visualizou a segunda. O controle, seja social, seja o materializado pelo sistema dos freios e contrapesos, ratificará a legalidade da imposição, ao revelar, ter sido esta compatível com a Constituição Federal, resultando em responsabilização se o cenário for contrário à constitucionalidade.

Palavras-chave: COVID-19. Sistema Constitucional de Crises. Direitos. Autolimitação. Representação.

ABSTRACT: COVID-19, a disease caused by the new Coronavirus (Sars-COV-2), resulted in the declaration of "public health emergency of national interest", by the World Health Organization, as well as, in the announcement, in Brazil, primarily of a situation public health emergency and, later, in a State of Public Disaster, especially in the financial field. Thus, the Brazilian country based its insertion in its Constitutional Crisis System. Due to the disease and with the scope of undermining its effects - or minimizing them as much as possible - public managers have shown limitation to the fundamental rights of their countries. This study sought to prove, by means of a bibliographic search, using the deductive method, embracing the State of Public Calamity by the Law of Extraordinary Legality, while analyzing the legality, legitimacy and control of the imposed restrictions, concluding by filling in the first in the face of the fact that the restrictions were imposed by the Brazilians themselves, through their representatives, in which the second was visualized. Control, whether social or materialized by the system of checks and balances, will ratify the legality of the

imposition, by revealing that it was compatible with the Federal Constitution, resulting in accountability if the scenario is contrary to constitutionality.

Keywords: Constitutional Crisis System. Rights. Self-limitation. Representation.

1. INTRODUÇÃO

É legítima a limitação de direitos fundamentais em tempos de COVID-19?

A Organização Mundial da Saúde, agência especializada em saúde, subordinada à Organização das Nações Unidas, declarou que, da COVID-19, doença gerada pelo novo Coronavírus (Sars-COV-2), havia resultado a necessidade de se anunciar, naquele momento, "emergência de saúde pública de interesse nacional", em virtude do alastramento e da ineficácia inicial do controle da enfermidade. Posteriormente, o órgão assentou tratar-se de uma pandemia planetária.

No Brasil, em um primeiro momento, declarou-se situação de emergência se saúde pública, para depois, sobretudo quanto à questão orçamentária decorrente, reconhecer-se a inserção no Estado de Calamidade Pública.

Embora a Constituição explicite apenas o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, bem como a intervenção de um ente político em outro como ocasiões a se verificar crises, os fundamentos que as propiciam se coadunam com os observados no Estado de Calamidade Pública, sendo este instante trazido por legislações pátrias compatíveis com os princípios e finalidades constitucionais. Assim, a COVID-19 acarretou, ao Brasil, sua entrada no Sistema Constitucional de Crises, que possui como vetores, em destaque, a excepcionalidade, a temporalidade, a proporcionalidade/necessidade e a observância estrita à Constituição.

Quando o texto constitucional explana as situações de Estado de Defesa e Estado de Sítio, apresenta direitos fundamentais que podem ser restringidos, mas isso seria possível? E no Estado de Calamidade Pública?

Ademais, atos normativos foram editados diminuindo consideravelmente os benefícios dos brasileiros, listados no texto da Carta Maior. Teria limites ao atuar dos gestores? E como se dá o controle?

Demonstrada a problemática a ser discutida e a relevância da questão no atual momento, seguem-se ordens de considerações que se interligam. Em verdade, o estudo dividir-se-á em dois momentos, um a tratar do Sistema Constitucional de Crises e a COVID-19, e outro, sobre a restrição de direitos fundamentais em face da pandemia da COVID-19 no contexto do Estado Democrático de Direito.

Em uma primeira análise, tercer-se-á considerações sobre a COVID-19 e a declaração do Estado de Calamidade Pública; após, a relação entre o Sistema Constitucional de Crises e a COVID-19; em seguida, debater-se-á como se dá a limitação de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, em que vigora a República; findar-se-á pela relação entre o Sistema Constitucional de Crises, a COVID-19 e a autolimitação de direitos fundamentais pelos brasileiros.

O marco referencial teórico do presente estudo apoia-se, sobretudo, nas obras de Ingo Sarlet, Canotilho, Gilmar Mendes, Paulo Gonet e André Ramos Tavares. Através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, com a ajuda das obras dos escritores supramencionados e as de outros diversos autores, restará completada a análise proposta.

2. A COVID-19 E O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Em 30 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) anunciou a "emergência de saúde pública de interesse internacional", em virtude do alastramento da COVID-19, doença oriunda do novo coronavírus (Sars-Cov-2). Conforme matéria jornalística no sítio eletrônico da Revista Veja, sem identificação do editor,

> O status de "emergência de saúde pública de interesse internacional" é o nível mais alto de alerta da OMS e é reservado para questões que exigem uma resposta internacional coordenada. Essa é a sexta vez que o órgão dá esse *status* a um surto. As anteriores foram: a pandemia de H1N1 (gripe suína) em 2009, um ressurgimento da poliomielite e a epidemia de ebola em 2014, o surto de vírus zika em 2016 e o recente surto de ebola na República Democrática do Congo no ano passado. Após a declaração, a OMS considera que todos os governos de países membros das Nações Unidas estão informados sobre os riscos do vírus. Daí em diante, cabe a cada governo tomar suas próprias decisões sobre fechar suas fronteiras, cancelar voos, rastrear pessoas que chegam aos aeroportos ou tomar outras medidas de proteção. (VEJA, 2020).

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia da COVID-19. Isso ocorreu após o número de casos fora da China – onde se iniciou – ter aumentado em treze vezes e chegado ao triplo de países infectados, em quinze dias, totalizando, naquela data, 118.000 casos no Mundo, com 4.291 mortes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com o Dicio, dicionário online de português, pandemia é a "epidemia que dissemina por toda uma região"; doença infecciosa e contagiosa que se espalha muito rapidamente e acaba por atingir uma região inteira, um país, um continente, etc."; ou ainda em um sentido figurado, "qualquer coisa que, concreta ou abstrata, espalha-se rapidamente e tem uma grande extensão de atuação".

Para Jamil Chade, colunista do UOL, tal afirmação reconhece que

> a mera estratégia de conter a proliferação da doença já não seria suficiente. A classificação significa que uma transmissão recorrente está ocorrendo em diferentes partes do mundo e de forma simultânea. Na prática, ao anunciar a pandemia, a agência de saúde indica que governos devem trabalhar não mais para apenas conter um caso. Mas atuar também para atender uma parcela da população mais ampla e vulnerável. Estratégias direcionadas apenas para identificar casos e isolar pessoas precisam ser trocadas por um plano sanitário que evite mortes e que atua para toda a população. (CHADE, 2020).

O diretor-geral da OMS, porém, em sua fala, no momento de confirmar a declaração, pugnou por prudência, a fim de não se gerar medo desarrazoado, em virtude de uma noção que não condiz com a realidade.

> Pandemia não é uma palavra para ser usada à toa ou sem cuidado. É uma palavra que, se usada incorretamente, pode causar um medo irracional ou uma noção injustificada de que a luta terminou, o que leva a sofrimento e mortes desnecessários. (GHEBREYESUS, 2020).

Ratificando a cautela do diretor-geral da Agência, o diretor-executivo do Programa de Emergências da OMS, Michel Ryan:

> declaração de uma pandemia não é como a de uma emergência internacional. É uma caracterização ou descrição de uma situação, não é uma mudança na situação. (RYAN, 2020).

Matéria da BBC News, em que não exposto o jornalista que a escreveu e em que se aduz que "declarar uma pandemia significa dizer que os esforços para conter a expansão mundial do vírus falharam e que a epidemia está fora de controle", trouxe a diferença entre a epidemia, a pandemia e a endemia, através da lição de Rosalind

Eggo, acadêmica especialista em doenças infecciosas na Escola de Higiene e Medicina Tropical de Londres:

> A infecção endêmica está presente em uma zona de maneira permanente, em todo momento durante anos e anos. Epidemia é um aumento de casos seguido de um ponto máximo e, depois, uma diminuição. É o que ocorre nos países onde se registram epidemias de gripe a cada ano: no outono e no inverno aumentam os casos, chega-se a um máximo de infecções, e depois diminuem. Por último, a pandemia é uma epidemia que ocorre em todo o mundo mais ou menos ao mesmo tempo. (EGGO, 2020).

No dia em que pronunciada a situação de pandemia global pela OMS, o então Ministro da Saúde brasileiro, Luiz Henrique Mandetta, afirmou que nada mudaria em nosso Estado, onde se continuaria com o monitoramento dos lugares atingidos e iniciativas e protocolos outrora anunciados, protegendo-se, preferencialmente, o grupo de risco: os idosos e aqueles com a saúde debilitada (MANDETTA, 2020).

Segundo Alexandre Padilha, ex-Ministro da Saúde do Brasil, em entrevista ao HuffPost Brasil, a Organização Mundial da Saúde retarda em mudar a classificação de doenças, pois se preocupa, em soma, com a economia (PADILHA, 2020).

No âmbito nacional, em 06 de fevereiro de 2020, foi editada a lei nº 13.979/20, dispondo sobre as medidas para se enfrentar "a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019".

A legislação previu medidas limitadoras aos direitos fundamentais individuais relacionados na Constituição Federal, como isolamento social, quarentena ("restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus"), determinação de realização compulsória de exames médicos e de vacinas, restrição à locomoção internacional, interestadual e intermunicipal, requisição de bens, entre outras, assentando, no §1º do seu artigo 1º, que tais determinações objetivavam a proteção da coletividamente. Também trouxe novas hipóteses de licitação dispensável, simplificação de processos. Ademais, expressamente afirmou o seu caráter temporário, devendo viger até findar o estado de emergência (artigo 8º c/c art. 1º, §§2º e 3º).

A partir dela, governadores começaram a decretar fechamentos de portos e aeroportos. Então, em 20 de março de 2020, o Governo Federal editou a Medida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Provisória nº 926, modificando alguns dispositivos da lei acima mencionada e dispondo que caberia ao Poder Executivo Federal regular os portos, aeroportos e rodovias da União, de forma a reforçar a competência federal.

Em seguida à edição do ato pelo Presidente da República, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal (STF), com o escopo de que a Corte declarasse a incompatibilidade parcial da medida provisória em relação à Carta Magna do país, a partir dos seguintes argumentos: teria tratado de matéria reservada à lei complementar, quanto às providências de política sanitária e os legitimados a implementá-la; e que o tema da saúde é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, fundamentando-se no artigo 23, II, da CF, que possibilita, em seu parágrafo único, a normatização da cooperação entre os entes federativos por lei complementar, não cabendo medida provisória em virtude de vedação expressa no texto constitucional (artigo 62, §1º, III, da CF), em sua visão.

O Ministro Marco Aurélio, relator, em decisão cautelar, afirmou que o chefe do Executivo da União agiu em conformidade com a Constituição, dado o preenchimento dos requisitos para a edição de medida provisória e que as providências relacionadas não afastam atos a serem praticados por Estados, Distrito Federal e Municípios, considerando a competência concorrente do artigo 23, II, da Lei Maior. Disse, ainda, que não deve vingar o alegado acerca de matéria reservada à lei complementar, visto que "presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional". Por fim, aduziu caber reconhecer, sob uma ótica simplesmente formal, que a disciplina da Medida Provisória nº 926/20 não afasta a ação normativa e administrativa dos demais entes políticos, deferindo, em parte, a medida acauteladora, "de maneira a tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente"(STF-ADI 6341 MC/DF, DJ em 25/03/2020). A decisão foi referendada, em 15 de abril de 2020, pelo Tribunal, por maioria (DJ em 16/04/2020).

Antes da confirmação pelo Plenário do STF, o Advogado-Geral da União opôs embargos de declaração, com pleito de suspensão do pronunciamento, contra a decisão monocrática do relator, pedindo que fosse dita a ilegitimidade de Estados e Municípios no que toca à imposição de restrições à circulação de pessoas, bens e serviços, porque da União, segundo ele, a competência para editar normas gerais sobre o assunto. O Ministro Marco Aurélio, assim, concluiu pela perda do objeto do recurso, em virtude da ratificação do seu entendimento pela Corte, que, ao referendá-lo, adicionou a interpretação conforme a Constituição ao §9º do artigo 3º, da lei nº 11.979/20, expondo a competência do chefe do Executivo federal "para dispor mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, preservada a atribuição de cada ente da Federação", em virtude de o inciso I do art. 198, da CF,

explanar a diretriz da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, quanto às ações e serviços públicos de saúde; para a Corte Maior também não seria necessária a edição de lei complementar quanto à matéria, haja vista que o art. 3º, da lei 11.979/2020 não trata de cooperação entre os entes federativos (DJ em 22/04/2020).

Aqui, mencione-se a lição de Márcio André Lopes Cavalcante, interpretando a decisão do STF:

> As normas da lei nº 13.979/2020 são o exercício da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica. Vale ressaltar, contudo, que, conforme prevê a Lei do SUS, o exercício dessa competência da União não diminui a competência própria dos demais entes da Federação na realização dos serviços de saúde, até mesmo porque a diretriz constitucional é que ocorra a municipalização dos serviços de saúde (CAVALCANTE, 2020, p. 10).

A COVID-19 permaneceu em ascendência e, por isso, em 18 de março de 2020, o Presidente da República encaminhou a mensagem nº 93/2020 ao Congresso Nacional, com fundamento no artigo 65, da Lei de Responsabilidade Fiscal, requerendo o reconhecimento do Estado de Calamidade Pública com efeito até 31 de dezembro de 2020, em decorrência da pandemia da COVID-19, com as consequentes dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias e da limitação de empenho disposta no artigo 9º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O pleito presidencial transformou-se no Projeto de Decreto Legislativo nº 88/2020 na Câmara dos Deputados, tramitando posteriormente no Senado Federal sob o nº 06/2020, onde foi definitivamente aprovado, em 20 de março de 2020. O decreto comportou guarnecer o aparato financeiro, permitindo ao Governo Federal gastar mais do que o teto.

Em 01 de maio de 2020, a Organização Mundial da Saúde prolongou a sua declaração de pandemia mundial, pela enfermidade mencionada.

Por fim, em 07 de maio de 2020, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 106/20, trazendo um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para a União, relativa às necessidades decorrentes da pandemia. Cabe dizer que o texto editado não foi acrescentado à Constituição de 1988, constituindo-se em um texto avulso a ser observado somente durante a vigência do estado de calamidade pública anteriormente decretado. O ato normativo trouxe, inclusive, a dispensa de limitações legais quanto ao aumento de despesa e renúncia de receitas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE CRISES E A COVID-19

3.1. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE CRISES

O Brasil se constitui em um Estado Democrático, de acordo com o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, sendo ratificado e completado pelo artigo 1º do mesmo diploma, que dispõe ser o nosso país um Estado Democrático de Direito.

Vale dizer que, ainda que entendendo pela aplicação da teoria da irrelevância jurídica quanto ao preâmbulo constitucional, de forma a afirmar que o mesmo não se situa no âmbito do Direito, o Supremo Tribunal Federal reconhece que a disposição preambular reflete a posição ideológica do constituinte, explicitando os valores por este escolhidos (STF. Plenário. ADI 2076, Rel, Min. Carlos Velloso, julgado em 15/05/2002). Sobre a parte textual, Luís Roberto Barroso aduz que "conterá este documento, como regra, as principais motivações, intenções, valores e fins que inspiraram os constituintes"(BARROSO, 2013, p. 105).

Democracia se relaciona com a ideia de que o poder pertence ao povo, que, como explicitado pelo parágrafo único do artigo 1º, da Carta Magna, exerce-o por meio de representantes eleitos ou diretamente – nesta hipótese, observando as diretrizes constitucionais. Por outro lado, Estado de Direito liga-se ao pensamento de Governo balizado, em seu agir, pela Constituição, sobretudo, bem como pelas demais leis infraconstitucionais, as quais o limita (TAVARES, 2020); refere-se, pois, ao entendimento de respeito ao conteúdo e hierarquia dos diplomas e de suas normas fundamentais, em afastamento à vontade e interesse particular do governante. Aristóteles já, com maestria, aclarava a necessidade de assim o ser, a fim de que se faça presente a estabilidade social:

> (...) pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que, ao contrário, encontram-se necessariamente em cada alma humana (...) (ARISTÓTELES, 2001, p. 1286a).

O Sistema de Crises pode ser também denominado de "estado (ou direito) de necessidade constitucional" "direito de crise", "legalidade constitucional extraordinária", entre outros, no entendimento de Walter Claudius Rothenburg (ROTHENBURG, 2013, p. 1563), e adentra na realidade em virtude da ocorrência de uma situação que proporcione o desembarque do ordinário, que justifique violação da normalidade, sendo sua existência relacionada à necessidade de observância cogente à Carta Maior e à lei.

Nas palavras de Aricê Moacyr Amaral Santos, é "... o conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporalidade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a mantença ou o restabelecimento da normalidade constitucional" (SANTOS, 1989, p. 32). Segundo Flávio Martins, é "um conjunto ordenado de regras e princípios que se destinam a restabecer a ordem e a segurança, diante de graves crises institucionais ou sociais. Tem amparo constitucional, devendo ser realizado nos estritos limites previstos na Constituição" (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2006).

Este autor aduz que tal sistema é previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e que todas as Constituições brasileiras o trouxeram (NUNES JÚNIOR, 2019).

Rodrigo Padilha, por sua vez, assevera que: "Em momentos de deturpação da ordem democrática, de ofensa aos mandamentos constitucionais, é necessária a adoção de medidas para reequilibrar a ordem e a normalidade constitucional" (PADILHA, 2020, p. 862).

Convidado pelo Ministro Gilmar Mendes, em *live* no canal do Youtube pertencente ao Instituto Brasiliense de Direito Público, realizada pelo Grupo *Perspectivas Contemporâneas da Jurisdição Constitucional*, que tem o membro da Máxima Corte brasileira como coordenador, em encontro cujo tema foi *Constitucionalismo Democrático e Estado de Exceção*, o português Jorge Bacelar Gouveia afirmou que, no interstício em que vigora o Estado excepcional, o direito deve ser visto ao contrário e que o Estado de exceção implica, mais ou menos, a depender da realidade do país, em suspensão de direitos (GOUVEIA, 2020).

Dissertando acerca do tema, Bernardo Gonçalves explana os quatro princípios regedores: excepcionalidade, necessidade, temporalidade e obediência estrita à Constituição Federal (GONÇALVES, 2019).

Excepcionalidade no sentido de que medidas de exceção se farão presente, restringindo direitos fundamentais, para assegurar também direitos fundamentais, imprescindíveis ao momento; necessidade como subprincípio da proporcionalidade, inexistindo outro modo de solucionar a crise instalada (alguns doutrinadores põem a própria proporcionalidade como vetor); temporalidade pelas medidas só serem legítimas caso limitadas no tempo; e obediência estrita ao texto constitucional, pois são medidas restritivas de direitos fundamentais (GONÇALVES, 2019).

Nos dizeres de Rodrigo Padilha,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> (...) a Constituição adotou um capítulo (Capítulo I do Título V) para discorrer sobre medidas que possam auxiliar os Poderes Públicos a conquistarem o estado constitucional democrático. (...) O referido sistema instaurará um estado de legalidade extraordinária, em que diversos direitos serão suspensos. Por isso, para que esse ato não se transforme em um gole de estado ou de ditadura, é obrigatória a observância de três critérios: a) necessidade (...) ; b) temporalidade (...); c) proporcionalidade (...) (PADILHA, 2020, p. 862).

Flávio Martins, a seu turno, alarga os princípios da temática, adicionando, por exemplo, a publicidade, afirmando que

> assim como todo ato do poder público, a decretação das medidas excepcionais para controle das crises deve ser pública, para que haja o controle social e, eventualmente, jurisdicional. Isso decorre do princípio democrático, do princípio republicano e do direito constitucional à informação (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2006).

A publicidade e a legalidade, em verdade, são dois dos vetores constitucionais-administrativos explícitos, de observância obrigatória por todos os administradores públicos, junto com os outros explícitos e os tantos princípios implícitos (estes dada a redação do artigo 5º, §2º, da CF), que não podem ser afastados nem mesmo em tempo de direito extraordinário, salvo no caso de colisão entre eles, quando se resolverá pela ponderação e aplicação do macroprincípio da proporcionalidade. A observância vinculada decorre da força normativa da Constituição (HESSE, 1991), ou seja, consoante Roberto Barroso, é o texto constitucional ser formado por normas jurídicas propriamente ditas, a serem respeitadas pelo simples fato de estarem dispostas naquele diploma, desnecessitando-se que lei infraconstitucional regulamente o que aquele já o fez (BARROSO, 2018).

O constitucionalista Flávio Martins traz a legalidade como vetor do Sistema Constitucional de Crises, enquanto Bernardo Gonçalves utiliza a expressão "estrita observância à Constituição", todavia ambos desejam dizer que as ações de exceção só são legítimas se coerentes com os valores, ideias e finalidades constitucionais, pois a Carta Magna previu tal ordenação para não deixar o atuar, em instantes históricos difíceis, na ampla discricionariedade do governante, ratificando seu compromisso com a estabilidade, característica importante no seio da convivência em comunidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, Daniel Sarmento: "Desde que a Constituição de 88 foi editada, o Brasil tem vivido um período de normalidade institucional, sem golpes ou quarteladas. As crises políticas que surgiram neste intervalo têm sido resolvidas com base nos instrumentos previstos pela própria Constituição. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, 145). E Walter Claudius Rothenburg:

> (...) Ao prever uma disciplina jurídica para tais momentos excepcionais, a Constituição institui mecanismos de autopreservação, a fim de evitar, seja a falta de regulação jurídica (que abriria espaço para a utilização arbitrária do poder público ou mesmo da força bruta, sem limites jurídicos predefinidos), seja o afastamento (suspensão) indiscriminado e episódico da Constituição ou de importantes normas suas, seja a quebra (abandono, ruptura) definitiva da Constituição. Assim, um tratamento diferenciado previsto pela própria Constituição para situações excepcionais é, em certa medida, uma resposta jurídico-constitucional para evitar a própria exceção à Constituição. Dito de outra maneira: quando a exceção à própria Constituição consegue atravessar situações de crise sem ser abandonada – e para isso prevê ela mesma medidas extremas de "salvação pública"-, essa é a prova de sua estabilidade; ela consegue, tem força normativa suficiente para regular não apenas a normalidade, mas também as exceções (in ROTHENBURG, 2013, p. 1562 e 1563).

É eminente para uma sociedade encontrar-se estável, mesmo em instantes complicados, e, para tanto, imprescindível que sua Norma Maior de regulação contenha o atributo da estabilidade, sobretudo que a persiga quando mais a população precisar, isto é, em tempos de crise.

Para uma noção de como a estabilidade é valorizada socialmente, embora por muito tempo usada contrariamente ao correto fim a que se destina, lembre-se a evolução do Constitucionalismo, desde a obra de Hobbes, contratualista, em 1651, oportunidade em que, de acordo com ele, a sociedade, na pessoa de cada um de seus membros, entendeu que melhor seria, buscando a segurança e a paz social, entregar seus direitos individuais, com exceção da vida, a um poder soberano, a fim de que este os administrasse (SOARES, 2004), pois, caso contrário, viver-se-ia todos no Estado da Natureza, em que os munícipies, de uma única vez, poderiam querer exercer seus direitos individuais e findar em uma balbúrdia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inclusive, ainda no seio da evolução do Constitucionalismo, quando Montesquieu, em seu *O Espírito das Leis*, usou a expressão "freios e contrapesos" (BRANCO;MENDES, 2015), defendendo a fiscalização de um Poder estatal sobre o outro, fê-lo com o escopo de preservar a proporcionalidade das ações e de evitar excessos, de modo a manter a estabilidade da vida comunitária.

Nas palavras de Walter Claudius Rothenburg,

> A preocupação autocentrada da Constituição com sua estabilidade tem base na experiência: crises graves serviam e servem de pretexto para o rompimento da ordem constitucional, o abandono da Constituição, a instalação da ditadura e do arbítrio. É preciso, contudo, saber reconhecer quando uma ordem constitucional legítima está em perigo e requerer a decretação de medidas drásticas de salvação, diferentemente de quando uma ordem constitucional não é – ou não é mais legítima e requer-se a manifestação autêntica do poder constituinte para o estabelecimento de uma nova Constituição. Nesta hipótese, que também é de quebra (abandono) definitiva da ordem constitucional vigente, a utilização espúria de medidas como o estado de defesa ou de sitio representa um obstáculo reacionário indevido à manifestação legítima do poder constituinte. Em menor escala, o recurso a estados de exceção não deve servir de pretexto para ameaçar ou tolher o direito de crítica e de oposição, imprescindível a uma democracia, em que as divergências devem ser livres e protegidas. Feita a advertência, supõe-se que a disciplina constitucional das situações de crise grave garanta a vigência de uma ordem constitucional legítima. (ROTHENBURG, 2013, p. 1563).

Em outra vertente, nos dias hodiernos, a doutrina, quase de forma unânime, filia-se a Canotilho, em sua ideia de *Constituição aberta*, a partir da qual a Constituição deve prever seus valores e fins sociais mais significativos e seus programas que denotem a conformação constitucional, sem o indesejável "perfeccionismo constitucional (a Constituição como estatuto detalhado e sem aberturas)", e ao seu pensamento de Constituição-quadro, abrindo espaço para a discricionariedade do legislador, a partir das diretrizes constitucionais. Em soma, os estudiosos, inclusive o português, acenam positivamente à ainda mais evoluída *Constituição dúctil,* de Gustavo Zagrebescky, também chamada de *Constituição maleável*, consoante o qual a Constituição disporia os pontos

principais para uma vida em comunidade, não lhe cabendo mais delinear um projeto predeterminado de convivência (CANOTILHO, 2003). Para os estudiosos, vendo assim o texto constitucional, permite-se que ele tenha eficácia social, força normativa, e acompanhe a sociedade em seus mais distintos momentos históricos, impedindo que sua força de conformação se perca, burlando que finde em uma "mera folha de papel", expressão de Lassale.

Assentando a visão sobreposta, Roberto Barroso define a ciência do Direito Constitucional usando os seguintes vocábulos:

> Trata-se do conjunto sistemático de conhecimentos teóricos e históricos – conceitos e categorias doutrinárias – que permitem a reflexão acerca da disciplina do poder no âmbito do Estado, sua organização, limites e finalidades, assim como da definição dos direitos fundamentais das pessoas sujeitas à sua incidência. Também se insere no seu campo de estudos a discussão sobre a realização de determinados fins públicos que são retirados da discricionariedade política e transformados em obrigações vinculadas do Poder Público (BARROSO, 2018, p. 46).

Então, com o fito de aclarar a leitura, afirma-se que o "Direito de Síncope", outra nomenclatura para o momento em exame, possui o dever de observância estrita à Constituição Federal, como delineado por Bernardo Gonçalves, ou à legalidade, ou mesmo à taxatividade, conforme disposto por Flávio Martins, visto que possibilita a restrição de alguns direitos ou garantias, permanecendo-se assegurado, no mais alto grau possível, os direitos e garantias fundamentais, a organização do Estado e a limitação de poder dos governantes, evitando que os gestores se utilizem das circunstâncias para praticarem abusos ou voltarem-se à consecução de seus interesses particulares. Se o Estado ordinário já deve obediência aos seus preceitos, ainda mais o Estado excepcional, em que a interpretação é restritiva e voltada ao não agravamento da crise. Todavia, isso não significa que as hipóteses em que se verifica estar o país inserto no Sistema Constitucional de Crises esgota-se na decretação do Estado de Defesa, do Estado de Sítio ou da Intervenção Federal ou Estadual. O que confirma a situação extraordinária é a sua compatibilidade com os fundamentos e disposições expostos na Carta Magna acerca do Direito Constitucional de exceção.

Na *live* supracitada, no canal do Youtube, de domínio do Instituto Brasiliense de Direito Público, no âmbito do Grupo *Perspectivas Constitucionais e Jurisdição* Constitucional , cujo coordenador é o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, o Professor português Jorge Bacelar Gouveia fez um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

comparativo entre os instrumentos explícitos do Sistema Constitucional de Crises, listados pelas Constituições Portuguesa e Brasileira, asseverando que, em Portugal, há uma maior suspensão de direitos. De acordo com o estrangeiro, em sua República, o Estado excepcional é consubstanciado por meio do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, tendo a pandemia COVID-19 gerado a inserção do país neste (GOUVEIA, 2020).

Por lá, o Estado de Emergência estaria mais relacionado a crises econômicas ou sociais e, pela COVID-19 configurar uma anomalia sistemática de ordem sanitária, melhor se enquadra nessa espécie do que no Estado de Sítio, para o qual se reserva motivações políticas ou militares. Em ambos os casos, a duração é de quinze dias, sendo decisões discricionárias e subsidiárias, isto é, somente tomadas na ausência de outra maneira de solução. Em Portugal, elas acarretam na suspensão de direitos fundamentais e no reforço dos Poderes do Governo, que se sobressai, nesse interstício, em relação aos demais. Ainda, lá, há um outro regime, inserto na questão das crises, mas não com previsão constitucional, e sim legal (GOUVEIA, 2020).

Quanto ao Brasil, o expoente apresentou quatro situações que desaguam no Direito de exceção, quais sejam: a) Estado de Guerra, que não seria diretamente regulado; b) Intervenção federal, de natureza econômica ou de manutenção da ordem e da supremacia da ordem federal sobre as demais; c) Estado de Defesa e Estado de Sítio, assemelhando-se o primeiro ao Estado de Emergência Português e o segundo, ao Estado de Sítio de seu país (GOUVEIA, 2020).

3.2. O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES E O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA DECLARADO EM VIRTUDE DA COVID-19

A sobrevivência das Constituições, nas sociedades modernas, pluralistas, requer que a Carta Maior do Estado abra um espaço para a completude pelo legislador ordinário, indicando os textos constitucionais os valores, as ideias e os fins imprescindíveis a que se deve submeter a comunidade ao longo dos anos. Assim se manifesta André Ramos Tavares: "O sistema constitucional, contudo, é aberto, encontrando-se em constante evolução, tendo em vista o contato com a realidade social, o que ocorre especialmente pela concepção cultural e concretista do Direito Constitucional" (TAVARES, 2020, p. 283). E Paulo Gonet:

> (...) Não é correto supor que as normas constitucionais determinam integralmente todo o conteúdo possível das normas infraconstitucionais. Elas regulam apenas em parte a deliberação legislativa que lhes confere desenvolvimento. O legislador, no entanto, na tarefa de concretizar o que está

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> disposto na norma constitucional, não perde a liberdade de conformação, a autonomia de determinação. Mas essa liberdade não é plena, não pode prescindir dos limites decorrentes das normas constitucionais. (BRANCO; MENDES, 2015, p. 66).

Reitere-se, como outrora, que está a se aguçar a possibilidade de que existam outras situações, trazidas por lei, que possam ser tidas como configuradoras do Estado Constitucional de Crises, como ocorre em Portugal, conforme afirmado por Jorge Bacelar Gouveia. Desse modo, em consonância com o acima mencionado, o que atesta a situação extraordinária é a verificação de que seja compatível com os fundamentos e determinações da Lei Maior no que toca ao Direito de exceção. Por isso, atesta-se que o princípio da unidade é um dos vetores hermenêuticos. Sobre o assunto, Paulo Gonet: "o primeiro desses princípios, o da unidade da Constituição, postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra" (BRANCO;MENDES, 2015, p. 94), e Eros Grau: "não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços" (GRAU, 2003, p. 88). Em adição, o pensamento de Peter Håberle: "Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade" (HÅBERLE, 2002, p. 13).

O Estado de Calamidade Pública, em virtude da pandemia mundial COVID-19, foi decretado, no Brasil, com fundamento no artigo 65, da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> *Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:*
>
> *I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23 , 31 e 70;*
>
> *II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.*
>
> *Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput no caso de estado de defesa ou de sítio, decretado na forma da Constituição.*

De acordo com Marcelo Roubicek:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O termo calamidade pública costuma ser associado também à expressão estado de emergência. Ambas estão relacionadas, mas não significam exatamente a mesma coisa em termos legais. O estado de emergência ocorre quando há entendimento de que danos à saúde e aos serviços públicos são iminentes – ou seja, quando esses danos estão muito próximos de se concretizar. A calamidade pública é justamente o passo seguinte à emergência: ocorre quando a situação de prejuízo já estiver instalada. (ROUBICEK, 2020).

Referindo-se detalhadamente à pandemia em exame, Leonardo Carneiro da Cunha assim dispôs:

> A pandemia do Covid-19 é, enfim, um fato jurídico processual em sentido estrito, pois é um acontecimento da natureza que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo. O reconhecimento oficial de um estado de calamidade pública configura um motivo de força maior. O evento de força maior caracteriza-se como *justa causa,* a justificar a fixação de um novo prazo pelo juiz para a prática do ato (CPC, art. 223, § 2º), sendo motivo para interromper o prazo recursal (CPC, art. 1.004), podendo ainda acarretar sua prorrogação por período superior a dois meses (CPC, art. 222, § 2º). (DA CUNHA, 2020).

O decreto nº 7.257/2010, editado pelo Executivo Federal, assentou o conceito de calamidade pública, em seu artigo 2º, IV: "*situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido*".

Segundo o ato normativo referido, o reconhecimento da calamidade pública se dará mediante requerimento, ao Ministério da Integração Nacional, do Executivo Estadual, Distrital ou Municipal relacionado à área afetada, cabendo àquele efetivar o que se pleiteou, se entender cabível.

Vê-se, então, que, por esse decreto, a calamidade pública limitar-se-ia a ser declarada em âmbito local. Todavia, com a chegada da COVID-19 ao Brasil, consubstanciada em uma crise sanitária mundial, a exigir providências drásticas e efetivas pelos gestores, sobretudo pelo Poder Executivo Federal – a gerenciar a política de enfrentamento -, o reconhecimento da calamidade pública, em todo o território nacional, foi medida necessária e imposta.

Em instantes de anormalidade social, o texto constitucional previu, explicitamente, para a extensão nacional, a decretação do Estado de Defesa (art. 136, da CF), ou do Estado de Sítio (art. 137 e seguintes, da CF), entretanto a COVID-19 não se enquadra nas hipóteses taxativamente normatizadas para os respectivos instrumentos – o Estado de Defesa exige que o problema se restrinja a locais restritos e determinados, e o Estado de Sítio é a última medida a ser tomada, na demonstração de ineficácia de todas as demais -. André Ramos Tavares quanto ao Estado de Defesa: "só se admite o estado de defesa quando a instabilidade ou calamidade puderem ser individualizadas em locais restritos e determinados" (TAVARES, 2020, p. 1.173).

Assim, verificou-se a pertinência do momento com o disposto no artigo 65, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que abarca a calamidade pública oposta no campo de todo o território brasileiro, em soma à previsão do artigo 21, XVIII, do Texto Maior, que aduz caber à União o planejamento e a promoção da defesa permanente das calamidades públicas.

A inserção da calamidade pública no Direito da Legalidade Excepcional é inegável, ratificada pela Constituição da República do Brasil em diversas de suas passagens: o seu artigo 148 elucida poder a União instituir empréstimos compulsórios, através de lei complementar, para atender despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, ao passo que seu artigo 167, §3º, ao tratar de crédito extraordinário, menciona "calamidade pública" como um de seus fundamentos.

Dessa forma, a pandemia planetária denominada COVID-19 acarretou a inserção, do país brasileiro, no Sistema Constitucional de Crises.

4. A DEMOCRACIA, A REPÚBLICA E A LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assim como outrora mencionado no presente estudo, cabe dizer que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito (artigo 1, *caput*, da CF), tendo, segundo o seu preâmbulo, a Assembleia Nacional Constituinte se reunido para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar inúmeros direitos dispostos no texto da Carta de 1988, principalmente aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana, ao pluralismo político, à liberdade, à igualdade, aos direitos sociais, à justiça, entre outros.

Democracia, de acordo com o endereço eletrônico da enciclopédia livre Wikipédia, é

> um regime político em que todos os cidadãos elegíveis participam igualmente — diretamente ou através de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> representantes eleitos — na proposta, no desenvolvimento e na criação de leis, exercendo o poder da governação através do sufrágio universal. Ela abrange as condições sociais, econômicas e culturais que permitem o exercício livre e igual da autodeterminação política. (...) O sistema democrático contrasta com outras formas de governo em que o poder é detido por uma pessoa — como em uma monarquia absoluta — ou em que o poder é mantido por um pequeno número de indivíduos — como em uma oligarquia (WIKIPÉDIA, 2020).

Já nas palavras do Dicio, dicionário online de português:

> a) Governo em que o poder é exercido pelo povo; b) sistema governamental em que os dirigentes são escolhidos através de eleições populares; c) Regime que se baseia na ideia de liberdade e soberania popular, em que não existem desigualdades e/ou privilégios de classes: a democracia, em oposição à ditadura, permite que os cidadãos se expressem livremente (DEMOCRACIA, 2020).

A Lei Maior brasileira explana pertencer ao povo o poder, acolhendo o espírito democrata, no parágrafo único de seu artigo inaugural, aduzindo sê-lo exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, em seus termos. A eleição de representantes consubstancia que o país brasileiro adotou a República como forma de governo.

Giovani Sartoni materializa seu pensamento acerca da democracia: "democracia é, acima de tudo, um critério de legitimidade (...). Nenhum democrata rejeita que o poder apenas é legítimo quando tem origem no povo e assenta no seu consenso" (SARTORI, 2018), e Robert Dahl cita as vantagens de se viver sob seu regime, destacando a participação efetiva – lembre-se que a cidadania é um dos fundamentos da Constituição de 1988 -, a aquisição do entendimento esclarecido e o exercício do controle definitivo do que se planeja (DAHL, 2001). Em sua obra, este faz alusão, ainda, às características da democracia moderna:

> Funcionários eleitos. O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos. Eleições livres, justas e frequentes. Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente

> incomum. Liberdade de expressão. Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, governo, o regime (...) (DAHL, 2001, p. 99-100).

Amartya Sen afirma, sobre o tema, "Não é difícil pensar que concentrar-se na democracia e na liberdade política é um luxo (...)" (SEN, 2005, p. 174).

Em outra vertente, Estado de Direito, etimologicamente, é o governo das leis; remonta à ideia de um governo baseado no que as leis direcionam, ocupando a Constituição o pico da pirâmide hierárquica das legislações, naquilo que Kelsen chamou de "concepção jurídica da Constituição".

Assim, o Estado Democrático de Direito proclamado pelo texto brasileiro significa que o poder, em nossa Nação, pertence ao povo, que o executa de maneira direta – através de plebiscitos, referendos ou por proposituras legislativas - , ou indiretamente, utilizando-se de seus representantes (por isso a expressão "República brasileira"), todavia estes não agem de acordo com o seu interesse particular, e sim conforme o que almeja cada um dos que compõem o povo do país.

Dentro da ideia de poder, inclui-se a legitimidade para a feitura de atos normativos de cumprimento obrigatório por todos e, porque os eleitos a realiza em nome do povo, sua legitimidade é reconhecida, e a obrigatoriedade, imposta. O limite a eles demandado é justamente a consonância com os objetivos para os quais foram designados.

Nessa esteira, as palavras de Mário Lúcio Quintão Soares:

> O Estado Democrático de Direito, enquanto comunidade do povo, consiste em uma comunidade de valores ou igualdade ideal política. O povo só pode ser representado quando o princípio da representação, como forma de dominação, vincula-se aos valores desta comunidade política ideal. (SOARES, 2004, p. 273).

Aclarando a temática, Ingo Sarlet considera a acepção acima aludida não unicamente no sentido formal, mas também em junção ao aspecto de um Estado material de Direito,

> (...) no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização de poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> simultaneamente, como metas, parâmetros e limites da atividade estatal, certos valores, direitos liberdades fundamentais, chega-se à noção – umbilicalmente ligada à ideia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado (SARLET, 2006, p. 70).

Diverso não é o entendimento de Patrícia Jeronimo: "As normas jurídicas, antes mesmo de assumirem a sua função ordenadora da existência humana em sociedade, são expressão dos valores que presidem a essa existência, dependem dele" (JERONIMO, 2001).

Luís Roberto Barroso deixa às claras seu entendimento sobre Constitucionalismo e Estado Constitucional, em ligação com o exposado:

> Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito) (...) Em um Estado Constitucional, existem três ordens de limitação de poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que hão de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente. Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que conjuga regras tanto de caráter procedimental como de natureza substantiva (...) (BARROSO, 2018, p. 25).

A respeito do que é complementado por Ingo Sarlet:

> Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização de poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p. 69-70).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Especificamente quanto à Constituição brasileira atual, a lição de Daniel Sarmento,

> Além dos direitos fundamentais, o outro "coração" da Constituição de 88 é a democracia. Dentre outras medidas, ela consagrou o sufrágio direto, secreto, universal e periódico para todos os cargos eletivos – elevado, inclusive, à qualidade de cláusula pétrea -; concedeu o direito de voto ao analfabeto; erigiu, às bases pluralistas e liberais, o sistema partidário; e consagrou instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito, o referido e a iniciativa popular de leis (SARMENTO, 2012, p. 129).

Que continua:

> Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2012, p. 126).

Ainda quanto à Carta Maior vigente, Sahid Maluf também menciona a enfatização dos direitos individuais e a criação de novos mecanismos de proteção e garantia em relação aos direitos individuais e coletivos (MALUF, 2015).

De acordo com Ingo Sarlet, a Constituição positiva determina os princípios e direitos fundamentais no objetivo de expressar os valores que são de consenso mútuo na comunidade (SARLET, 2006), ao passo que Canotilho defende que essa positivação promove a "reserva da justiça", a ser resguardada pela ordem constitucional (CANOTILHO, 2003).

Ainda importante transcrever os vocábulos utilizados por Ingo Sarlet, na exposição da matéria:

> Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico) integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância

> propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que, num Estado Constitucional democrático, se tornam necessárias certas vinculações de cunho material (...) (SARLET, 2006, p. 72).

Correlacionando Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais, o ensinamento de Lenio Streck:

> A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou uma forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pelas necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para a mudança do *status quo* da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico. (STRECK, 2003, p. 171).

Que finaliza:

> O paradigma do Estado Democrático de Direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o Direito assume. Da ideia de Direito como ordenação e até mesmo de promoção, exsurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade formal. Isto demandou um novo tipo de concepção acerca da jurisdição constitucional. Trata-se da instituição de tribunais aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais. (STRECK, 2003, p. 170).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vê-se, desse modo, que os direitos fundamentais constituem um dos elementos primordiais da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo os valores imprescindíveis, consensualmente entendidos, como de necessário respeito.

Sobre a origem dos direitos fundamentais, Mário Lúcio Quintão Soares:

> O termo *droits fundamentaux* foi cunhado na França, por volta de 1770, no movimento político e cultural que culminou com a Revolução Francesa e sua respectiva *Déclaration.* Na Alemanha, logo após, a expressão alcançou especial relevo na doutrina, e sob a designação de *Grundrecht* , articular-se-ia como sistema de relação entre indivíduos e Estado, enquanto fundamento da ordem jurídico-positiva. (SOARES, 2004, p. 90).

Eles não se esgotam no título II, da Carta Magna, o qual se inicia com o artigo 5º; sua previsão se acosta em diversos outros dispositivos constitucionais, bem como são extraídos, conforme demasiadamente explanado no presente estudo, do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou pelos tratados internacionais a que faz parte o país brasileiro, o que é ratificado pelo parágrafo segundo de seu artigo 5º.

Alguns dos direitos fundamentais aclarados pelo texto constitucional foram a saúde (detalhadamente no artigo 196 e seguintes, da CF), a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a propriedade privada, a redução das desigualdades regionais e sociais; esta última também é um objetivo fundamental da República pátria, conforme o inciso III do artigo 3º, e o trabalho é, em soma, encartado junto com outras garantias relacionadas, no artigo 5º, da Lei Maior. A erradicação da pobreza se constitui, por outro lado, também em um objetivo fundamental do Estado brasileiro.

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Brasil, conforme disposição constitucional, entretanto cabe dizer que os constitucionalistas atribuem à mesma um valor maior, justificando que ela abarca o mínimo existencial para um ser humano viver com dignidade. Dessa maneira, ela se revela em fundamento primeiro da Constituição e, com o fenômeno da Constitucionalização do Direito – todos os ramos a observar os valores constitucionais, de forma primeva -, ela assume ainda mais vazão; por exemplo, hoje, no Direito Civil, fala-se em "Teoria do Patrimônio Mínimo", a partir da qual tem que ser assegurado ao homem, ao menos, um patrimônio suficiente, para que ele viva com dignidade.

É tanto que, no estudo da evolução do Constitucionalismo, em que se menciona a ideia de uma Constitucionalismo Globalizado ou Global, uma de suas premissas é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vetar a limitação da dignidade da pessoa humana por parte de qualquer movimento constitucional.

Os direitos fundamentais são, indubitavelmente, limites ao atuar estatal (*status negativo* de Jellinek), todavia possuem como uma de suas características a relatividade, no sentido de que são garantidos dentro dos parâmetros balizados pela Constituição. Nessa esteira, Alexandre de Moraes:

> Os direitos e garantias fundamentais consagradas pela Constituição, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito do alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2018, p. 70 e 71).

No que toca à restrição dos direitos constitucionais, André Ramos Tavares aduz que diversos dispositivos constitucionais a preveem – e por isso ela pode ocorrer-, dentre os quais os que aludem às restrições vinculadas aos Estados de Exceção. Para o autor, "nessas situações, é prevista expressamente a possibilidade de restrição de direitos fundamentais" (TAVARES, 2020, p. 482).

Isso se justifica porque, em outra ponta, encontra-se outro vetor tão eminente quanto o restringido e, naquele caso concreto, merece se sobressair e receber proteção. O limite da interferência e afastamento momentâneo se acopla na "teoria dos limites dos limites", em que se impossibilita a ofensa ao núcleo essencial do que se propõe a restringir.

Pelo exposto, diga-se que a limitação de direitos fundamentais tem fonte constitucional, visto que revelada pelo próprio texto da Constituição, explícita ou implicitamente, e, em muitas ocasiões, regulada por lei.

A Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a Carta Magna vigente no país, pode opor restrições a esses elementos primeiros da ordem inaugurada, pois ela se formou mediante a vontade popular, mesmo motivo por que as leis que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

delineiam eventuais limitações são cogentes, afinal editadas pelos representantes do povo, verdadeiros titulares do poder.

5. O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES, A COVID-19 E A AUTOLIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS BRASILEIROS

A Organização Mundial da Saúde declarou a COVID-19, doença proveniente do Coronavírus (Sars-COV-2), "emergência de saúde pública de interesse internacional", em virtude de seu célebre contágio e ineficiência inicial de autoridades em relação ao seu controle. Posteriormente, no Estado Brasileiro, restou reconhecido o Estado de Calamidade Pública. Assim, o país se viu inserto no Direito da Legalidade Extraordinária.

Com o escopo de minorar eventuais efeitos dela decorrentes, a União editou lei prevendo uma série de medidas, dentre as quais o isolamento, a quarentena, a determinação de realização compulsória de exames, a limitação da locomoção interestadual e intermunicipal, entre outras. Instado a se manifestar acerca do papel dos governos estaduais e municipais durante a crise e quanto à obediência a determinações e atos normativos federais, inclusive porque alguns deles editaram normas em seus âmbitos – veiculando, por exemplo, o fechamento do comércio e de praças ou locais públicos -, o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Marco Aurélio, assentou ser a matéria de competência concorrente (do que se extrai também comum no quesito competência material), em atenção ao que preconiza os artigos 24, XII, 23, II e 30, VII, todos da Carta Maior. O Plenário do STF, ao referendar a medida cautelar outrora concedida pelo relator, assentou que a proteção da saúde cabe a todos os entes federativos.

Na vigência do Sistema Constitucional de Crises, os governantes se viram na necessidade de realizarem um juízo de ponderação entre o direito fundamental à saúde em detrimento de uma série de outros, a saber: liberdade de locomoção, propriedade privada, busca do pleno emprego, livre iniciativa, desencadeando conflitos de opiniões entre os brasileiros sobre a efetividade e o acerto de tais providências. Muitos, até, afirmaram que o fechamento do comércio – determinado por alguns gestores locais – seria medida desarrazoada e geradora de crise dificilmente recuperável para o país, a acarretar pobreza violenta, marginalização e mortes por fome; bem como que a proibição de que os munícipies frequentassem praias e praças levaria a um colapso da saúde mental, afinal as pessoas já permaneciam, por longos dias, em suas residências.

Fazendo um corte epistemológico preciso no tema, afirme-se que, aos governantes, é assistido o direito de restringir direitos fundamentais dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

administrados, respeitados os comandos e valores constitucionais, em atenção à viga conhecida como supremacia do interesse público sobre o privado, uma das "pedras de toque", segundo Celso Antônio Bandeira de Mello. O Sistema Constitucional de Crises, em que inserido o país, regido por vetores como excepcionalidade e temporalidade, permite que ocorra, vez que fundamento para a supremacia do interesse coletivo.

Como outrora exposto, o gestor deve se lembrar, porém, que age buscando interesse público, inexistindo espaço para o que entende melhor para si, ou até para o Estado como pessoa jurídica, e não para o Estado como representante da coletividade.

Nesse sentido, o entendimento de Mário Lúcio Quintão Soares:

> A representação democrática está vinculada, pois, ao conceito de função, que se expressa no juramento e no *ethos* democrático dos funcionários públicos, o qual contém três tipos de controle: o cumprimento da lei, a preservação do interesse público e a decisão imparcial e justa. (SOARES, 2004, p. 180).

Sobre a representação, Canotilho nos faz compreender: segundo o autor, é preciso que se distinga a representação democrática formal da material, devendo as duas se instrumentalizarem de maneira conjunta. A autorização e a legitimidade para representar (delegação de vontade) denota a representação democrática formal, ao passo que a representação democrática material se materializa pela força dessa legitimidade, que se consubstancia somente diante da justeza do conteúdo dos atos dos representantes (CANOTILHO, 2003).

No interstício em que o Direito de Exceção encontrava-se em vigor, legislação foi editada com o fito de explanar nova hipótese de dispensa de licitação – esta, instrumento de garantia da impessoalidade, da moralidade e da eficiência -, assim como a medida provisória nacional, MP nº 966/2020, dispondo que a responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos somente se daria mediante ações ou omissões perpetradas com dolo ou culpa grave, ambas relacionadas, direta – ou mesmo – indiretamente, ao objeto do desencadeamento do direito excepcional. Na mesma linha, o artigo 2º, do referido ato, previu: "considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diga-se que o Sistema Constitucional de Crises se consolida como direito restrito, motivo por que sua interpretação deve se dar de maneira, ainda mais, enfática e em proximidade aos valores e elementos mostrados pelo constituinte originário. Dessa forma, princípios como o da publicidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, paradigmas substanciais do Estado pátrio, precisam ser observados pelos gestores, inclusive na vigência do Estado Constitucional de Crises, cabendo aos órgãos fiscalizatórios, nos que se inclui os demais Poderes estatais, estarem atentos ao cumprimento das finalidades constitucionais pelos agentes, visto que atos normativos editados só são válidos se compatíveis com a substância da Carta Magna e, em adição, são inapropriados para servirem como meio de afastar responsabilizações, afinal leis ou qualquer outra espécie normativa se legitima quando imposta em razão do interesse público (primário).

Prova disso é a previsão do artigo 141, da Lei da República, que traz a prestação de contas ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República quanto a providências tomadas na vigência dos Estados de Exceção constitucionais, e eventual responsabilização, a ser imputada aos executores e agentes de medidas restritivas, por seus atos inconstitucionais, ilegais e/ou em excesso.

Nessa linha, interessantes as palavras de Márcio André Lopes Cavalcante:

> O estado democrático garante também o direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. Assim, o exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais a serem observados pelas autoridades políticas. Esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, que serão controladas pelos demais Poderes e pela sociedade (CAVALCANTE, 2020, p.8).

Acerca do tema, Peter Håberle: "a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática" (HÅBERLE, 2002, p. 14).

Aduzindo acerca do espírito da Constituição Federal de 1988, Márcio Lúcio Quintão Soares:

> A força normativa da Carta de 1988 contrapõe-se às arbitrariedades cometidas pelos eventuais detentores do poder, principalmente graças às execráveis medidas provisórias e emendas à Constituição, exigindo-se, portanto, um Judiciário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> independente e imparcial para resguardar o primado da Constituição em relação aos atos estatais e o legislador. (SOARES, 2004, p. 179-180).

Em ratificação ao pensamento exposado, a Constituição de 1988 trouxe mecanismos, a fim de que o guardião da Constituição – o Supremo Tribunal Federal – fosse provocado, para verificar a compatibilidade de atos normativos com o texto democrático de 1988. Valendo-se disso, legitimados impetraram ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo, alegando a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 966/2020 (ADIs nºº 6421,6422,6424,6425,6427,6428 e 6431).

Analisando-a, o STF concedeu, por maioria de votos, medida cautelar parcial, no sentido de que os atos dos agentes políticos, relacionados à pandemia da COVID-19, obrigatoriamente devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias, especialmente da Organização Mundial da Saúde. Para a Corte Máxima, "agentes políticos deverão observar o princípio da autocontenção em caso de dúvida sobre a eficácia ou o benefício das medidas a serem implementadas", determinando que "a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos" (STF - Plenário, 21.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

O relator, Ministro Roberto Barroso, assentou a necessidade de interpretá-la conforme a Constituição, perfilhando o erro grosseiro como o ato administrativo capaz de provocar ofensa ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, em virtude de eventual inobservância de normas e critérios científicos e técnicos. Em outra vertente, o Ministro Fux enfatizou que a crise exige celeridade no atuar do gestor que, valendo-se da medida provisória, sente-se mais seguro para atuar, mas asseverou que isso não pode significar uma carta de alforria para atos irresponsáveis de agentes públicos; em suas palavras, "o erro grosseiro, previsto na norma é o negacionismo científico. O agente público que atua no escuro o faz com risco de assumir severos resultados". Gilmar Mendes afirmou também que as balizas de atuação, nesse período, não se afastam do regime de responsabilidade civil e administrativa constitucionalmente em vigor em circunstâncias de normalidade.

No julgamento, Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia ficaram vencidos no ponto em que entenderam pelo não alcance da norma para os atos de improbidade administrativa e para os objetos de fiscalização dos Tribunais de Contas, o que foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

defendido por doutrinadores como Landolfo Andrade, porém a maioria do Plenário decidiu de maneira contrária.

Alguns juristas, como Landolfo Andrade (ANDRADE, 2020), em rede social, ainda mencionaram, talvez por coadunarem com o entendimento exposto no parágrafo antecedente, que a medida provisória seria desnecessária, visto prever semelhante disposição perfilhada pelo artigo 28, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, entretanto, com o *decisium* do Tribunal Constitucional, afasta-se tal interpretação, pois, embora gramaticalmente e, por isso, por uma interpretação literal, o dispositivo afirme "o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro", a incidência deste não acarreta o afastamento da norma que retrata a responsabilização por improbidade administrativa nem por decisão do Tribunal de Contas, em sua ação fiscalizatória, ambos de natureza constitucional. O fundamento a possibilitar a diferenciação consiste em ser a medida provisória um ato normativo editado na vigência do Estado Constitucional de Crises, de substratos temporários e excepcionais, precisos para um atuar mais célere e seguro do gestor; enquanto a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro remonta a períodos de normalidade.

Por fim, cabe transcrever os vocábulos de Georges Abboud:

> A crença fácil e excessiva na ideia de que momentos de crise exigem, *necessariamente*, leis novas e mais rigorosas estabelece um mau precedente: o de que a constituição não dá soluções às crises. A história, "mãe da verdade, depositária das ações, testemunha do passado e anúncio do presente" nos ensina o oposto: as constituições modernas nasceram das crises e são as filhas redentoras dos tempos imemoriais da barbárie (...) As Constituições são os remédios para as crises, e não há civilização fora da constitucionalidade (ABBOUD, 2020).

Estabelecidas, então, a bússola na autolimitação dos direitos fundamentais dos brasileiros, no interstício de vigência da COVID-19, em nosso país democraticamente legal.

6. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito assentado na República Federativa do Brasil, aos gestores públicos, assiste-se o direito de restringir direitos fundamentais da população, vez que ela mesma o faz, pois os agentes públicos, em verdade, a representam, em decorrência de eleições justas e periódicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A limitação ao garantido pela Lei Magna exige uma interpretação conforme à Constituição, sistemática, axiológica, unitária e, sobretudo, harmônica, inclusive no que toca eventuais atos normativos que, porventura, objetivem diminuir responsabilizações por atos excessivos ou burlar o controle social ou a consolidação do mecanismo dos freios e contrapesos, explícita e implicitamente adotado pelo constituinte originário, a fim de não descaracterizar o sistema organizatório-funcional delineado.

Dessa forma, finde-se o estudo ressaltando a legalidade na restrição temporária de direitos fundamentais, em decorrência da preocupante situação imposta aos Estados, no que o Brasil está incluído, pela COVID-19, desde que atendido o que democraticamente assentado no mais evoluído texto constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, George. *Como decidir em tempos de crise?.* Disponível em https://estadodaarte.estadao.com.br/como-decidir-tempos-crise/ , visualizado em 22 de maio de 2020.

ARISTÓTELES. *A Política*. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. In: CANOTILHO, J.J. et. al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL, Lei nº 13.979, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm, acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL, Medida Provisória nº 926, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm#:~:text=MPV%20926&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.979,que%20lhe%20confere%20o%20art., acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL, Decreto Legislativo nº 06, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm

acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL, Mensagem Presidencial nº 93, de 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1867390&filename=MSC+93/2020, acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 106, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm , acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL, Decreto nº 7.257, de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm, acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL, Lei Complementar nº 101, de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm, acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6341 MC/DF. 25 de março de 2020. 16 de abril de 2020. 22 de abril de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765, acesso em 18 de maio de 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Informativo Comentado 973-STF.* Encontrado em: https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/05/info-973-stf.pdf , visualizado em 29 de maio de 2020.

CHADE, Jamil. *OMS classifica coronavírus como pandemia e cobra ação de governos.* Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/03/11/proliferacao-de-coronavirus-leva-oms-a-declarar-pandemia.htm , acesso em 16 de maio de 2020.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Covid-19: Quais os reflexos do estado de calamidade pública para o processo? Encontrado em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-quais-reflexos-estado-calamidade-publica-processo#sdfootnote1sym , acesso em 16 de maio de 2020.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia.* Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

EGGO, Rosalind. IN *O que é pandemia e o que muda com a declaração da OMS sobre o novo coronavírus.* Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-51363153, acesso em 23 de maio de 2020.

GHEBREYESUS, Tedros. IN O Globo. *OMS prorroga declaração de pandemia global, enquanto críticas de Trump aumentam.* Disponível em: https://oglobo.globo.com/mundo/oms-prorroga-declaracao-de-pandemia-global-enquanto-criticas-de-trump-aumentam-1-24406139 , acesso em 16 de maio de 2020.

GHEBREYESUS, Tedros. IN *O que é pandemia e o que muda com a declaração da OMS sobre o novo coronavírus.* Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-51363153, acesso em 23 de maio de 2020.

GHEBREYESUS, Tedros. IN MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. *OMS declara pandemia de coronavírus*. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml, acesso em 16 de maio de 2020.

GIRARDI, Giovana. *OMS declara pandemia do novo coronavírus: mais de 118 mil casos foram registrados.* Disponível em: https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-declara-pandemia-de-novo-coronavirus-mais-de-118-mil-casos-foram-registrados,70003228725 , acesso em 16 de maio de 2020.

GONÇALVES, Bernardo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodvium, 2019.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. IN MENDES, Gilmar (Coord.) *Constitucionalismo Democrático e Estado de Exceção / Perspectivas Constitucionais e Jurisdição Constitucional.* Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=DI69Dy2hzvw, acesso em 28 de abril de 2020.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* São Paulo: Malheiros, 2003.

HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional.* A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JERONIMO, Patrícia. *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

LANDOLFO, Andrade. Encontrado em https://www.instagram.com/p/CAKq4VqjnI5/, visualizado em 15 de maio de 2020.

MALUF, SAHID. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MANDETTA, Luiz Henrique. IN CERIONI, Clara. *Nada muda no Brasil com definição de pandemia do coronavírus.* Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/mandetta-diz-nada-muda-no-brasil-com-a-declaracao-de-pandemia-do-coronavirus/ , acesso em 15 de maio de 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

O QUE SIGNIFICA UMA 'EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA INTERNACIONAL'DA OMS. IN Veja. Disponível em: https://veja.abril.com.br/saude/o-que-significa-uma-emergencia-de-saude-publica-internacional-da-oms/ , acesso em 16 de maio de 2020.

PADILHA, Alexandre. IN Huffpost Brasil. *Decretar coronavírus como pandemia pode ter impacto financeiro.* Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/coronavirus-pandemia_br_5e6138c3c5b691b525ef1861, acesso em 16 de maio de 2020.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PANDEMIA. In DICIO, Dicionário Online de Português 2020. Disponível em: https://www.dicio.com.br/pandemia/, acesso em 16 de maio de 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. In: CANOTILHO, J.J. et. al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2013.

ROUBICEK, Marcelo. Calamidade Pública: o que é e quais as implicações. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/18/Calamidade-

p%C3%BAblica-o-que-%C3%A9-e-quais-suas-implica%C3%A7%C3%B5es, acesso em 20 de maio de 2020.

RYAN, Michel. IN *O que é pandemia e o que muda com a declaração da OMS sobre o novo coronavírus.* Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-51363153, acesso em 23 de maio de 2020.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARTORI, Giovani. *Ensaios de Política Comparada.* Lisboa: Livros Horizonte, 2018.

SEN. Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado – Introdução.* 2ª ed. Belo Horizonte: Livraria del Rey Editora, 2004.

STRECK. Lenio Luiz. IN SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DA LEI 13.728 DE 31 DE OUTUBRO DE 2018

JEAN CARLO BOAVENTURA: Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo foi elaborado e criado por meio de pesquisas bibliográficas, relatórios, para demonstrar a aplicação do decreto 13.728 de 31 de Outubro de 2018, que alterou a contagem dos prazos dos Juizados Especiais Cíveis, criados pela lei 9.099 de 26 de Setembro de 1995, de dias corridos, para dias úteis, verificando a morosidade no processo que tramita nos Juizados, pela decorrência desta contagem e os prejuízos causados por esta mudança. Seguidamente será apresentada a problemática sob a inconstitucionalidade da lei 13.728 diante do princípio constitucional da celeridade processual instituído pela Constituição Federal de 1988, e na infringência do mesmo princípio encontrado na lei dos Juizados Especiais, e pôr fim a demonstras soluções coesas a praticas demonstradas como o retorno da contagem para dias corridos e na desburocratização do judiciário diante de ações que tramitam com procedimentos especiais que não enrijeçam ou os tornem inertes até a aplicação da tutela estatal e seu efetivo transitado em julgado.

Palavras-chave: Lei. 9.099; Principiologia; Processos Judiciais; Direito Processual Civil.

ABSTRACT: This article was prepared and created through bibliographic research, reports, to demonstrate the application of Decree 13,728 of October 31, 2018, which altered the count of the deadlines of the Special Civil Courts, created by Law 9,099 of September 26, 1995. , from calendar days to working days, checking the length of the process in court, due to this count and the damage caused by this change. Next, the problem will be presented under the unconstitutionality of Law 13,728 in view of the constitutional principle of procedural speed established by the Federal Constitution of 1988, and in violation of the same principle found in the Law of Special Courts, and finally to demonstrate cohesive solutions to practices demonstrated as the return of the counting for calendar days and the bureaucracy of the judiciary in the face of actions that deal with special procedures that do not stiffen or make them inert until the application of state protection and its effective final judgment.

Key words: Law 9,099; Principle; Court lawsuits; Civil Procedural Law.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

No dia 31 de outubro de 2018, o Presidente interino Michel Temer por meio da lei 13.728, alterou a contagem dos prazos processuais dos Juizados Especiais, de dias corridos para dias úteis, por meio da promulgação do Art. 12-A[2]. Tal medida prejudica os Juizados Especiais Cíveis, Criados do advento da lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Os Juizados, criados para julgas causas massivas, correlatadas, e que enchiam o Judiciário e que precisavam de um meio de serem sentenciadas de uma forma mais célere. Assim criado o procedimento especial, uma das medidas destinadas a este procedimento especial foi o Princípio da Celeridade Processual, que uma das suas peculiaridades foi a contagem dos prazos processuais em dias corridos.

O presente Trabalho tem por estudar as consequências da mudança causada pela lei 13.728 diante da contagem dos prazos nos juizados especiais cíveis, e se com a mudança do prazo infringe o princípio da celeridade processual instituído como um dos princípios basilares dos Juizados e bem como propor medidas para a mudança desta lei que fora promulgada.

2.LEI 9.099 DE 26 DE SETEMBRO DE 1995

O direito, uma vez que não é estático, sempre está seguindo os anseios da sociedade, estatuiu em 26 de setembro de 1995 criou os Juizados Especiais, que e estão divididos dentro das competências materiais, como os Jec's (Juizados Especiais Cíveis), os Jecrim's (Juizados Especiais Criminais), e também em âmbito estadual e federal.

Os Juizados Especiais cíveis, dotados de uma liturgia social "pequenas causas", integram o rol de procedimentos especiais do código de processo Civil adotado em nosso ordenamento jurídico.

> **Art. 3º.** O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

Para tanto, os Juizados, em sua criação, foram designados para desafogar um judiciário que estava congestionado de processos. Que cujo o objeto, partes e procedimentos a serem tomados, pudessem ser resolvidos com maior celeridade, com poucos procedimentos que retardassem a prolatação da sentença e a aplicação da Tutela Jurisdicional, e para principalmente, em ações que o valor é ínfimo, e que os Honorários do advogado para poder ingressar com a ação judicial, fossem maior que o próprio valor da causa.

Nesta seara. Luciano Alves Rossato, Saraiva (2016, pag. 21):

> "Desejou o constituinte que fosse implementada uma nova forma de solução das demandas, não ficando adstrito aos Juizados Informais de Conciliação antes existentes. Ao contrário, já levando em consideração o aumento das demandas, principalmente pela previsão de acesso à Justiça e do fato de ser o Judiciário o Poder competente para analisar a lesão ou ameaça de lesão a direito, apostou as suas fichas no fato de que as causas de menor complexidade não precisariam submeter-se ao procedimento cadenciado, mais demorado e complexo."

Criado com âmbito Federal, Estadual e Municipal, munidos pela carta magna em seu artigo 98:

> **"Art. 98.** A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
>
> I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;
>
> II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.
>
> **§ 1º** Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.
>
> **§ 2º** As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça."

E na criação da Lei Especial, ora em questão, versa seu Art. 1º:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Art. 1°: "Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência".

Por meio dos Juizados, viabiliza também, nas causas cujo valor da ação e de pequena quantia, a parte pode ingressar sozinha, indicando as partes, endereço e a juntada de provas, conforme disposto no art. 9 da lei 9.099/95.

> "**Art. 9º.** Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória."

Versa, também, que caso necessário, o Juiz poderá intimar as partes para que as mesmas solicitem ajuda de um advogado para dar a devida movimentação processual, ou por vontade das mesmas.

No entanto, muito se discutiu a despeito da assistência de advogados nas causas dos Juizados, pois, na Constituição Federal, a *"máxima legis"* versa em seu artigo 5º, inciso LXXIV[3], que nas causas processuais, é necessária a assistência judiciária, contudo, pelo ADI 1124, foi constatado a constitucionalidade da postulação em causa própria, até 20 salários mínimos, sema assistência de um Advogado, visto a complexidade da lide não ser concisa ou de necessidade de um especialista na área do Direito para interpor a medida cabível.

Uma vez que você tem um sistema que julga demandas de pequena complexidade, você precisa por meio da lei, estipular mecanismos sustentáveis e que deem o devido amparo, sendo assim o próprio art. 2º da lei dos Juizados estipula:

> "**Art. 2º** O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação."

Os critérios abordados no art. 2 do referido diploma são os princípios basilares dos Juizados Especiais, desta feita dão o liame entre a causa de pequena complexidade e o processamento da ação até a prolatação da sentença e seu encerramento, com o transitado em julgado.

Assim, dar a aplicação do direito, de maneira eficaz ao caso em concreto.

2.1 DOS PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme demonstrado no tópico anterior o legislador, na hora de criar os Juizados, estipulou princípios, para que estes dessem a finalidade certa ao processo, sendo assim o seu devido processo legal.

> "O bom funcionamento do Juizado depende, portanto, da harmonização dos princípios tradicionais do processo civil com os dele próprios: exige nova mentalidade, em que o informalismo deve-se sobrepor às formas tradicionais, para que se alcance resultado mais eficaz e célere. (Marcus Vinicius Rios Gonçalves, 2018, pag. 902)."

Sendo assim, estampado no art. 2, e demonstrado anteriormente, os Juizados são regidos pelos Princípios:

> **"Art.** 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação."

2.1.1 DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE

No processo de rito comum, e procedimentos conexos, há um formalismo a ser seguido na petição; devendo também estar tabulado todas as movimentações processuais, gravação da audiência, todo o percurso da aplicação da lei ao caso concreto por meio de um processo sincrético e sistemático.

Mas ao observar, em alguns momentos, não haveria a necessidade de ser transcrita tal medida, ou de tal situação ser redigida pelo autor, serventuário, Juiz ou requerido.

Partindo deste pressuposto estipula o Princípio da Oralidade que somente os atos necessários ou pertinentes poderão ser redigidos a termo e não sendo necessário poderá ser feito oralmente, disciplinado por Luciano Alves Rosseto, (2018, Pag. 25).

> "Constituem manifestação desse princípio processual:
>
> a) O pedido inicial poderá ser oferecido de forma oral na Secretaria dos Juizados, quando então será reduzido a escrito. Concomitantemente, a defesa também poderá ser oferecida por meio oral, na própria audiência.
>
> b) A concessão de poderes ao Advogado poderá ser feita oralmente, constando de termo registrado nos autos, salvo no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que se refere aos poderes especiais para receber citação, dar quitação, renunciar, entre outros, que exigem instrumento escrito (art. 9º, § 3º, c.c. art. 38, do CPC).
>
> c) Somente atos essenciais serão praticados por escrito (art. 13, § 3º).
>
> d) Os embargos declaratórios poderão ser interpostos de forma oral, ao contrário do que ocorre nos outros recursos, a serem interpostos necessariamente de forma escrita.
>
> e) A prova oral não necessita ser reduzida a escrito, podendo ser registrada por outro meio como a oitiva filmada ou só gravada. Além disso, os técnicos podem ser ouvidos em audiência, sendo desnecessária a apresentação de laudos periciais.
>
> f) A fase de execução pode ser iniciada mediante requerimento verbal do credor."

Visto que pode a parte interpor oralmente, a lei para não ficar em um limbo disciplinou em seus artigos. 14 e 30:

> **Art. 14.** O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.
>
> § 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível:
>
> I - o nome, a qualificação e o endereço das partes;
>
> II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta;
>
> III - o objeto e seu valor.
>
> § 2º É lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação.
>
> § 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos."

> "**Art. 30**. A contestação, que será oral ou escrita, conterá toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor."

2.1.2 DO PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE E ATRELADO AO PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE.

"É certo que mesmo no processo tradicional, há a instrumentalidade das formas, que impede a decretação de nulidades quando os atos alcançam a sua finalidade. Mas no Juizado Especial a busca é pela informalidade, pela simplicidade. A instrumentalidade das formas é consagrada no art. 13, caput, da Lei n. 9.099/95: "Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei". § 1º: "Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo". (Gonçalves, Marcus, Direito Processual Civil Esquematizado, Editora Saraiva, 2017, página 595). "

Para que o processo seja correto com o objeto e as partes, a lei 9.099/95 colocou os Princípios da Informalidade e a Simplicidade para que no processo as nulidades que podem ser sanadas rapidamente serem efetuadas e a lide ser resolvida em tempo hábil, e que será decretada sua nulidade em casos que aconteça efetivo Prejuízo a uma das partes ou ambas.

2.1.3 DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

Este princípio, além de ser um dos basilares da lei 9.099/95, estatui a lei que os atos deverão ser céleres, sem atrasos as partes, para assim dar o cumprimento ideal e desejado as partes na lide analisada pelo judiciário.

> ***Art. 13**. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.*
>
> *§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.*
>
> *§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação.*
>
> *§ 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.*

2.1.4 DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Princípio que dá aos processos dos Juizados, a garantia de que a lide será apreciada pelo Judiciário em tempo hábil.

Para a duração razoável, versa nos Juizados que não poderá ser efetuadas perícias ações de extrema complexidade, Citação e Intimação por Edital, a presença dos autores, não cabendo a procuração para terceiro que não seja o patrono.

Também para dar mais celeridade pode se colocar que nos juizados a maior quantidade de atos que podem ser efetuados e concentrados em um só.

Conforme Luciano Alves Rossato (2018, p.27):

> "O procedimento judicial deve seguir a complexidade da matéria colocada em juízo para a decisão. Tanto é assim que a lei prevê o procedimento comum de rito ordinário, com fases bem delimitadas e mais cadenciadas; o procedimento de rito sumário, mais rápido e com atos concentrados em audiência; e os especiais, entre eles o rito sumaríssimo, dirigido às causas de menor complexidade"; "E essa é a lógica dos Juizados. O procedimento é condizente com apequena complexidade das demandas. A própria informalidade e a simplicidade já conduzem, naturalmente, à celeridade. Vários são os exemplos de aplicabilidade desse princípio: (i)concentração de atos em audiência; (ii) possibilidade de conciliação das partes independentemente de prévia apresentação do pedido, bastando o seu comparecimento ao Juizado; (iii) implantação dos Juizados em aeroportos; (iv)inexistência de reexame necessário nos Juizados da Fazenda Pública e Federal;(v) requisição de pagamento ou precatório independentemente da citação da pessoa jurídica de direito público devedora, bastando, para tanto, o prévio trânsito em julgado da condenação, etc.".

Os Juizados, junto ao Código de Processo Civil de 1973, fazia a contagem dos prazos em dias corridos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dias corridos, verifica-se na computação de todos os dias do calendário romano, sendo assim computando-se os finais de semana, feriados, computando o dia já da intimação para a contagem.

Com o Advento do Código de Processo Civil de 2015, tornaram-se os prazos por meio do art. 219, em dias úteis, não computando finais de semana, e iniciando o prazo um dia após a devida intimação.

Muito se discutia a respeito da disparidade entre a contagem do art. 219, CPC, com a contagem dos prazos em dias corridos do Juizado Especial, até que em 31 de Outubro de 2018, o Presidente da República, por meio do decreto 13.728, unificou a contagem dos prazos, mantendo em igualdade a contagem.

3.DO VALOR DA CAUSA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CIVEÍS:

No Juizados, a fim de promover a melhor aplicação da Tutela Jurisdicional, as ações de até 20 salários mínimos poderá a parte movimentá-la sem a necessidade de um advogado constituído.

Já nas ações que ultrapassem os 20 salários mínimos, deverá a parte estar assistida por um advogado, conforme art. 9, da Lei 9.099/95.

> **Art. 9º**. Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

Deve ser atento, que no Juizado as partes deverão estar devidamente informadas, como informa o art. 8, caput, e seus incisos, que as pessoas físicas e imputáveis, Microempreendedores, Microempreendedor individual; poderão propor ações nos Juizados, porém, devendo comparecer pessoalmente, ou por assistência Judiciaria, sendo vedado o uso de Procuração por terceiros.

> "**Art. 8º** Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.
>
> § 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial
>
> I - As pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II - As microempresas, assim definidas pela Lei no 9.841, de 5 de outubro de 1999;
>
> II - As pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006;
>
> III - as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei no 9.790, de 23 de março de 1999;
>
> IV - As sociedades de crédito ao microempreendedor, nos termos do art. 1o da Lei no 10.194, de 14 de fevereiro de 2001.
>
> § 2º O maior de dezoito anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação.

Já no polo passivo, os insolventes, em recuperação judicial, o incapaz, as empresas Limitadas, EIRELI, empresas públicas, visto que tiraria a informalidade e sua devida economia processual, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, 606):

> O juizado terá competência nos valores mencionados, independentemente de sua complexidade. Podem existir causas de pequeno valor altamente complexas, mas isso não afasta a sua competência. O que a pode afastar é a eventual necessidade de prova técnica complexa, diante da inadmissibilidade de prova pericial.

Pelas palavras do Ilustríssimo doutrinador, os Juizados, para se mantiver céleres, afastam situações que precisam de uma análise minuciosa que acarretariam tempo hábil maior até o julgamento da lide.

Ressalta, também que de ofício o Juiz pode extinguir o processo por complexidade, não sendo necessário que seja arguido pela parte em eventual impugnação nas preliminares.

4 DA MATÉRIA ABORDADA NOS JUIZADOS

Para ingressar com a demanda nos Juizados, deve-se verificar a matéria e também constatar se encontra no rol do art. 275, II, do CPC de 1973:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário: (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

I - Nas causas, cujo valor não exceder 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

(Revogado)

I - Nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo; (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

II - Nas causas, qualquer que seja o valor (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

g) nos demais casos previstos em lei. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

(Revogado)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **g)** que versem sobre revogação de doação; (Redação dada pela Lei nº 12.122, de 2009).
>
> **h)** nos demais casos previstos em lei. (Incluído pela Lei nº 12.122, de 2009).
>
> **Parágrafo único**. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

"Também poderá ingressar no Juizado os casos de Ações de Despejo para uso próprio, ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao limite da alçada. A execução dos seus julgados e dos títulos executivos extrajudiciais que não ultrapassem o valor de alçada" (Marisa; Ricardo, 2018)

Nos Juizados Especiais Cíveis, como e notado, algumas matérias não podem ser ajuizadas pelo Mister, sendo a matéria que versa Direito de Família, Direitos Reais, Falimentares, Recuperação Judicial, Que necessitem de Pericia em decorrência do Dano, ações que envolvam questões de Direito Internacional, Direito Trabalhista e de suas competências originarias.

Para verificar isso deve sempre o escrevente da secretária, verificará algum impedimento para o ajuizamento da ação, no caso da própria parte que ingressar com a demanda processual, ou no caso do advogado a extinção do processo sem resolução de mérito.

5. BREVE SÍNTESE DOS PRAZOS PROCESSUAIS.

No processo, desde o ajuizamento da ação, as partes para externalizar os direitos em sua essência utilizam dos prazos para efetivar movimentações processuais.

Como muito bem sintetizado pelo Ilustre doutrinador Humberto Theodoro Junior (2018, pag.770) "Os prazos são, pois, os lapsos outorgados para a realização dos atos processuais. Em outras palavras, *prazo* é o espaço de tempo em que o ato processual da parte pode ser validamente praticado.[4]" podendo os prazos serem:

Legais: Decorrem de previsão legal, estipulado no ordenamento jurídico pátrio;

Judiciais: Que decorrem da Estipulação do lapso temporal sugerido pelo Juiz para prática de determinado ato processual, não amparado pela lei;

Convencionais: Pactuado entre as partes e o Juiz para a melhor adequação do processo ao tempo durável da lide.

Sendo ainda os prazos Dilatórios: Quando o Juiz mesmo previsto na legislação, pode ser alterado, para diminuir ou aumentar o prazo; e peremptórios, não podendo ser alterado para as partes o lapso temporal para prática do ato processual.

5.1 Do início da contagem do prazo

No código civil de 1973, a contagem dos prazos era em dias corridos, "Todo prazo, no regime do CPC de 1973, era *contínuo*, isto é, uma vez iniciado não sofria interrupção em seu curso pela superveniência de feriado ou dia não útil (art. 178)[5]." Humberto Theodoro Junior (2018, pag. 774); intimado do cumprimento de determinado ato processual, o prazo não se estende pela não contagem de dias específicos ou da decorrência de um dia que houvesse o feriado ou do não expediente forense.

Após as inovações trazidas com o advento do novo Código de Processo Civil, foi incluído no art. 219:

> Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

Complementou, ainda, Humberto Theodoro Junior "Dessa forma, o que realmente se dá é o desprezo de todos os dias não úteis intercalados entre o início e o termo final de prazos processuais fixados pela lei ou pelo juiz em dias. Quanto aos prazos que se contam por meses ou anos, o respectivo curso se fará de acordo com regras próprias estatuídas pelo Código Civil e que se aplicam ao processo por falta de disposição diversa no CPC. Ou seja, "os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência (CC, art. 132, § 3º)."

Nestes casos, a contagem em dias corridos, tornava a tutela jurisdicional e a contagem dos prazos processual mais efetiva e célere, partindo do pressuposto que a tutela jurisdicional se dá com a efetiva movimentação processual.

5.2 Da Alteração da contagem dos prazos processuais nos Juizados Especiais Cíveis

Muito se discutia com a mudança dos prazos advindos do art. 219 do novo Código de Processo Civil, se os prazos dos Juizados Especiais cíveis seriam alterados, mas, se manteve a contagem em dias corrido, sem muito questionamento, diante do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS, com a nota técnica 01/2016, que descrevia que a alteração da forma de contagem dos prazos implica diretamente no princípio da Celeridade Processual. Assim, tal mudança foi afastada.

Contudo, no dia 31 de outubro de 2018, o Presidente Interino Michel Temer, por meio do Lei 13.728, alterou a contagem dos prazos processuais:

> **LEI Nº 13.728, DE 31 DE OUTUBRO DE 2018**
>
> Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para estabelecer que, na contagem de prazo para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, serão computados somente os dias úteis.
>
> **O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
>
> Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 12 Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 12-A:
>
> "Art. 12-A. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis."
>
> Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 31 de outubro de 2018; 197oda Independência e 130oda República.

Tal medida sancionada pelo Presidente, diretamente afronta o Princípio da Celeridade Processual, visto que tal tema foi abordado no FONAJE e decorreu de entendimento majoritário.

Os juizados utilizam de mecanismos impeditivos para que as demandas que ingressarem não fique em uma morosidade excessiva.

Os processos no Brasil carecem de efetividade, visto que os fóruns estão abarrotados de processos, necessitando de resolução de conflitos, diante da busca da prestação jurisdicional, da aplicação de prazos para diversos procedimentos, da externalização dos procedimentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Buscando na informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade processual, mesmo com os problemas acima, dar maior efetividade da aplicação da lei ao caso concreto. A contagem dos prazos em dias corridos e um dos meios para efetivar tal aplicação.

Nossa carta magna, no seu artigo 5º, LXXVIII[6], estabelece que os processos deverem ter o razoável tempo e meios para efetiva celeridade em sua tramitação:

Visto que a Lei 13.728 vai contra a própria Constituição Federal, pois tira a tramitação célere de demandas que não precisam constituir uma mora "ad eternum" no judiciário diante da demora em apreciação do magistrado ou das partes legitimas.

Além de ir contra os ditames constitucionais, entra em conflito com o próprio diploma legal dos Juizados, pois, torna-se verificável o atraso processual diante da de contagem dos prazos.

6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do demonstrado, verifica-se que mesmo com a equidade na contagem de prazos, o objeto da ação pode ser prejudicado diante da mudança. Verificado ainda que a Lei. 13.728 de 31 de outubro 2018 afrontam os ditames constitucionais e infraconstitucionais.

Esse dinamismo é extremamente necessário. A Lei n. 9.099/95 nasceu de um ideal de celeridade, de acesso à Justiça, de solução adequada de causas de menor complexidade. Por conta disso, o papel interpretativo é necessário e não deve impor a pena de engessamento à lei ou ao procedimento especial. (Luciano Alves Rossato, 2016, pag. 23)

A lei deve sempre ser em benefício da sociedade, e não ao contrário, no engessamento da lei, torna desfavorável o acesso à Justiça.

A lei 9.099/95 vem para tornar mais célere a resolução de demandas repetitivas, que precisavam desafogar o judiciário que precisava de maior tempo da resolução de lides complexas e que precisavam de uma atenção minuciosa.

Mesmo com todos os princípios dos Juizados, ainda assim carece em alguns momentos a aplicação da tutela estatal.

Visando melhor aplicação da tutela, deve-se por de revogação da lei 13.728, retornando ao *"status quo antem"* de contagem dos prazos em dias corridos, e não aplicando a morosidade ao processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Garantir a melhor adequação temporal ao processo em si muda o panorama da sociedade a percepção do processo.

Conforme resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), elaborado pelo Ministro José Antonio Dias Toffoli, Justiça em Números, indicador sob o judiciário e seus procedimentos, feito no ano de 2019 a média dos processos nos Juizados é de até 1 anos e 10 meses, e na execução dos Juizados é até 2 anos (Justiça em Números, 2019, pag. 150).

Se analisar, o mesmo tempo, em 2018, antes da mudança legislativa, o tempo de resolução da lide, era de 1 ano e 3 meses, ficando evidente morosidade, para a resolução do processo. (Justiça em Números, 2018, pag. 35)

Isso demonstra claramente que o decorrer do processo, e necessário enxugar a contagem dos prazos, a mudança para dias corridos e diminuir a burocracia do Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em 02 abril 2020;

BRASIL. Lei n. 13.105, **Código de processo civil de 2015**, Brasília, de 16 de março de 2015, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>, Acesso em 02 dezembro de 2019;

BRASIL, Lei n. 5.869/73, **Código de processo civil de 1973**, Brasília, 11 de janeiro de 1973, disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91735/codigo-processo-civil-lei-5869-73#art-178>, Acesso em 13 de novembro de 2019;

BRASIL, Lei 9.099/95 – **Lei dos Juizados Especiais cíveis e criminais,** Brasília, 26 de setembro de 1995, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm >, Acesso em 02 abril 2020;

BRASIL, Lei 13.728 – **Lei de alteração dos Prazos dos Juizados Especiais**, Brasília, 31 de outubro de 2018, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13728.htm>, Acessado em 16 de Novembro de 2019.

BRASIL, Câmara dos deputados, **Projeto de lei 10.020**, de 2018, Brasília, Senado Federal, em 11 de abril de 2018, disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5622DAA28D5B9C8433D1968434B6240C.proposicoesWebExterno1?codteor=1667747&filename=Avulso%20-PL%2010020/2018>, Acesso em 05 de janeiro de 2020.

CNJ - Conselho Nacional de JUSTIÇA, **Justiça em Números**, Tribunal Superior Federal, Brasília, 2019, pag. 150: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>, Acesso em 20 de dezembro 2020;

CNJ - Conselho Nacional de JUSTIÇA, **Justiça em Números**, Conselho nacional de justiça, Brasília, 2018, pag. 35: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>, Acesso em 02 fevereiro 2020;

DOS SANTOS F. MARISA; CHIMENTI A. RICARDO, **Sinopses jurídicas**, **Juizados especiais cíveis e criminais**, Saraiva, 13. Ed. 2019; pag. 220. Acesso em 02 de março de 2020;

GONÇALVEZ V. R. MARCUS, **Direito processual civil esquematizado**, Saraiva,10. ed. 2018, pag.595-902;

JUNIOR T. HUMBERTO, **Manual direito processual civil**, Forense, 59 ed. 2018; pag. 770-774;

ROSSATO A. LUCIANO, **Saberes do direito – Juizados especiais cíveis**, Saraiva, 48. ed. 2017, pag. 21-27;

NOTAS:

[1] Docente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

[2] Art. 12-A. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis

[3] **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

[4] COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma,

1974, n. 109, p. 174.

[5] **Art. 178.** O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.

[6] **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:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS AVANÇOS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL

ANAMARIA ANDRADE BALASTEGHIN: pós-graduanda em Políticas Públicas e Sociais da Criança e do Adolescente pela UNIARA. Graduada em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho".

RESUMO: Trata-se de artigo jurídico sobre o avanço da educação inclusiva no Brasil e a sua importância para a qualidade de ensino e para a conquista da educação valorativa.

PALAVRAS-CHAVE: educação inclusiva, política inclusiva, pessoa com deficiência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa traçar breve análise sobre a evolução da educação integrativa para a educação inclusiva no Brasil e a sua consequente valorização e importância para a qualidade de ensino nacional.

2. DESENVOLVIMENTO

A política integrativa visava, principalmente, à inserção das pessoas com deficiência à sociedade, inserindo-as no contexto fático-social próprio e determinado, adaptando-a ao ambiente e às demais pessoas conforme suas aptidões.

Contudo, a educação integrativa foi alvo de críticas e de necessidade de mudança, vez que, não rara das vezes, a desigualdade permeava as pessoas com deficiência, sendo estas tratadas com diferenciação das demais. Ainda, o dispêndio de seus cuidados e peculiaridades era ineficiente, muitas vezes apenas *cobrindo tabela* imposta pela legislação[1].

Aos poucos, as políticas integrativas estão dando lugar às inclusivas. Estas trazem novos valores político-sociais, vez que não se pautam apenas pela igualdade de direitos – e sim pela importância, valoração e respeito pelas diferenças, ofertando oportunidades a todos.

Assim, se afasta a ideia de integração das pessoas com algum tipo de necessidade à sociedade, onde permanece a interação entre todos, como uma simbiose organizacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No aspecto educacional não é diferente. O aluno "deficiente" condicionado na escola integrativa só era mantido na escola enquanto houvesse adequação de seu comportamento e aproveitamento[2]. Agora, todos os alunos são sujeitos de plenos direitos; seja ele deficiente físico, mental, vulnerável economicamente, transexual, etc.: "a educação inclusiva pode ser definida como "a prática da inclusão de todos" – independente de seu talento, deficiência, origem socioeconômica ou cultural – em escolas e salas de aula provedoras, onde as necessidades desses alunos sejam satisfeitas"[3].

A escola inclusiva em potencial destaque é aquela que entende e organiza suas diretrizes pedagógico-educacionais conforme as diferenças de cada aluno, respeitando todos com direito a voz e a participação no âmbito escolar.

A CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001, trouxe diretrizes para a Educação Especial na Educação Básica, tendo como base a educação inclusiva, quando organizadas no sistema de ensino e na formação de professores. Esta última, inclusive, é peça fundamental para a qualidade de ensino e para a conquista da educação valorativa e respeitosa.

Além do aprimoramento constante dos professores, bem como de toda a equipe escolar (diretores, funcionários, apoiadores, etc.), não se afasta o papel da família e da sociedade na educação. É importante aproximar tanto o núcleo familiar como a própria comunidade para preencher a inclusão vivenciada, a fim de todos possuírem espaços e voz em todos os lugares, seja casa, no trabalho, na comunidade religiosa, ou em qualquer outro lugar ocupado.

Tudo isso só é possível com o apoio e planejamento do Poder Público, inclusive com respaldo financeiro. As políticas inclusivas não são só pautadas em viés idealistas; sem recursos, as escolas não poderão abranger o atendimento a todos de maneira diversificada, com equipe técnica e recursos humanos capazes e fortalecidos e materiais necessários para a devida inclusão.

Com a conquista da educação inclusiva a qualidade desta é notória: a diversidade de classes e diferenças será fortalecida em situações sociais complexas, preparando todos para vivenciar situações ecologicamente distintas, bem como desenvolvendo alunos experientes, sujeitos de direitos e participação, e respeitosos quanto ao próximo.

3. CONCLUSÃO

Diante das fragilidades e críticas existentes em torno da educação integrativa, esta aos poucos dá lugar à educação inclusiva – esta pautada, principalmente, em

valores como o respeito pelas diferenças, a igualdade de oportunidades e a possibilidade de realização dos diversos projetos de vida de cada indivíduo.

Para a construção e evolução de uma sociedade menos desigual, principalmente no tocante à seara da educação, contudo, é necessária a participação da sociedade em geral – tanto a sociedade civil, como a família –, a profissionalização e aperfeiçoamento dos profissionais da área e, não menos importante, o apoio e planejamento do Poder Público, inclusive mediante recursos financeiros.

4. REFERÊNCIAS

David Rodrigues (org.). **Inclusão e Educação: doze olhares sobre a Educação Inclusiva**. São Paulo: Summus Editorial. 2006, p. 4. Disponível em: < http://redeinclusao.web.ua.pt/docstation/com_docstation/21/fl_47.pdf >. Acesso em 12 de março de 2018

STAINBACK, S.; STAINBACK, W. **Inclusão: um guia para educadores**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 21

NOTAS:

[1] Art. 93 da **Lei de Benefícios Previdenciários (Lei nº 8.213/91),** que foi mantido pelo **Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15),** estabelece a obrigatoriedade de que empresas com cem ou mais empregados preencham uma parcela de seus cargos com pessoas com deficiência. A porcentagem varia de acordo com a quantidade geral de funcionários, com o mínimo de 2% e o máximo de 5% (para organizações a partir de mil colaboradores).

[2] David Rodrigues (org.). **Inclusão e Educação: doze olhares sobre a Educação Inclusiva**. São Paulo: Summus Editorial. 2006, p. 4. Disponível em: < http://redeinclusao.web.ua.pt/docstation/com_docstation/21/fl_47.pdf >. Acesso em 12 de março de 2018.

[3] STAINBACK, S.; STAINBACK, W. **Inclusão: um guia para educadores**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 21.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 964 de 27/06/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454